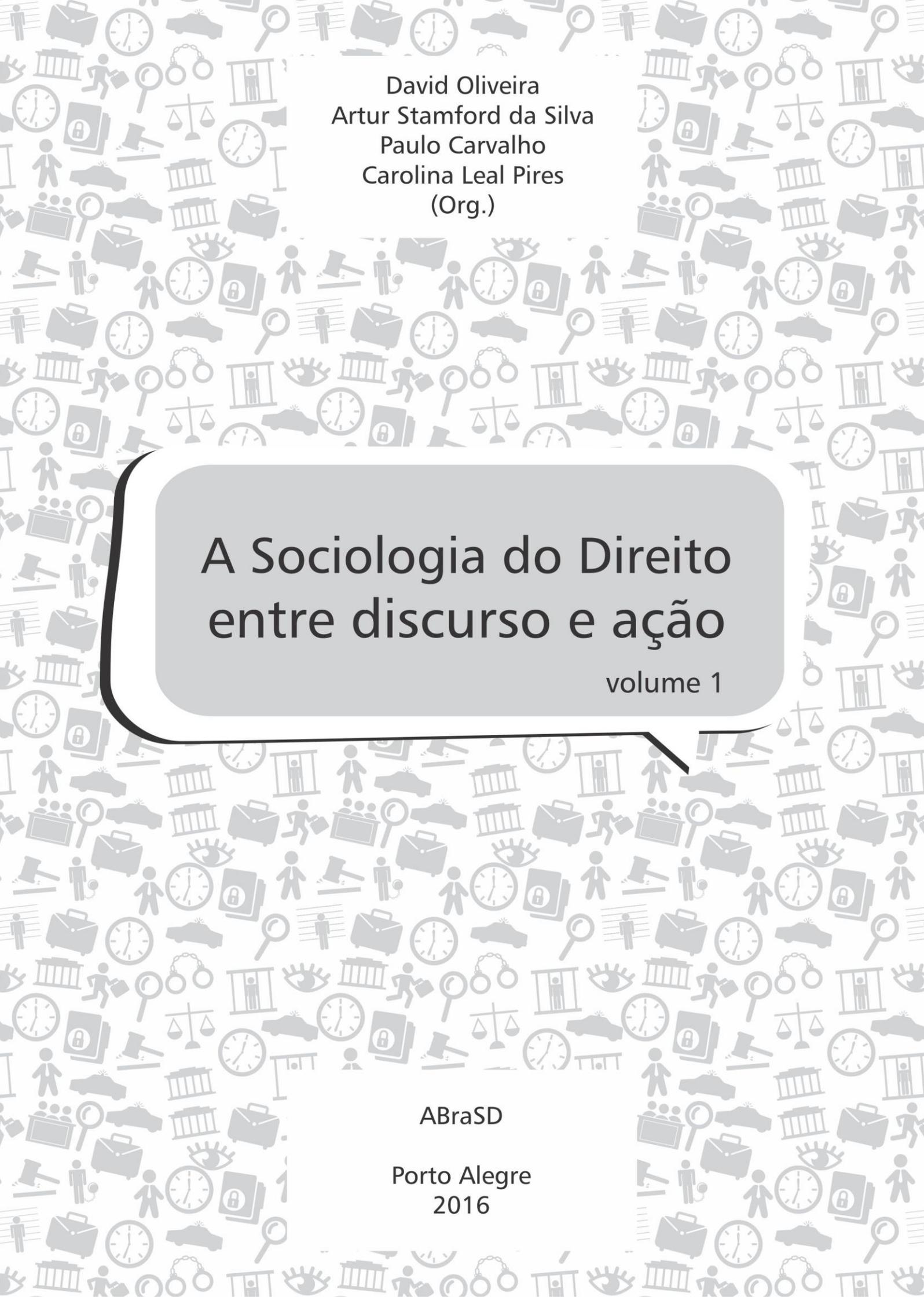




A Sociologia do Direito
entre discurso e ação

volume 1

The background of the cover is a dense, repeating pattern of small, light-gray icons. These icons represent various concepts related to law, justice, and sociology, including scales of justice, a gavel, a magnifying glass, a person, a car, a clock, a padlock, a building, a hand holding a document, and a pair of handcuffs.

David Oliveira
Artur Stamford da Silva
Paulo Carvalho
Carolina Leal Pires
(Org.)

A Sociologia do Direito entre discurso e ação

volume 1

ABraSD

Porto Alegre
2016

A SOCIOLOGIA DO DIREITO ENTRE DISCURSO E AÇÃO (VOLUME 1)

ISBN 978-85-93499-01-2

Organização

David Barbosa de Oliveira (UFC)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7)

Carolina Leal de Lacerda Pires (IBGM/IBS)

Comissão Editorial e Científica

Ana Stela Câmara (Unichristus)

Ana Virgínia (UNIFOR)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

André Carneiro (DPU-PE)

Antônio Brasil (UFF)

Carla Susana Abrantes (UNILAB-CE)

Carlos Fialho (UFF)

Cristiane A. de Souza (UNIFOR)

David Oliveira (UFC)

Delton Meireles (UFF)

Felipe Albuquerque (UFC)

Fernanda F. Rosenblatt (UNICAP)

Fernando Rister (UNITOLEDO)

Germana Parente Belchior (FA7)

Germano Schuartz (UNILASALLE)

Gilvan Luiz Hansen (UFF)

Guilherme de Azevedo (UNISINOS)

Gustavo César Machado Cabral (UFC)

Gustavo Ferreira (UFPE/UNICAP)

Humberto Cunha (UNIFOR)

Cláudio Silva (RENAP-CE)

Igor Suzano Machado (UFV)

Izabel Magalhães (UFC/UNB)

João Paulo A. Teixeira (UFPE/UNICAP-PE)

José Callegari (UFF)

José Roberto Xavier (UFRJ)

José Rodrigo Rodrigues (UNISINOS)

Juliana Diniz (UFC)

Juliana Teixeira Esteves (UFPE)

Leonardo Sá (UFC)

Marcelo Pereira Mello (UFF)

Marília Montenegro (UFPE/UNICAP)

Mario Maia (UFERSA)

Martonio Mont'alverne B. Lima (UNIFOR)

Mercia C. de Souza (ESMEC/TJCE)

Olga Jubert Krell (UFAL)

Paulo Rogério M. de Carvalho (FA7)

Raul Francico Magalhães (UFJF-MG)

Riccardo Cappi (UEFS - Bahia)

Tereza Rachel (UFC-CE)

Virgínia Leal (UFPE)

Revisão e normatização: Os autores

Capa e Diagramação: Carolina Leal Pires

Apoio:

CNPq • FUNCAP • UFC • ABraSD • Editora Vozes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D249s Oliveira, David Barbosa de 1978 –
A sociologia do direito entre discurso e ação. Volume 1 / [organizadores]
David Barbosa de Oliveira et. alli.

– Porto Alegre: Ed.ABraSD, 2016.

1. Livro digital

Disponível em: <http://www.abrasd.com.br/livros>

455 p.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-85-93499-01-2

1. Sociologia jurídica. 2. Direito. 3. Sociedade. 4. Discurso. 5. Ciências Sociais. 6. Interdisciplinariedade. I. Oliveira, David Barbosa de (Org.).II. Stamford da Silva, Artur (Org.). III. Carvalho, Paulo Rogério Marques de (Org.). IV. Pires, Carolina Leal de Lacerda (Org.). V. volume 1.

CDU 34: 301

Sumário

APRESENTAÇÃO	07
ARTE E DIREITO	
ÉTICA, IMAGINÁRIO E NORMATIVIDADE: a busca da emancipação pelo cuidado de si foucaultiano Alex Sander Silva de Jesus	09
SOCIOLOGIA JURÍDICA EM CENA: a influência do Direito Nazista nas produções cinematográficas alemãs Amilson Albuquerque Limeira Filho e Alana Ramos Araújo	22
ARTES E DIREITOS HUMANOS: diálogos entre a ética e a estética dos corpos que dançam Elis Regina dos Santos Costa	38
CINE CÁRCERE: a experiência do cineclubismo jurídico no presídio feminino do sertão central de Pernambuco Synara Veras de Araújo	49
EUCLIDES DA CUNHA, CÂNDIDO PORTINARI E JOSUÉ DE CASTRO EM DIÁLOGO: uma análise sobre o direito humano à alimentação Tauã Lima Verdan Rangel	61
CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS	
A REVITALIZAÇÃO DO MERCADO PÚBLICO DE PELOTAS E SUA RESSIGNIFICAÇÃO SOCIAL Ana Estela Vaz Xavier	75
A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL COMO UM DESAFIO ATUAL E IMINENTE Francieli Formentini	90
CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NO DISTRITO DE SÃO JOAQUIM: aterro sanitário, degradação ambiental e tensões sociais Tauã Lima Verdan Rangel	100
CONSTITUCIONALISMO GLOBAL E SISTEMAS SUPRANACIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS	
A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL Caroline Alves Montenegro e Renata Santa Cruz Coelho	114
UMA REFLEXÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONTEMPORÂNEA ACERCA DOS COSTUMES INTERNACIONAIS: quando as práticas consuetudinárias ferem os direitos humanos Cássio M. Scuccato, Jonathan Matheus de C. Vaz, Kenia M. R. Guimarães e Flávio V. da Costa	126
“COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES”? Limites e possibilidades da “fertilização cruzada” nos diálogos entre tribunais a partir da experiência norte-americana e brasileira Flávia Danielle S. Lima, Arthur de A. Carvalho e Eduarda P. da Cunha França	136
ENSAIO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO ANGOLANO E BRASILEIRO: análise dos princípios da legalidade e da segurança jurídica Rayane Gomes Dornelas Alcoforado Sukar	155
A PROTEÇÃO AMBIENTAL NOS DISCURSOS DAS CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS Ulisses Levy Silvério dos Reis e Alana Ramos Araujo	168

ESTADO, DEMOCRACIA E PODER

DEMOCRACIA E CRIMINALIZAÇÃO DE PROTESTOS: uma análise do Projeto de Lei nº 6.268/09	186
Ana Paula da Silva Azevedo, Tassiana Moura de Oliveira e João Paulo Allain Teixeira	
INTERPRETAÇÃO PLURALISTA NO STF: uma análise da participação do <i>amicus curiae</i>	198
Ana Virgínia Cartaxo Alves e Caroline Alves Montenegro	
ENTRE MEIOS E FINS: o contato entre Direito e Política e a influência do jurídico para a democracia	211
Bruno Calife dos Santos	
SISTEMA DE SAÚDE DE SENADORES: incoerências no exercício do poder, com a democracia e com o interesse público	225
Felipe Braga Albuquerque e Rafael Vieira de Alencar	
JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: um diálogo possível	243
Fernanda F. Rosenblatt, Marília Montenegro P. de Mello e Camila L. Vasconcelos	
PARTIDOS QUE JUDICIALIZAM: o problema entre legitimidade ativa universal e representatividade democrática	256
Gabriela Perrelli de Melo e Flávia Danielle Santiago Lima	
MINORIA VERMELHA PARTIDÁRIA: ganhadores ou perdedores no controle judicial abstrato?	271
Gabriela Perrelli de Melo e José Mário Wanderley Gomes Neto	
A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DOS SISTEMAS POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO	284
Igor Moura Rodrigues Teixeira	
A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: uma análise à luz das teorias de justiça de John Rawls e Ronald Dworkin	302
Leonardo Nascimento Rodrigues e Vanessa Rocha Ferreira	
“JORNADAS DE JUNHO” DE 2013 NO BRASIL: perspectivas de uma “nova” democracia	315
Maria Luiza Caxias Albano	
BOBBIO E KELSEN: por uma diferenciação dos critérios de justiça, validade e eficácia das normas jurídicas	327
Paulo Enderson de Oliveira Teixeira e Renat Nureyev Mendes	
DEMOCRACIA E RESISTÊNCIA NA GESTÃO URBANA DE FORTALEZA: um olhar a partir do cicloativismo	340
Rafael de Mesquita Ferreira Freitas e Harley Sousa de Carvalho	
INSS VERSUS SEGURADOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: política previdenciária no âmbito do STF	356
Tassiana Moura de Oliveira e Flávia Danielle Santiago Lima	

IMIGRAÇÃO, TRÁFICO DE PESSOAS E REFÚGIO

REFUGIADOS OU IMIGRANTES? Implicações das terminologias utilizadas pela imprensa no atual movimento migratório mundial	371
Ana Luísa Costa Chaves	
O DIREITO A IMIGRAR E AS CONSEQUÊNCIAS DA IMIGRAÇÃO	380
Carolina Genovez Parreira	
SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ESTRANGEIROS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS POLÍTICOS: uma análise sobre a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros no Brasil	395
Rafael Lima Rangel Vasconcelos	

LINGUAGEM E DIREITO

A PRODUÇÃO SIMBÓLICA DO DISCURSO JURÍDICO: análise da ADPF 54 MC/DF a partir da teoria de Pierre Bourdieu	408
Ana Virgínia Cartaxo Alves	
CONAR E A BUSCA PELA LEGITIMIDADE SOCIAL DA AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA	423
Carolina Leal Pires	
A PRÁTICA SOCIAL DA COMISSÃO PASTORAL DA TERRA PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO	437
Luiz Augusto Silva Ventura do Nascimento	

A ABraSD segue fazendo sua história. Nos dias 18, 19 e 20 de maio de 2016, em Fortaleza-CE, a Associação foi recepcionada pela Universidade Federal do Ceará, quando nas dependências da Faculdade de Direito realizou o VII Congresso da ABraSD, sob o tema “A sociologia do direito entre discurso e ação”, com a coordenação de Artur Stamford da Silva (UFPE), David Barbosa de Oliveira (UFC), Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7) e Carolina Leal Pires (IBGM/IBS).

Os 14 Grupos de Pesquisa, quatro minicursos e dez Pesquisas em Debate propiciaram 536 propostas de trabalhos, das quais 203 foram aprovadas pelo Comitê Científico - com avaliação às cegas pelos pares de Coordenadores dos Grupos de Pesquisa - e apresentadas oralmente ao longo do evento.

A ABraSD agradece em especial a David Oliveira (UFC) e Paulo Carvalho (FA7) pela dedicação, esforços e seriedade com que conduziram os trabalhos ao longo dos meses de preparação e organização do Congresso, bem como nos dias de realização do evento e após. O Congresso só foi possível, também, devido aos monitores e monitoras que, sem qualquer remuneração, se dedicaram à ABraSD organizando o evento. À Diretoria e Coordenação da Graduação e Pós-graduação em Direito da UFC agradecemos o acolhimento e a presteza como fomos recebidos e tratados. Os Coordenadores dos Grupos de Trabalho, igualmente peças fundamentais, promoveram a avaliação dos trabalhos, bem como a realização dos GrP´s ao longo do evento, dedicando tempo e muito trabalho. Agradecemos também àqueles que viabilizaram as sessões das Pesquisas em Debate, espaços de conversas sobre temas relevantes da sociologia do direito, bem como aos professores que promoveram os minicursos. Não mais nem menos importante que todos os acima referidos, agradecemos aos funcionários da UFC que promoveram a limpeza dos espaços e o funcionamento dos equipamentos de cada espaço utilizado.

Composto pelas pesquisas apresentadas e que incorporaram as observações e debates realizados ao longo do Congresso, os trabalhos que compõem este livro eletrônico levam à sociedade parte dos debates e conversas realizadas ao longo do evento, fazendo registro do lugar da ABraSD na pesquisa nacional sob a ótica sociológica do direito.

Fortaleza/Recife, 28 de novembro de 2016

David Oliveira (UFC)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Paulo Carvalho (FA7)

Carolina Leal Pires (IBGM/IBS)



Arte e Direito

A decorative vertical border on the right side of the page, extending from the top to the bottom. It features a repeating pattern of white icons on a dark background. The icons include various symbols related to law (scales, a judge's gavel, a hand holding a book, a magnifying glass over a document, a car, a person running) and art (a clock, a person sitting at a desk, a person standing, a person holding a brush). The border is positioned on the right side of the page, partially overlapping a green rounded rectangular box.



ÉTICA, IMAGINÁRIO E NORMATIVIDADE: a busca da emancipação pelo cuidado de si foucaultiano

Alex Sander Silva de Jesus¹

RESUMO: Intenta-se, a partir de um estudo de caráter transdisciplinar, relacionar campos do saber consistentes no Direito, na Literatura e na Ética. A partir do potencial emancipatório dimensionado na experiência estética, em sua afirmação literária, percebe-se a sua vinculação com o cuidado de si foucaultiano. O sujeito (re)criado pela experiência literária, uma prática reflexiva de liberdade, possui condições de propor mudanças de mentalidade e de práticas no campo jurídico, enquanto estrutura paradoxal de poder. A literatura enquanto experiência ético-estética auxilia na elaboração de atores jurídicos que, sabendo cuidarem de si, possam cuidar de modo inclusivo e crítico-reflexivo dos outros.

Palavras-Chave: Transdisciplinaridade; Direito; Literatura; Ética; Cuidado de si.

ABSTRACT: Sues, from a study of transdisciplinary nature, relate fields of knowledge consistent in right in literature and ethics. From the emancipating potential scaled in the aesthetic experience, in their affirmation literary, one perceives the linking it with the care of himself foucaultiano. The subject (re)created by literary experience, a reflexive practice of freedom, have conditions to propose changes in mentality and of practices in the legal field, while paradoxical structure of power. The literature while ethical-aesthetic experience assists in the drafting of legal actors who, knowing self-reliant, may take care of inclusive mode and critical-reflective of the other.

Keywords: Transdisciplinarity; Law; Literature; Ethics; Care of the self.

1 Introdução

O artigo que ora se apresenta constitui-se num esforço de problematização acerca das implicações possíveis entre campos do saber consistentes no Direito, na Literatura e na Ética.

Tem-se que a complexidade presente na realidade contemporânea exige estudos com capacidade de serem transversais, ou seja, capazes de dialogar com áreas do conhecimento distintas de seu direcionamento inicial. Vale dizer, estudos com caráter transdisciplinar.

A proposta deste artigo é abordar a experiência literária como faceta do cuidado de si. Isso significa ver na literatura um campo de experiência estética possível, e não necessariamente obrigatório, de acontecer um dobrar-se sobre si do sujeito, fazendo-o experienciar vivências e aprendizados capazes de fazê-lo sair de si, analisando-se e questionando-se enquanto indivíduo.

¹ Graduando em Direito pela PUC - Minas, *campus* Serro. Pesquisador PROBIC/FAPEMIG.

A ideia de uma estética da existência permite vislumbrar a possibilidade de o sujeito tornar a sua existência uma obra de arte. Uma forma de vida que se interage na (re)criação e governo de si, para a governabilidade dos outros, em práticas refletidas de liberdade.

Com efeito, através da experiência de colocar-se em xeque pela leitura e experimentação dos contextos e mundos plúrimos e infinitos da literatura, o sujeito possui instrumental afetivo e racional para alterar o seu ser de sujeito. Trate-se de uma experiência ético-estética, portanto.

Nesse contexto, assume central importância o questionamento sobre a postura que certos atores jurídicos possuem no campo social. A ideia de autoridade e coerção assume em suas atitudes o reflexo da constituição do próprio campo jurídico, ainda focado num discurso maniqueísta de um sujeito de direitos (e deveres) universal, numa violência não só simbólica, mas faticamente apreensível e constatável.

Com a proposta de transfiguração, pela imaginação e criação de si mesmo do sujeito, vitalizadas por uma experiência literária, é possível pensar num direito constituído por atores conscientes de seu papel transformador dentro da sociedade. Refletindo a experiência ética de transformação de si mesmo, o ator jurídico terá mais condições de refletir esse cuidado de si na esfera pública, cuidando do outro, sem apresentar rígidos contornos de categorização entre “iguais” (incluídos) e “diferentes” (excluídos).

Pensando nisso, é trazida à baila no texto a importância do estudo transdisciplinar dentro das ciências humanas, marcadas estas por saber-poder. Abordam-se os estudos de direito e literatura, analisando as suas mais conhecidas facetas. Traz-se a ideia de cuidado de si foucaultiana, reconhecendo a sua abordagem dentro de estritos limites, a fim de acoplá-la com a experiência literária.

São analisados, ainda que de modo sucinto, os reflexos de uma subjetivação estética no campo do direito, propondo-o, na verdade, enquanto um “esquerdo”, ou seja, um novo direito. É o esquerdo da transgressão pelo cuidado de si.

Propõe-se que os estudos aqui feitos sejam analisados enquanto inseridos numa proposta crítica de análise social, vendo-os, em realidade, mais como pistas, hipóteses carentes de uma sistematização acabada, mais como projeções, deslizos, mais como anseios, do que fundamentos propriamente acabados.

2 Direito, Literatura e Ética: implicações para o cuidado de si

É inegável que se vive hoje num tempo de velozes mutações. A complexidade e a heterogeneidade marcam o contemporâneo.

Com efeito, o processo de desencantamento do mundo, com a retirada de fundamentos transcendentais da explicação da vida, desde o início da modernidade, cooperou para a instauração de

um novo modo de ver a existência e, por conseguinte, na construção do sujeito moderno. Desde então, o discurso dito científico passou a ter visibilidade e credibilidade.

Ocorre que a partir de uma crescente intensificação da produção de saberes variados desde o século XVII, deu-se uma hiper-especialização das áreas do conhecimento humano, algo impensável antes. Tanto é assim que se observam as inumeráveis “ramificações” que se dão no interior de um mesmo campo de ciência. O Direito é exemplo disso.

No entanto, diante da riqueza e multiplicidade da experiência humana, observa-se que um conhecimento compartimentalizado não dá conta de resolver as problemáticas que surgem. Daí a necessidade de se investir num conhecimento que rompa com a ideia de disciplinaridade unívoca e se abra num diálogo fecundo com outras áreas de conhecimento. Este deve ser entendido como um todo inter-relacionado. Tudo está implicado com tudo.

Disso resulta a importância de um saber interdisciplinar, isto é, uma aproximação entre campos do conhecimento aparentemente distintos, permeada com trocas e aprendizados mútuos.

Assim, “o propósito atual deve se dedicar à passagem de uma razão centrada no sujeito e no paradigma da consciência à razão comunicacional e ao paradigma da intercompreensão e da transcompreensão” (GUSTIN; DIAS, 2006, p. 19).

Tendo isso em vista, verifica-se a importância central dos estudos que aproximam o direito da literatura.

Sem embargo, o direito é narrativo, no final das contas, pois histórico. Aqueles que lidam com o campo jurídico não o vêem de fora e, mesmo se quisessem, assim não poderiam. Parte-se sempre de um olhar interno. O sujeito não consegue sair totalmente do seu campo de ação e descrevê-lo externamente. Tanto o campo quanto o sujeito reciprocamente se atiram.

Logo, o direito é narrativo. Tem história, é fruto do tempo, e se constrói continuamente; é contextual. A comunidade política que lhe fornece base relata a sua vivência.

Assim sendo, tem-se que tanto no direito como na literatura acontecem experiências em comum de linguagem, porquanto ambos se fundam na palavra.

Por óbvio, direito não é literatura. São campos de conhecimento distintos, mas que não se excluem. Pelo contrário; implicam-se.

Direito é linguagem. Literatura é linguagem. Ambos estão inscritos no universo linguístico e, por isso, a atividade interpretativa lhes é comum.

Dessa forma, vislumbra-se a conexão entre direito e literatura. Trata-se de discursos existenciais. No fundo, é o homem, na sua pluralidade e dinamismo, que deve importá-los (AGUIAR; SILVA, 2001).

E ao estreitar a relação com a literatura, abre-se a oportunidade de engendrar atores jurídicos mais críticos e reflexivos. A literatura auxilia na compreensão do direito.

[...] a aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, destacando-se os paradigmas da intersubjetividade e intertextualidade. (TRINDADE; GUBERT, 2008, p. 12).

A literatura como experiência ética pode fornecer elementos importantes para a construção de um novo direito. Sua possibilidade de inserir o sujeito em outras realidades possíveis, convidando-o, muitas vezes pela leitura, a uma entrega radical, até mesmo dolorosa, traduz uma importante linha de análise e de subjetivação estética.

Sem pretender resolver prontamente os problemas, mas ciente de sua força em si mesma, num espaço de autocrítica de sua composição inventiva, a obra literária, ao fornecer ao sujeito uma experiência de estranhamento e distanciamento de sua realidade mais imediata, proporciona um possível caminho de experimentação e cuidado de si. Uma estratégia de liberdade através da subjetivação pela literatura.

É pensando nisso que se deflagra a importância dos estudos desta aproximação. Literatura, direito e ética são correlações de força imbricadas.

2.1 Direito e Literatura

Os estudos acerca da relação entre direito e literatura assumem, fundamentalmente, três aspectos: direito na literatura; direito como literatura e direito da literatura (TRINDADE, GUBERT, 2008).

O direito na literatura comparece como vinculado ao exame da experiência jurídica e de suas contradições retratadas na obra literária. O direito é pensado a partir da literatura, pesquisando-se a forma como a narrativa literária aborda questões ligadas ao direito.

Já o direito como literatura perpassa uma análise hermenêutica do fenômeno jurídico, ligando-o ao desempenho de uma narrativa. Entende-se que tanto o direito quanto a literatura são narrativos, supondo toda uma carga simbólica de linguagem que isso representa. Utilizam-se, também, os critérios da crítica literária na análise do direito.

Nesse sentido, “o estudo do Direito como Literatura é feito por intermédio da lógica do sistema da arte, e não mais do sistema jurídico, o que não significa, por óbvio, que este não possa usufruir da autopoiese daquele” (SCHWARTZ, 2006, p. 58).

Aqui a ideia de interpretação ganha relevo, o que desbanca, logicamente, a ideia cadavérica e persistente de “subsunção”, que campeia solta no direito. A corrente direito como literatura supõe a extinção do positivismo jurídico. São incompatíveis.

Importante considerar que a corrente propositiva direito como literatura não postula, em absoluto, uma equivalência entre direito e literatura. Na verdade, é uma análise comparativa e aproximativa; não de

identidade. Seria muito ingênuo pensar essa análise do direito como literatura enquanto igualação pura e simples.

Direito e literatura são campos distintos, embora com pontos de aproximação e correspondência.

Por fim, o olhar da corrente direito da literatura liga-se mais a uma pesquisa de cunho normativo acerca da proteção dada à atividade literária pelo direito. Liberdade de expressão, direitos autorais, censura, propriedade intelectual etc. são algumas das proposições que circundam esse foco de estudo.

É importante ressaltar que a conexão entre direito e literatura fornece a experiência de abordagem do campo jurídico enquanto fruto de um horizonte de sentido.

Há a constatação de que, tanto nas histórias de cunho ficcional ou de perseguição representativa da subjetividade e da problemática social, encontra-se a narrativa partindo de uma perspectiva que lhe confere condição de possibilidade. Isso demonstra que o contexto é crucial para toda história.

O direito não pode, portanto, se fechar em seu próprio discurso, supondo-o neutro. A sua abordagem em paralelo com a literatura demonstra que ele é mediação histórica, culturalmente condicionada, como todo constructo humano. O direito acontece no tempo.

Nada obstante, embora não presente propriamente na linha de estudos de direito e literatura, a proposta de um direito à literatura demonstra-se importante. Ela é realizada pelo conhecido crítico literário brasileiro Antônio Cândido, para quem a literatura se erige como necessidade humana com cunho universalista. Para este autor, a literatura se posiciona como fator indispensável de humanização, sendo esta definida enquanto

processo que confirma no homem aqueles traços que reputamos essenciais, como o exercício da reflexão, a aquisição do saber, a boa disposição para com o próximo, o afinamento das emoções, a capacidade de penetrar nos problemas da vida, o senso da beleza, a percepção da complexidade do mundo e dos seres, o cultivo do humor. (CANDIDO, 2004, p.180).

Diante desse quadro, verifica-se a importância da aproximação entre direito e literatura. Reputa-se o diálogo entre eles central, na medida em que instaura uma razão compartilhada, sabendo-se, também, das insuficiências de um olhar unidirecional da ciência jurídica.

Nessa toada, deve-se reconhecer que há uma crise atual no direito acerca do argumento, daquilo que é articulado, intermediado e pensado.

Vê-se que as ciências humanas ou humanidades, dentro da qual se coloca o direito supõem a construção de argumentos, de debate e, assim, de desconstrução.

Ocorre que se verifica, hoje, um falso debate de ideias. A discordância, que deveria ser colocada como o cerne da discussão das ciências humanas, e, dentro delas, o direito, a fim de vitalizar e fomentar novas propostas e direcionamentos, acaba sendo vilipendiada por um certo estado de indiferença.

Também existe uma falsa ideia de cordialidade e diálogo, em que, em vez de se abrir verdadeiramente ao outro no discurso, principalmente na escuta genuína, parte-se para o debate já “armado”, fechado, de modo preconcebido e inalterável, em seus preconceitos sócio-culturais. Não se abre espaço à refundição destes.

Há, afora isso, sem dúvida alguma, o que poderia ser chamado de uma “inflação” dos argumentos, que acabam por fomentar a banalidade, já que o que se verifica na prática são a repetição e reprodução, sem fim, de argumentos e narrativas já construídas e sedimentadas. Não se objetiva, com raras exceções, desconstruir o *status quo*.

É notório, por exemplo, a ideia fomentada na cultura jurídica, particularmente, de que se deve escrever “muito”. Para ser reconhecido e lido, há a perspectiva de que o jurista deve possuir uma produção “considerável”. A todo o momento, se publicam textos e mais textos. É só espiar os lançamentos das conhecidas editoras jurídicas para se averiguar o surpreendente número.

Contudo, o que se constata atualmente é a não preocupação, na maioria das vezes, com a qualidade crítica desta produção. Absorvido pela exigência de rentabilidade imediata, que, no fundo, é um dos tentáculos pífidos do capitalismo no mundo da cultura, o jurista acaba negligenciando uma proposta de abordagem crítica e reflexiva, isto é, de verdadeira mudança do estado de coisas. E, por isso, preocupa-se apenas com a quantidade.

Com efeito, entra-se numa máquina de produção de discursos, já de antemão pronunciada, pelos mecanismos de reprodução cultural capitalista.

Nesse olhar, o conhecimento é visto tão somente de modo instrumental para conquista de fins externos, e não como possibilidade efetiva de mudança do próprio sujeito. Até mesmo quando este possui conhecimento de um olhar crítico dentro do campo jurídico, acaba, em seus comportamentos, reproduzindo os ditames da autoridade e coerção, o que demonstra não ter operado uma transformação legítima da própria individualidade.

Isso também se evidencia na ideia de que se há de ler o máximo, e de modo mais veloz possível, o que é produzido na cultura jurídica. A leitura, que deveria ser colocada como mecanismo de reflexão e transformação, que por isso mesmo muitas vezes exigiria “lentidão”, análise detida e entrega profunda, passa a ser simplesmente um meio de exigência rápida e eficiente para absorção do maior número de conteúdos possíveis. Quer dizer, a ideia de quantidade e produtividade tem aqui, de novo, o seu peso asfixiante.

Nesse cenário, a cultura transforma-se em mera mercadoria.

Em suma, até no contato com a cultura jurídica não há a preocupação com o cuidado de si. Assim, coloca-se como necessária uma análise que problematize essas questões.

2.2 Cuidado de si: o esquerdo da transgressão

O filósofo francês Michel Foucault, de uma inventividade assombrosa, trabalha com inúmeras temáticas em sua obra. Perpassa o campo da história, psicologia, direito, economia, filosofia, linguística etc. É um pensador pluridimensional.

Pode-se dizer que a subjetividade e as técnicas de poder e saber que lhe são correlacionadas marcam um fundo consistente de seu pensamento. Preocupa-se em evidenciar como os indivíduos são efeitos de jogos de poder-saber. Ciência, política e ética estão aqui entrelaçadas.

Nada obstante, é a partir de estudos realizados acerca da Antiguidade greco-romana que Foucault vai haurir sua concepção de cuidado de si. Isto é, o que entende por ética enquanto prática reflexiva de liberdade.

[...] na Antiguidade, a vontade de ser um sujeito moral, a busca de uma ética da existência eram principalmente um esforço para afirmar a sua liberdade e para dar à sua própria vida uma certa forma na qual era possível se reconhecer, ser reconhecido pelos outros e na qual a própria posteridade podia encontrar um exemplo. Quanto à elaboração de sua própria vida como uma obra de arte pessoal, creio eu, embora obedecesse a cânones coletivos, ela estava no centro da experiência moral, da vontade de moral na Antiguidade. (FOUCAULT, 2006, p. 290).

Para Judith Butler (2015), Foucault, aqui, realizou um desvio de suas considerações anteriores sobre o sujeito. Seu interesse foi desviado para uma consideração de como certos códigos prescritivos historicamente estabelecidos determinavam certo tipo de formação do sujeito. Aduz que, por mais que em sua obra anterior, ele trate o sujeito como um “efeito” do discurso, nos escritos posteriores ele matiza e aprimora sua posição da seguinte maneira: o sujeito se forma em relação a um conjunto de códigos, prescrições ou normas, e o faz de maneiras que, não só revelam a constituição de si como um tipo de *poiesis*, mas também estabelecem a criação de si como parte de uma operação crítica mais ampla.

Nesse sentido, o cuidado de si preconizado pelo filósofo francês, pode ser apontado como cultivo de si, um se ocupar consigo mesmo. É um trabalho de reflexão de si para consigo. Através do “conhece-te a ti mesmo” socrático existem condições para o cuidado de si. Este é construído pela própria subjetividade num processo contínuo de subjetivação (FOUCAULT, 2010).

É por meio de inúmeras práticas, gestos, atitudes etc. que o sujeito tem condições de realizar a prática de si e, por conseguinte, a prática da verdade. O recolher-se em si coloca-se como apanágio para o sujeito transformar o seu ser e, conseqüentemente, é um discurso do sujeito sobre si mesmo, tornando-se um jeito pessoal de encarar a realidade. Um governo de si e, em conseqüência, dos outros.

De qualquer forma, se analisamos “técnicas” de si, devemos pensar em um conjunto de regras que o indivíduo aplica a seu próprio comportamento. Não se trata de regras teóricas, mas de regras práticas. Na ascese própria, às técnicas de si, descritas por Foucault, as regras visam produzir uma “forma” de existência que se caracteriza como uma obra em si. (BERTEN, 2011, p. 182).

Verifica-se, em efeito, a ideia foucaultiana de que a ética implica uma estética da existência, ou seja, uma forma de vida (ORTEGA, 1999). Isso porque o cuidado de si, como é trabalhado pelo filósofo, oferece condições para o sujeito se (re)criar enquanto uma obra de arte. Cuida-se de uma proposta de imaginação e transformação.

Nessa perspectiva tem-se que “fazer de sua vida uma obra de arte supõe a realização de uma configuração intemporal e singular, independente de toda consideração sobre o progresso da verdade ou da moralidade” (BERTEN, 2011, p. 184).

Também tal dimensão subjetiva de cuidado de si evidencia uma dimensão coletiva, na medida em que o “outro” faz parte deste processo de construção. Deve-se respeitar a liberdade do outro, fazendo do processo de auto-criação um ato político. Vive-se é na coletividade.

A governamentalidade, nesta perspectiva, se fundamenta na liberdade, na relação de si consigo mesmo e na relação com o outro. Encontra-se, nesta noção, a própria matéria da ética. Assim as relações estratégicas de poder inculcadas nas tecnologias de subjetivação podem indicar a minimização das suas potencialidades excludentes: as estratégias entre liberdades podem, consistentemente, se consolidar como processos éticos de subjetivação, ou seja, como atitudes afirmativas de narrativas alternativas historicamente silenciadas, em detrimento da possibilidade de uma sociedade de normalização, permeada de subjetividades aprioristicamente constituídas que, por isso mesmo, se mostram incapazes de resistir à ordem previamente elaborada do discurso e das coisas. (ARCELO; GONTIJO, 2010, p. 300).

Por força dessas razões, Foucault (2010) propõe que as relações do cuidado de si devem ser vistas como relações de diferenciação e não de identidade. A proposta é de inovação e criação do sujeito, por ser este único; escritor de sua própria narrativa.

Por conseguinte, as técnicas de si reivindicam uma nova forma de existência. E isso redundando no reconhecimento da pluralidade incontornável das formas de realização do sujeito.

Vale dizer, fica claro pela leitura de Foucault que não há que, aprioristicamente, se determinar como os indivíduos se constituirão numa nova forma de existência. O objetivo é justamente o de reconhecer a multiplicidade de formas de vida possíveis.

Nada mais anti-foucaultiano do que tentar, de modo antecipado e determinista, prever as formas possíveis da construção do sujeito enquanto juízo estético, constitutivamente plúrimo.

Diante disso, Judith Butler (2015) aduz que resulta do questionamento de si oriundo da prática ascética um colocar-se em risco, colocando em perigo a própria possibilidade de reconhecimento por parte dos outros, uma vez que questionar as normas de reconhecimento que governam o que o sujeito poderia ser, perguntar o que elas deixam de fora e o que poderiam ser forçadas a abrigar, é o mesmo que, em relação ao regime atual, correr o risco de não ser reconhecido como sujeito ou pelo menos suscitar perguntas sobre quem sou (ou posso ser) ou se sou ou não reconhecível.

Isso significa a abertura que o projeto de auto-criação de si mesmo implica. Não há garantias absolutas prévias. O vir-a-ser é invenção de algo novo e, por isso, embebido de riscos.

Em outras palavras, “rompida a normatividade de uma interpretação única do mundo, a personalidade e o conhecimento de si apelam à criação de um modo singular de viver. É a dor inerente a toda criação que marca e diferencia todo homem e toda época” (CLEMENTINO, 2009, p. 2991).

Contudo, segundo Foucault (2014), esse trabalho de si sobre si mesmo foi se eclipsando ao longo da história. O conhecimento de si sobrepôs-se ao cuidado de si, diante, tanto da influência do cristianismo, que considerou o cuidado de si imoral, postulando a renúncia de si para a salvação, numa obediência forçada, quanto da influência da tradição filosófica iniciada com Descartes, segundo a qual o conhecimento em si foi haurido como princípio para atividade de conhecimento; um *cogito* soberano e universalista.

E é justamente para evidenciar como ocorria a prática de si antes da constituição do sujeito moderno que o filósofo francês retoma a Antiguidade, pois nesta o indivíduo não era colocado sob um fundamento (universal e necessário), mas constituído pelas práticas de si, construindo-se moralmente pelas suas próprias ações.

A partir deste olhar do cuidado de si, tem-se a perspectiva para engendrar a percepção de que a literatura auxilia na atividade criativa do sujeito enquanto obra de arte. Uma prática de subjetivação, portanto, que coopera no processo de cultivo de si.

A literatura ganha por isso um valor em si mesma, tornando-se um manancial de auxílio nessa tarefa que o sujeito tem para consigo próprio, constituindo-se enquanto prática de liberdade.

Com efeito, será com uma atitude estética que o sujeito tornará a experiência literária como cuidado de si. Isso porque, a atitude estética “é uma atitude desinteressada, é uma abertura, uma disponibilidade não tanto para a coisa ou o acontecimento ‘em si’, naquilo que ele tem de consistência, mas para os efeitos que ele produz em mim, na minha percepção, no meu sentimento” (PEREIRA, 2012, p. 186). Em outros termos:

A atitude estética, então, diz respeito à abertura que o sujeito tem ante o mundo. E essa atitude não se caracteriza por uma posição passiva *nem* ativa diante do objeto ou do acontecimento, mas por uma *disponibilidade* que o sujeito tem. Não se trata de procurar submeter o objeto ou o acontecimento a certo esquema explicativo que poderia produzir um conceito, um juízo, uma definição ou uma ideia *nem* submeter-se a uma suposta essência ou fundamento que estivesse contida no objeto ou no acontecimento. Somos seres *de encontro*. (PEREIRA, 2012, p. 186, grifos no original).

Segundo Marcos Villela Pereira (2012), cuida-se, na experiência estética, de perceber que o sujeito constitui e é constituído pelo mundo, realizando composições e arranjos com a realidade circundante. A realidade, aquilo que existe (seja concreta e materialmente, seja abstrata e conceitualmente) não é mera exterioridade, mas algo que constitui o sujeito tanto quanto ele o constitui. Assim, não se trata de operar, aqui, na dimensão da racionalidade que busca efetuar uma dominação: o

sujeito não pretende nem dominar a realidade nem ser dominado por ela. Não se trata de efetuar uma razão que apreende, possui, define, nomeia, reduz ou entende a realidade.

Trata-se, de acordo com Pereira (2012), antes, de um jogo de mútua interferência, de composição de possibilidades que constituem sujeito e mundo. Do encontro e do arranjo entre sujeito e objeto ou acontecimento resulta algo que ainda não existia, resulta um efeito novo: um sentimento, um gosto, um estado que apenas existia enquanto possibilidade, como porvir. Ao entrar em jogo com o objeto ou o acontecimento, eles deixam de ser exteriores ao sujeito e passam a constituir o campo da experiência.

As obras de arte – sejam de que natureza forem – representam uma zona de confluência de possibilidades que foi trazida à vida pela operação de um artista e, por isso, representam um campo de potência ilimitado. Um objeto ou acontecimento cultural ou artístico não está aí meramente para ser compreendido, manejado ou dominado, mas, ao contrário, para ser experimentado. E isso significa que eles representam instâncias de convocação dos sujeitos, situações de apelo ao jogo e à composição com o público que voltarão a dar existência à sua materialidade. Um livro, por exemplo, é apenas um livro: um objeto material com peso e dimensões concretas que o tornam meramente uma coisa. Mas, ao ser aberto e lido, transforma-se, torna-se uma agência de novos sentidos que colocam em movimento o repertório e o universo daquele que lê. (PEREIRA, 2012, p. 189-190).

Ainda com o pensamento de Pereira (2012), pode-se conceber que a vida e a arte não se definem: são uma coleção de exemplos. Assim, vê-se a “ideia da experiência estética como uma oportunidade de ampliação, desvelamento e de expansão da subjetividade na medida em que representa uma abertura para essa *coleção de exemplos*” (PEREIRA, 2012, p. 189-190).

Nesse jogo entre a obra literária (de arte) e sujeito deflagra-se a possibilidade de este se questionar, colocar-se em conflito, lançar-se num campo de estranheza de si, tanto no aspecto dos afetos quanto na problemática da razão. Essa experiência pode auxiliá-lo a mudar a sua forma de agir, tornando-o propício ao cuidado de si.

E, desse modo, com a capacidade de construir sentidos novos com a experiência literária, o sujeito produz a si mesmo; recria-se. A melhoria deste levará à mudança da sociedade, que supõe, para sua legítima transformação, a transfiguração, primeiro, do sujeito. Aqui, a possibilidade de emergência de um novo ator jurídico, emancipado pela moral de suas próprias ações, demonstra-se não só provável, mas exigível.

2.3 Paradoxos de subjetivação

A partir da articulação do cuidado de si foucaultiano com o direito percebe-se a necessidade de formulação de um novo direito, que, por sua vez, leve a sério uma prática de subjetivação do sujeito que lhe constitua enquanto vivência de liberdade. Com efeito, a ética proposta por Foucault, enquanto um governo de si e dos outros, propõe um redirecionamento de perspectivas, a fim de viabilizar a construção

de narrativas pessoais dadas a partir da construção de si de modo autônomo. Isso implica a proposição de um discurso jurídico que se projeta além de um sujeito de direitos (e deveres) universal.

Nesse sentido, a construção do imaginário de um sujeito de direito universal escamoteia relações de poder, que objetivam (determinam) individualidades ou grupos específicos que não correspondem aos padrões colocados por aquele parâmetro.

Em um mundo em que as ações políticas, inclusive a política internacional dos direitos humanos, são claramente determinadas por interesses de Estados que se afirmam constitucionais e democráticos, tem-se, apesar da hegemônica presença simbólica do discurso dos direitos humanos, uma série de articulações entre o poder disciplinar e o poder regulamentador que instauram um biopoder, um poder sobre a vida dos sujeitos, exercido pelos Estados e fundado no racismo – enquanto um permanente processo de distinção entre iguais (incluídos) e diferentes (excluídos). (ARCELO; GONTIJO, 2010, p. 289).

De acordo com o sociólogo do direito Gil Caldeira Hermenegildo (2012), faz-se necessária a reflexão (urgente) sobre uma política de direitos pós-identitária, ou seja, que não se prende a categorizações para realizar planejamentos políticos e intervenções sociais. Assim, o direito deve ser reestruturado de forma a garantir a legitimidade das técnicas de si.

O Direito, portanto, para deixar de ser normalizador tem que desvincular-se dos discursos jurídicos que prezam pela universalidade para reconstruir-se com base em justificativas pluralistas. Todavia, não se deve compreender a pluralidade enquanto mera tolerância da diferença, incapaz de problematizar as tensões que há entre o “eu” e o “outro”, mas partir de pressupostos que rompam definitivamente com o que é “igual” e “diferente” através de medidas pós-identitárias. Somente assim desloca-se o fenômeno jurídico do espaço de promotor de políticas de integração para de reconhecimento. (HERMENEGILDO, 2012, p. 175).

De fato, “o fenômeno jurídico não deve posicionar-se na defesa de determinados valores ou posicionamentos de forma rígida, mas construindo meios que deem à sociedade a possibilidade de contestar os pressupostos jurídicos de forma significativa.” (HERMENEGILDO, 2012, p. 175).

Tendo isso em mente, pensando na atividade de julgar no direito, conforme Adriana Clementino (2009), a partir da relação entre este e a literatura, que se reflete nas condições de possibilidade interpretativas do ato de julgar, tem-se que os limites ético-jurídicos na complexidade contemporânea podem comportar uma atitude de modernidade transfiguradora. A imersão da subjetivação estética no direito pode gerar efeitos hermenêuticos concretos no ato de julgar.

Mergulhar em hábitos de leitura, ou, ainda melhor, em mais cuidadas análises literárias, pode contribuir para dotar o jurista destas alternativas formas de racionalidade, apurando a sua capacidade imaginativa e a sua inteligência empática. O conhecimento de mundos alternativos proporcionado pela ficção, o contacto por ela estimulado com situações complexas, em que é fomentada a identificação do leitor com as personagens envolvidas, tudo isso constitui um ágio para o jurista que, ao longo de sua vida profissional, terá, muito provavelmente, que enfrentar delicadas questões éticas para as quais não encontrará resposta nem nos códigos nem nos manuais (AGUIAR E SILVA, 2001, p. 130-131).

Conforme sustenta José Alexandre Ricciardi Sbizera (2015), o jurista que se utiliza deste arsenal afetivo e intelectual ofertado pela literatura, pode-se ser chamado de jurista crítico-sensível. Deve este se

utilizar da literatura como um guia para a transformação dos seus próprios conhecimento e pensamento, bem como do conhecimento e pensamento do outro, jurista ou não, para, com isto, converter o Direito entendido tradicional ou criticamente dogmático em uma compreensão crítico-sensível e transformar, mais humanamente, a partir disso, as realidades nas quais a sociedade e os humanos vivem.

Tal é o desafio.

3 Considerações Finais

Direito, literatura e ética são linguagens; projeções humanas no tempo e no espaço culturais.

Torna-se necessário, pela linha de uma abordagem crítica, antes de tudo, ver na intersecção entre aqueles campos do saber a possibilidade de transformação de si próprio. Nada adianta não se transformar diante do conhecimento que se tem.

É por meio de uma estética da existência, portanto, que se deflagra a urgência e necessidade de um cuidado de si.

Faz-se preciso um mergulho profundo em si próprio, inserindo-se nos discursos de cultura, a fim de propor transformações que sejam, no fundo, reflexo de elaborações éticas em si mesmo. Um governo dos outros que seja, no final das contas, um governo de si enquanto prática reflexiva de liberdade.

É preciso buscar a (re)criação de si mesmo, ainda que dolorosa.

A literatura representa o próprio devir do sujeito, já que ela é, sempre, um discurso inconcluso, um vir-a-ser. São cabíveis, permanentemente, novas leituras sobre uma obra literária. É um mundo multidimensional, que desliza e abusa daqueles que querem enquadrá-lo em categorias e representações estanques, de todo maniqueístas.

Com essa proposta, pela subjetivação estética, é possível vislumbrar uma mudança no direito. Um campo que represente a ideia plural e diversa de vivências e constituições do sujeito. Refletindo a sua própria elaboração, ao sujeito é possível engendrar novas práticas.

Agora, talvez numa sociedade como a nossa de tanto ruído, que muitos acorrem simplesmente para falar e falar, possa se aprender a ouvir. Talvez seja necessário cultivar o ócio de modo mais profundo. Um silêncio e um não “produzir”, que faça repensar nossas próprias práticas e posturas.

Talvez precisemos cuidar de nós mesmos.

4 Referências

AGUIAR E SILVA, Joana. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2001.

ARCELO; Adalberto Antônio Batista; GONTIJO, Lucas de Alvarenga. Estética da existência e teoria crítica da sociedade: análise transdisciplinar do discurso dos direitos como narrativa alternativa à colonização das subjetividades. In: **Anais do II Congresso Nacional de Psicanálise, Direito e literatura: estética da existência**.

- Fábio Belo; Liliane Camargos; Gustavo Cerqueira Guimarães; Pedro Castilho; Marco Antonio Alves; Guaracy Araújo (orgs.). Nova Lima, Faculdade de Direito Milton Campos, 2010, p. 286-302.
- BERTEN, André. **Modernidade e desencantamento: Nietzsche, Weber e Foucault**. Tradução de Márcio Anatole de Souza Romeiro, São Paulo: Saraiva, 2011.
- BUTLER, Judith. **Relatar a si mesmo: crítica da violência ética**. 1ª ed. Belo Horizonte: autêntica, 2015.
- CANDIDO, Antonio. **O direito à literatura**. In: *Vários escritos*. 4ª ed. São Paulo/Rio de Janeiro: Duas Cidades/Ouro sobre Azul, 2004, p. 169-191.
- CLEMENTINO, Adriana Fernandes. **A subjetivação estética no direito e seus efeitos hermenêuticos no ato de julgar**. Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 2977-2995.
- FOUCAULT, Michel. **Estética: literatura e pintura, música e cinema. Ditos e escritos III**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**. Curso dado no College de France (1981-1982). 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **Do Governo dos Vivos**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HERMENEGILGO, Gil Ricardo Caldeira. **Direito e Sexualidade: uma análise queer do fenômeno jurídico brasileiro atual e uma proposta para sua reconstrução em bases não normalizadoras das identidades homossexuais**. Belo Horizonte: Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Dissertação de Mestrado, 2012. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HermenegildoGRC_1.pdf> Acesso em: 15 de dezembro de 2015.
- ORTEGA, Francisco. **Amizade e estética da existência em Foucault**. Rio de Janeiro: Graal, 1999.
- PEREIRA, Marcos Villela. **O limiar da experiência estética: contribuições para pensar um percurso de subjetivação**. Pro-posições, Campinar, v. 23, n. 1 (67), jan./abr. 2012.
- SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. **Arte e direito: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a literatura e o direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TRINDADE, A. K.; GUBERT, R. M. Direito e literatura: aproximações e perspectivas para se repensar o direito. In: TRINDADE, André Karam; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Orgs.). **Direito e Literatura: reflexões teóricas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 11-66.



SOCIOLOGIA JURÍDICA EM CENA: a influência do Direito Nazista nas produções cinematográficas alemãs

Amilson Albuquerque Limeira Filho¹

Alana Ramos Araújo²

RESUMO: O presente artigo se perfaz no estudo das influências do Direito Nazista nas produções fílmicas coetâneas ao regime (1933-1945) por meio da análise jurídica da Constituição de Weimar e das Leis de Nuremberg, seguida da identificação de novo paradigma adotado pelo cinema alemão e da análise dos filmes *Triumph des Willens* (Triunfo da Vontade) e *Der Ewige Jude* (O Eterno Judeu), com o intento de demonstrar a influência dos diplomas normativos sobre os filmes analisados, fomentando o debate interdisciplinar sobre o referido momento através do diálogo entre o Direito, a Arte e a Sociologia.

Palavras-chave: Sociologia Jurídica. Direito Nazista. Cinema Alemão. Triunfo da Vontade. O Eterno Judeu.

Abstract: This present article means about the study of influences of Nazi law in filmic productions coeval to the regime (1933-1945) through the legal analysis of the Weimar Constitution and the Nuremberg Laws, followed by identification of the new paradigm adopted by the german cinema and analysis of the film *Triumph des Willens* (Triumph of the Will) and *Der Ewige Jude* (The Eternal Jew), with the intent of to demonstrate the influence of normative acts in the films analyzed, fostering the interdisciplinary debate about this moment through of dialogue between Law , Art and Sociology.

Keywords: Legal Sociology. Nazi Law. German Film. Triumph of the Will. The Eternal Jew.

1 Introdução

O estudo realizado consiste na análise das influências exercidas pelo Direito Nazista nas produções fílmicas alemãs contemporâneas ao regime (1933-1945), valendo-se do método de abordagem indutivo, por meio do qual se pretende contextualizar o referido momento com ênfase no

1 Graduando em Direito pela Universidade Federal da Paraíba - Centro de Ciências Jurídicas – Departamento de Ciências Jurídicas (DCJ/UFPB). Pesquisador membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Extensionista no Núcleo de Extensão em Justiça Ambiental (NEJA). Contato: amilson.albuquerque@hotmail.com.

2 Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Recursos Naturais pelo Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais da Universidade Federal de Campina Grande (PPGRN/UFCG), com bolsa CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Contato: alanaramos@ccj.ufpb.br.

estudo da Constituição de Weimar e das Leis de Nuremberg, identificando, posteriormente, o paradigma³ balizador da atividade cinematográfica desenvolvida no referente período, seguido da análise pontual dos filmes *Triumph des Willens*⁴ (Triunfo da Vontade) e *Der Ewige Jude*⁵ (O Eterno Judeu), com o intuito de demonstrar a influência das normas jurídicas analisadas nas obras selecionadas.

Considerando o contexto sócio-político-econômico, percebe-se no tema certa atualidade, que se por um lado se refere a um momento histórico específico, por outro lado também serve à reflexão da constatação de resquícios de uma política total que persiste no tempo, seja por via institucional, através do desrespeito às normas democráticas, por via discursiva, por meio da propagação de ideologias totalitárias ou através da imposição de modelos econômicos, cujas consequências repercutem no processo de exclusão de camadas sociais que não se adequem às exigências de mercado.

Com o intuito de refletir o conhecimento sociológico, notadamente os conflitos ideológicos que se inserem no momento histórico correspondente ao regime nazista, o estudo realizado propõe uma análise do referido regime sob a ótica do Direito, não se limitando, contudo, à mera análise legislativa, ao passo em que adentra no campo da Arte, mediante análise de recursos cinematográficos, cuja combinação de elementos audiovisuais, simbólicos e linguísticos repercutiu de modo significativo no contexto considerado, com reflexos nos planos político e social.

Nesse aspecto, pretende-se contribuir na elaboração de pesquisas correlatas ao tema abordado, nos estudos de História do Cinema e de Sociologia Jurídica, sem a pretensão de exaurir o tema. Ao revés, trata-se de um convite direcionado ao leitor com o intento de pensar o Nazismo de modo interdisciplinar⁶, pelas lentes da Sociologia, do Direito e da Arte.

2 “*Ein Volk, ein Reich, ein Führer*” (“Um povo, um governo, um líder”): Análise jurídica da Constituição de Weimar e das Leis de Nuremberg

O Nazismo ou Nacional-Socialismo (do alemão: *Nationalsozialismus*) pode ser compreendido enquanto projeto de política total com fundamentação ideológica de extrema direita. Geralmente

3 A expressão “paradigma” deve ser compreendida, com as devidas ressalvas, conforme apontamentos de Thomas Kuhn. Segundo o autor, a ideia de paradigma está associada às realizações científicas geradoras de modelos que orientam no posterior desenvolvimento de pesquisas científicas. (1978, p.60) Atente-se, contudo, que no campo das ciências humanas, a definição proposta por Kuhn deve ser adaptada, tendo em vista o caráter multiparadigmático de tal saber.

4 *Triumph des Willens* (O Triunfo da Vontade), filme alemão gravado no formato de documentário, estreou em 28 de março de 1935, sendo dirigido pelo cineasta Leni Riefenstahl. Disponível em: <<http://www.imdb.com/title/tt0025913/>> Acesso em: 22 fev., 2016.

5 Gravado no formato de documentário e exibido em 1940, *Der Ewige Jude* (O Eterno Judeu) foi escrito por Eberhard Taubert e dirigido por Fritz Hippler. Disponível em: <<http://www.imdb.com/title/tt0156524/>> Acesso em: 22 fev., 2016.

6 Conforme observa Japiassu: “A interdisciplinaridade caracteriza-se pela intensidade das trocas entre os especialistas e pelo grau de interação real das disciplinas no interior de um mesmo projeto de pesquisa”. (1976, p.74)

associado ao Fascismo⁷, foi amplamente influenciado por ideias pangermânicas⁸, teorias de hierarquia racial e pelo darwinismo social, abarcando as teses do nacionalismo, antissemitismo e do racismo científico e se estruturando enquanto movimento cuja finalidade consistia na superação de classes sociais em prol de um ideal unificante, capaz de homogeneizar a totalidade do povo alemão segundo critérios de raça e de sangue.

Com efeitos no plano econômico, o saldo pós Primeira Guerra Mundial rendeu à Alemanha elevado número de mortes, desvalorização do marco, moeda nacional acometida pela hiperinflação, e desemprego em massa. No âmbito social, contribuiria na construção de uma memória coletiva reivindicante de territórios outrora pertencentes à Alemanha, com desdobramentos na conformação de uma "comunidade do povo germânico"⁹. Nesse contexto, as propostas do partido nacional-socialista ganhavam fôlego, exteriorizando-se aos olhos da nação alemã enquanto soluções plausíveis para o enfrentamento da crise vivenciada.

Em meio ao caos, após a derrota da Tríplice Aliança, com desastroso resultado de quatro anos de combate em que se estimava aproximadamente dois milhões de mortos e desaparecidos, cerca de 10% da população masculina, conformava-se uma nova ordem jurídica estruturada no decisionismo¹⁰, cuja apropriação distorcida pelo regime nazista resultaria na fundamentação da validade do sistema normativo vigente à época.

Durante meados do século XX, a pacata cidade de Weimar foi escolhida para sediar as discussões empreendidas pelo Parlamento alemão, por meio de Assembléia Nacional, constituída em 6 de fevereiro de 1919, cuja finalidade consistia na elaboração de uma nova Constituição. Nos cinco meses seguintes à constituição do parlamento, a referida Carta Constitucional foi discutida e elaborada, sendo promulgada por Friedrich Ebert, em 11 de agosto de 1919.

7 Nas palavras de Roger Griffin o Fascismo é "um gênero de ideologia política cujo núcleo mítico em suas várias permutações é uma forma palingênica de ultranacionalismo populista" (1991, p.27).

8 Em alemão, *Aldeutsche Bewegung*, consiste em movimento político do século XIX que defendia a união dos povos germânicos da Europa Central. Disponível em: <<https://cafehistoria.ning.com/group/pangermanismo>> Acesso em: 05 mar., 2016.

9 "Comunidade do povo" (*Volksgemeinschaft*), conceito difundido durante o governo do Terceiro Reich, consistia no ideal de união do povo alemão. Disponível em: <<https://revistadehistoria.com.br/secao/artigos/figura-esvaziada-de-hitler>> Acesso em: 05 mar., 2016.

10 Teoria proposta por Carl Schmitt em obra intitulada *Teoria de la Constitución*, publicada em 1927. Conforme aponta Ronaldo Porto Macedo Júnior (2011, p.47), "[...] importa notar que, numa teoria do Estado radicalmente decisionista (como a apresentada por Schmitt nos anos 1920 em Teoria da Constituição), para a qual o Estado é o "status" político de um povo, surge o problema de saber qual é a relação entre o *Führer*, que decide soberanamente, e o povo". Nesse contexto, caberia ao *Führer* o exercício do poder decisório com o fim de resguardar o Direito e a própria existência da nação alemã.

Marcada por contradições insolúveis, se por um lado inaugurava o Constitucionalismo Social¹¹, junto à Constituição Mexicana de 1917¹², através da inserção na Carta Política do direito à educação (art. 120), direito à aposentadoria de servidor público (art. 129), direito à habitação sadia (art. 155), direitos trabalhistas (arts. 157, 162 e 163, § 1º), direitos autorais (art. 158) e direitos previdenciários (art. 161), instituindo, inclusive, a função social da propriedade (art.153,§ 1º) e a proteção de monumentos de arte, históricos e naturais, bem como às paisagens (art.150), evidenciando o relevo e a importância da arte e do patrimônio imaterial para a população alemã, por outro lado, conferia amplos poderes ao Chefe de Estado, conforme se observa, a título de exemplo, no art. 48 da referida Carta, cujo teor merece transcrição:

Artigo 48: Caso a segurança e a ordem públicas sejam seriamente perturbadas ou feridas no Reich alemão, o presidente do Reich deve tomar as medidas necessárias para restabelecer a segurança e a ordem públicas, com ajuda se necessário das Forças Armadas. Para este fim ele deve total ou parcialmente suspender os Direitos fundamentais definidos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153.

Doravante, na noite do dia 15 de setembro de 1935 foram anunciadas pelo *Reichstag* as Leis de Nuremberg, cuja tríade integrava a Lei de Proteção do Sangue e Honra Alemães, a Lei de Cidadania do *Reich* e o primeiro regulamento para a Lei de Cidadania do *Reich*. De caráter eminentemente racial e segregacionista, o diploma normativo evidenciava um ideal de purificação almejado pelo governo.

Conforme se procede à análise das Leis de Nuremberg, percebe-se, explicitamente, uma intenção de discriminação do povo judeu, uma vez identificada a etnia, cuja constatação resultaria da análise do grau de parentesco entre o indivíduo e seus avós, segundo critérios estabelecidos no artigo V do Primeiro Regulamento para a Lei de Cidadania do *Reich*, como se observa a seguir:

1. Um judeu é um indivíduo que descende de pelo menos três avós que eram judeus racialmente puros. O Artigo II, parágrafo, alínea linha 2 será aplicado. (Art. II, alínea 2: um indivíduo de sangue misto judeu é aquele que descende de um ou dois avós que eram judeus racialmente puros, mesmo que não seja um judeu de acordo com a seção 2 do Artigo V. Avós com 100 por cento de sangue judeu são aqueles que pertenciam a comunidade religiosa judaica). 2. Um judeu é também um indivíduo que descende de dois avós puramente judeus: (a) se era membro de uma comunidade religiosa judaica quando esta lei foi editada, ou se integrou a uma, após a edição desta; (b) quando a lei foi editada, era casado com uma pessoa judia ou foi

11 Segundo Burdeau (1996, p.68): “Após a guerra de 1914-19, as declarações de direitos conhecem um impulso enorme. Nos Estados criados ou transformados pela guerra, as assembleias constituintes adotam nos preâmbulos das constituições um bom número de artigos fixando as bases políticas e sociais do novo regime. Elas registram o nascimento de novos direitos saídos da evolução da vida social; eles remetem ao dever do Estado, não mais simplesmente à garantia da independência jurídica do indivíduo, mas sobretudo a criação de condições necessárias para assegurar-lhe a independência social. O individualismo é corrigido pelo reconhecimento da legitimidade das intervenções do Estado em todos os domínios em que se possa demandar a solidariedade social”.

12 Promulgada em 5 de fevereiro de 1917, foi fortemente influenciada pela doutrina anarcossindicalista, sendo a primeira Carta Constitucional a atribuir aos direitos trabalhistas o caráter de fundamentalidade. Segundo observa Daniel Moreno (1973, p.227): “Poucas vezes o pensamento jurídico foi devedor de forma tão determinante da realidade social e das idéias postas em jogo, como no caso da mencionada Assembleia. Foram assinaladas como causas fundamentais algumas de tipo econômico, sobretudo a dura exploração que sofriam os camponeses e as paupérrimas condições em que viviam os operários”.

subseqüentemente casada com um indivíduo judeu; (c) é descendente de um casamento no qual um dos cônjuges é judeu, no sentido da seção 1, contraído após a entrada em vigor da Lei para Proteção do Sangue e da Honra Alemã, de 15 de setembro de 1935; (d) é descendente de uma relação extraconjugal que envolveu um judeu, de acordo com a Seção 1, e nasceu ou é filho ilegítimo nascido depois de 31 de julho de 1936. (MILMAN, 2004, p.1)

A existência de mandamentos com efeitos retrospectivos (*ex tunc*), cujo teor alcançava fatos anteriores à vigência do dispositivo legal, consistiria em técnica legislativa utilizada pelo poder constituído com o intento de dar aplicabilidade às teses raciais, conforme se depreende do artigo 1º da Lei de Proteção do Sangue e Honra Alemães, a seguir:

Art. 1º, 1) São proibidos os casamentos entre judeus e cidadãos de sangue alemão ou aparentado. Os casamentos celebrados apesar dessa proibição são nulos e de nenhum efeito, mesmo que tenham sido contraídos no estrangeiro para iludir a aplicação desta lei. 2) Só o procurador pode propor a declaração de nulidade.

Com efeito, a proposta segregacionista positivada nas Leis de Nuremberg viabilizou a execução de uma política antijudaica que perdurou durante a vigência do referido diploma, por meio do qual se impediria a participação efetiva do judeu na vida política, econômica e social alemã, através da aplicação de normas impositivas e proibitivas, cujo teor étnico-racial alcançava todos os aspectos da vida judaica cotidiana, desde a constatação da etnia do indivíduo, com conseqüente anulação do *status* de cidadão, às relações privadas, sendo proibido, a título de exemplo, as relações extra-matrimoniais entre judeus e alemães, o içamento de bandeira, a envergadura das cores do *Reich* por judeus, contratação de criado alemão ou aparentado com menos de 45 anos por judeu, etc.

Destarte, a instabilidade política atrelada à fragilidade econômica e aos anseios sociais ensejaria na ruptura de velhos paradigmas com o intuito de superação da crise outrora experimentada. Nesse contexto, a atividade cinematográfica sofreria mudanças significativas, adotando paradigma complexo que não se limitaria ao entretenimento de massas, repercutindo, também, no plano político.

3 Os novos rumos da imagem-ação a serviço do projeto Nazista

Precursores no uso do cinema para a realização de panfletagem, os alemães viram na arte fílmica, um instrumento político-ideológico capaz de realizar inúmeras funções. Da distração da população, deslocando a atenção do cidadão alemão no caso de eventuais derrotas do exército nazista, ao controle de opinião pública através da publicidade ideológica, da comercialização das imagens do *Führer*, contribuindo para a exaltação do regime, à fomentação do ódio pelo diferente, através da difusão

reiterada de visões pejorativas do homem judeu, a “imagem-movimento”¹³ detinha papel de relevo no plano nazista. Conforme observa Wagner Pinheiro:

O cinema foi, indubitavelmente, o setor que recebeu maior atenção e investimentos do regime nazista. Desde o início de sua carreira política, Adolf Hitler já reconhecia o enorme potencial oferecido pelas imagens – em especial pelo cinema – na veiculação de ideologias e na conquista das massas. Assim, o cinema esteve fortemente vinculado ao crescimento partidário e à escalada eleitoral dos nazistas. Antes mesmo da ascensão de Hitler ao poder, foram produzidos os primeiros filmes de propaganda nazista. Dessa época destacaram-se os curtas-metragens eleitorais: *Parteitag der NSDAP in Nürnberg* (“O Congresso do NSDAP em Nuremberg”, 1927), *Hitlers Braune Soldaten Kommen* (“Os Soldados Marrons de Hitler Chegaram”, 1930), *Hitlerjugend in den Bergen* (“A Juventude Hitlerista nas Montanhas”, 1932), *Triumphfahrt Hitlers durch Deutschland* (“Viagem Triunfal de Hitler pela Alemanha”, 1932), *Hitler über Deutschland* (“Hitler sobre a Alemanha”, 1932) e *Deutschland erwacht!* (“Desperta, Alemanha!”, 1932). (2003, p.110)

No decorrer dos anos 30, a atividade cinematográfica se desenvolveria com vistas à doutrinação de massas, contribuindo no processo de disseminação de ideologias legitimadoras da ordem instaurada. Nesse contexto, a divulgação de discursos cuja finalidade consistia na exaltação dos ideais nazistas e legitimação do regime vigente, atrelada à uma visão maniqueísta, incutiria no inconsciente coletivo o medo e a aversão àquilo que representasse uma afronta a nova ordem estabelecida. Assim sendo, a gradativa construção e apropriação de entendimentos com vistas à fundamentação do poder decisório, cujas influências ideológicas encontram respaldo nas ideias de raça de Gobineau e nas concepções históricas de Carlyle e Hegel, contribuiriam no processo de divinização do governante (cuja imagem seria associada ao mito do herói, numa compreensão histórica distorcida e restrita aos feitos dos grandes homens) e na construção de um arquétipo do inimigo da nação alemã (cujas qualidades incompatíveis com as do homem ariano, representariam ameaça persistente e perigo efetivo à própria sobrevivência do cidadão alemão), fomentando à ideia de superioridade da raça ariana (CASSIRER, 2003). Com efeito, a projeção de culpa àqueles que fugissem do estereótipo ideal, repercutiria em âmbito interno e internacional, encontrando no judeu, no estrangeiro, no homossexual e no comunista a causa e o dever de responsabilidade pelas mazelas que acometiam a Alemanha do pós-guerra.

Nesse contexto, a contribuição do cinema na construção imagética do “inimigo”¹⁴ não se deu de modo unificado. Inicialmente, teria sido apresentado ao público a partir de uma perspectiva doutrinária e

13 Conforme esclarece Gilles Deleuze: “Em 1907, em *A Evolução Criadora*, Bergson batiza a fórmula injusta: a ilusão cinematográfica. Com efeito, o cinema opera com dois dados complementares: cortes instantâneos, que chamamos imagens; um movimento ou um tempo impessoal, uniforme, abstrato, invisível ou imperceptível, que existe “no” aparelho e “com” o qual fazemos desfilar as imagens” (1983, p.9-10).

14 Conforme observa Christian Ingrao: “Um dos fatores que alimentava a concepção de um *Reich* cercado e condenado a uma guerra total defensiva era a imagem desumana do inimigo que se cristalizava desde os primeiros dias do conflito. Os belgas e russos, principalmente, eram associados a diversos atos de crueldade cometidos contra os soldados alemães feridos e os civis das regiões invadidas. As unidades alemãs que invadiam os territórios da Bélgica e do norte da França foram assim percorridas por ondas de pânico que as levavam a acreditar na realidade do tratamento dispensado a seus companheiros feridos por civis, mulheres e crianças, o que “provava” a desumanidade do inimigo e legitimava as execuções sumárias

político-partidária, com ênfase na construção explícita de uma imagem hostil e nociva dos judeus e comunistas, de modo a fomentar o ódio e aversão através da propagação de discursos patrióticos em detrimento daqueles tidos enquanto ameaças ao desenvolvimento da nação alemã. Posteriormente seria retratado de forma implícita, adquirindo relevo no processo de disseminação de ideologias. Nas palavras de Wagner Pinheiro:

Como o nazismo, no começo dos anos 1930, ainda estava buscando construir uma imagem idealizada do regime, os seus primeiros filmes foram partidários e patrióticos, apresentando os comunistas e os judeus como os grandes inimigos da Alemanha. Nos filmes nazistas o “bem” e o “mal” eram ordenados de modo a provocar violentas emoções e não deixar dúvidas no espectador sobre qual lado escolher. Nos primeiros filmes os comunistas eram sempre retratados de forma sutilmente caricatural até gradualmente serem revelados como força maléfica. Mais adiante apareceriam filmes dedicados aos ingleses, aos eslavos, aos russos, aos judeus etc. A diferença estava no combate direto dentro dos mais antigos, o que imprimia o caráter político e doutrinário; já nos filmes posteriores, buscou-se associar indiretamente determinado povo ou raça com as noções de perversidade, destruição e exploração.¹⁵

Para além da retórica presente nos discursos narrativos/descritivos do contexto vivenciado, o cinema nazista experimentou modificações no seu *modus operandi* e nas suas estruturas físicas. A variedade de informações contidas no espaço fílmico, trazia à tona todo o peso de uma estética extremista que se notava seja na cuidadosa disposição das formas, na exposição de símbolos, nos retratos arquitetônicos, nas impecáveis reproduções sonoras ou mesmo no silêncio eloquente dos personagens. Nos dizeres de Paul Virilio:

Privados da extensão espacial real, os centros de interação reúnem uma infinidade de informações e mensagens transmitidas pelo rádio e difundem-na no sentido inverso do universo que lhes é próprio, renovando a inércia do antigo *Kammerspiel* submetido à pressão do tempo. A sensação de carga negativa é tão traumatizante e a representação visual e sonora é tão tensa nesses *habitats* assépticos que, quando foi desencadeada a operação “*Seelowe*” contra a Inglaterra, Hitler decide instalar efeitos de ressonância acústica em seu *QG* de *Bluly-le Pesch* para ter uma sensação mais grandiosa, uma profundidade de campo artificial que combate a miniaturização do poder técnico, esta redução a nada do espaço e do tempo incompatível com a expansão imaginária do *Lebensraum* nazista” (1993, p.103).

Não obstante o caráter panfletário dimensionado segundo interesses políticos, a intensidade contida nos elementos compositores da película e a carga ideológica presente nos discursos e

promovidas pelas tropas alemãs. Esse “corpo de provas”, e isto é o essencial, foi amplamente difundido na Alemanha por intermédio da imprensa, das imagens. e da escola. A propósito, eram inúmeras as imagens que insistiam na sujeira dos russos e em sua debilidade mental, fruto da inferioridade cultural da população: um imaginário quase colonial, feito de um sentimento de superioridade e de preconceitos raciais, presidia, portanto, os projetos do Oberost, a administração militar alemã na frente do Leste. A Primeira Guerra era percebida como uma luta defensiva na qual se jogava o destino de uma Alemanha às voltas com um inimigo dotado de ubiquidade, um inimigo que se distinguia pela desumanidade de seus métodos de luta, desumanidade que, pelo menos em parte, pertencia à esfera de uma hostilidade de essência étnica, biológica” (2010, p.18-19).

15 Ibidem, p.111.

narrativas, o cinema nazista também encerrava em suas produções os valores¹⁶ reproduzidos à época. Nesse viés, tais vetores axiológicos também compunham o novo paradigma experimentado pelo cinema alemão, ao passo em que orientavam comportamentos e consolidavam crenças através da cuidadosa elaboração de diálogos e discursos, combinados com atuações impecáveis de atores, captadas em ângulos e planos milimetricamente obtidos.

Nesse contexto, relevante papel foi desempenhado pelas estruturas simbólicas, naturais e culturais, cujo uso reiterado propiciaria a associação de arquétipos (JUNG, 2008) ao *Führer*, contribuindo no processo de divinização do líder e ao partido nacional-socialista, com o intuito de alcançar a legitimação da ordem instaurada e o controle da opinião pública, integrando, por conseguinte, os novos rumos do cinema nazista. Acerca da influência do inconsciente nas produções cinematográficas, observa Siegfried Kracauer que “o que os filmes refletem não são credos explícitos, mas dispositivos psicológicos, profundas camadas da mentalidade coletiva que se situam abaixo da consciência” (1988, p.18).

Muito embora restasse evidente uma finalidade publicitária em parcela considerável das produções fílmicas realizadas pelo cinema nazista, constata-se, também, intenso investimento orientado ao entretenimento em massa, indicando uma influência de fatores externos que não se exauriu no plano político, embora sua influência fosse predominante, considerado o condicionamento de produções cinematográficas no referido período pelos imperativos do mercado. Nos dizeres de Wagner Pinheiro:

Durante os 12 anos de regime nazista, estima-se que foram produzidos mais de 1.350 longas-metragens, que buscaram de várias formas enaltecer o nazismo, estimulando a grande maioria da população alemã a participar da experiência nazista, além de colocar a Alemanha em segundo lugar na produção cinematográfica mundial, atrás apenas dos Estados Unidos da América. No entanto, é importante destacar que, submetida às leis de mercado e seguindo a orientação de Goebbels (valorização da produção de filmes de propaganda indireta), a maior parte da produção cinematográfica nazista foi dedicada ao “entretenimento”, sendo filmes aparentemente escapistas, mesmo quando diluíam em seus enredos alguma conotação político-ideológica.¹⁷

Ressalte-se, ainda, que embora prevalecesse no cinema alemão uma finalidade que se voltava para fins de propaganda político-ideológica, a construção de uma intuição artística na Alemanha nazista não se deu de forma homogênea, a exemplo do Expressionismo alemão. Em oposição ao Impressionismo, surge por volta do século XIX, englobando inúmeras formas de expressão cultural tais como o cinema, arte, música e literatura, tendo como proposta central a exposição do frágil momento político vivenciado pela Alemanha do pós-guerra. Em nítida oposição ao racionalismo moderno e

16 Compreendidos numa perspectiva neokantiana, consistindo em ideias abstratas, ausentes de conteúdo a priori e cujo sentido se é consolidado no transcurso do tempo por intermédio de elementos culturais diversos (LIMA, p.21, 2009).

17 PEREIRA, Wagner Pinheiro, op. cit., loc. cit.

liberalismo burguês, o Expressionismo alemão se estruturava no irracionalismo e no retorno ao fantástico, com foco em visões pessoais, pessimistas e anti-utilitaristas. Sobre o movimento:

O expressionismo compreende a deformação da realidade para expressar de forma subjectiva a natureza e o ser humano, dando primazia à expressão de sentimentos em relação à simples descrição objetiva da realidade. Entendido desta forma, o expressionismo não tem uma época ou um espaço geográfico definidos, e pode mesmo classificar-se como expressionista a obra de autores tão diversos como o holandês Piet Zwiers, Matthias Grünewald, Pieter Brueghel, o Velho, El Greco ou Francisco de Goya. Alguns historiadores, de forma a estabelecer uma distinção entre termos, preferem o uso de "expressionismo" – em minúsculas – como termo genérico, e "Expressionismo" – com inicial maiúscula – para o movimento alemão. (CHILVERS, 2007, p. 334)

Constata-se, pois, que o novo paradigma adotado pelo cinema alemão durante o nazismo, embora não se aplique à totalidade das produções fílmicas, se observa em quantidade considerável de filmes, conforme dados fornecidos pelo Historiador Wagner Pinheiro, tendo como traços característicos a finalidade publicitária, de entretenimento de massas e de controle da opinião pública, perfazendo-se na disseminação de discursos político-ideológicos entrelaçados em narrativas retóricas, com vistas à exaltação dos ideais do governo nazista.

4 Luz, câmera, distração! Uma análise dos filmes *Triumph des Willens* (Triunfo da Vontade) e *Der Ewige Jude* (O Eterno Judeu)

Com sobrevoo inicial pelos céus da Alemanha, enfatizando uma visão panorâmica do exército germânico, o filme *Triumph des Willens* (O Triunfo da Vontade) se desenvolve a partir do retrato sócio-político da Alemanha dos anos 30, reunida em prol de um ideal de homogeneidade, resistência e expansão.

A calorosa cena em que o *Führer* é recebido com grande euforia por inúmeros militares, homens e mulheres de várias faixas etárias, as constantes saudações ao líder, os sorrisos e olhares atenciosos dirigidos ao governante e os discursos iniciais proferidos por militares e representantes políticos denotam uma intenção de construção da imagem de Hitler a partir do discurso e da receptividade social, evidenciando, nesse processo de glorificação, a fomentação à crença do herói com vistas à legitimação do regime nazista, atribuindo ao líder posição de destaque no plano político. Nos dizeres de Wagner Pinheiro:

Após O Triunfo da Vontade não foi realizado nenhum filme que glorificasse a figura do *Führer* de forma excessivamente direta. Assim, sem apresentá-lo visualmente, foi produzida uma série de biografias dedicada aos “homens notáveis” do passado alemão, na tentativa de criar um paralelo com o *Führer*. Para esta finalidade, serviram líderes políticos (o rei Frederico, em *Der grobe König*, 1942, e Bismarck, 1940), poetas (Friedrich Schiller – *Der Triumph eines Genies*, 1940), compositores (Friedemann Bach, 1941), escultores (Andreas Schülter, 1942), médicos e

cientistas (Robert Koch der Bekämpfer des Todes, 1939, Diesel, 1942, e Paracelsus, 1943) etc.¹⁸

Nesse contexto, a consciência do poder do cinema estimulou a produção cinematográfica. O retrato estratégico dos deslocamentos do *Führer*, a intensa captação simbólica atrelada ao aporte de monumentos arquitetônicos em alusão ao poder bélico, a constante exaltação do regime nazista, a exacerbação do sentimento patriótico e a insistente reprodução de hinos e discursos contribuíram não apenas na construção imagética da nação germânica e de seu poderio bélico, como também possibilitaram a consolidação de um ideal estético em consonância com a ideologia nazista, capaz de retratar os aspectos de pureza e superioridade da raça ariana. Sobre a necessidade da atividade panfletária e o valor que encerrava em si, afirmava Hitler:

O nosso movimento deve usar todos os meios para incutir o respeito pelas personalidades. Não deve perder de vista que todos os valores humanos residem no indivíduo, que todas as idéias, todas as realizações, são o resultado do poder criador de um homem e que a admiração pela grandeza não é simplesmente uma homenagem prestada, mas também um pacto de união entre os que lhe são gratos. Não há substituto para a personalidade, sobretudo quando essa personalidade não é mecânica, mas corporifica um elemento criador da cultura. Assim como um célebre artista não pode ser substituído e nenhum outro acerta concluir um quadro já quase pronto, o mesmo acontece com os grandes poetas e pensadores, os grandes estadistas e os grandes generais. A sua atividade não é formada mecanicamente, mas é um Dom da graça de Deus (1983, p. 224).

Nesse aspecto, a influência dos elementos simbólicos se faz sentir no decorrer das cenas, a exemplo das tomadas em que consta o símbolo da águia unida a cruz gamada (suástica), refletindo a grandeza, superioridade e o caráter de divino que se pretendia atribuir ao líder, na projeção da sombra das asas do avião que transporta Hitler nos prédios de Nuremberg em forma de cruz, representando a promessa cristã da vitória da vida sobre a morte ou no grito de “*heil*” proferido reiterada vezes nas saudações ao líder, consistindo em uma apropriação dos antigos cumprimentos proferidos aos césares na Roma antiga, adquirindo conotação cristã em alusão à expressão “Ave Maria”.

A construção de um cenário capaz de captar o contexto fático em duas dimensões exigiu do diretor Leni Riefenstahl uma combinação precisa de elementos que gravados em ângulos adequados, retrataram, em tela, a expansão de um regime político. Desse modo, a adoção de *take* de localização do tipo *Big Long Shot* (Grande Plano Geral) e *Long Shot* (Plano Geral) contribuíram na construção de um retrato arquitetônico da Alemanha Nazista, da extensão de seus territórios, exércitos e potencial bélico. Já o uso dos planos *Medium Long Shot* (Plano Conjunto), Inteiro ou Aberto, *Medium Close-up* (Plano Próximo) e *Close-Up* (Primeiro Plano) serviriam à captação das manifestações militares e do povo germânico, com ênfase nas festas, tumultos e na alegria dos soldados em compor o exército alemão,

18 Ibidem, p.113.

como também auxiliariam na gravação dos discursos de Hitler, com foco nas suas expressões faciais e gestos, de modo a transparecer toda força, energia e paixão que alimentava os seus ideais políticos.

Por meio do uso do ângulo *Contra-Plongée*, a imagem do *Führer* ganhava contornos míticos, de tal modo que se atrelava à sua imagem a ideia do bravo líder, do representante da raça ariana e do homem capaz de conduzir à nação alemã à vitória.

A constante movimentação das câmeras combinada a cadência na trilha sonora, em referência ao estado de admiração do povo germânico, combinava elementos visuais, a exemplo da marcha do exército alemão, com elementos sonoros, iniciando com melodia orquestral em *black*, produzindo efeito similar ao da marcha, em alusão à pretensa vontade de expansão do Estado alemão.

Desse modo, *Triumph des Willens* (O Triunfo da Vontade) assume papel de relevo no contexto nazista, tendo em vista a sua parcela de contribuição na construção de um retrato de uma Alemanha vitoriosa, sadia e promissora, resguardada pelo *Führer*, e na propaganda reiterada do regime através de intensa disseminação ideológica, viabilizando a aceitação social do mesmo e o controle de opinião pública. Ciente da amplitude e da eficiência da arte cinematográfica, como também da necessidade e importância da publicidade na consolidação de movimentos políticos, afirmava o líder que:

Em cada grande movimento, destinado a revolucionar o mundo, a propaganda primeiramente terá de divulgar a idéia do mesmo. Incessantemente terá de esclarecer as massas sobre novas idéias, atraí-las para as suas fileiras, ou pelo menos, abalar as crenças em voga (HITLER, 1925, p. 247).

Nesse cenário, os novos rumos adotados pelo cinema se externavam não apenas nos símbolos e nos discursos publicitários, como também serviriam à construção e consolidação imagética dos inimigos da nação alemã.

Em *Der Ewige Jude* (O Eterno Judeu), a disseminação de teses raciais através de discursos narrativo-descritivos proferidos em terceira pessoa, auxiliaria na associação de uma personalidade sórdida ao povo judeu, através da utilização de recursos retóricos e cinematográficos.

Considerado o processo de binarização experimentado no decorrer do processo histórico, com reflexos na construção de uma concepção de mundo segmentada em Ocidente e Oriente, iniciada com a pretensa divisão do Império Romano (WILLIAMS, 2007), conformava-se uma visão eurocêntrica de mundo, cuja herança cultural resultante de séculos de dominação europeia contribuiria na construção de um sentimento de autenticidade e unicidade do povo europeu (SHOHAT & STAM, 2006, P.20). Doravante, embora servisse inicialmente à fundamentação ideológica de uma política colonialista, seria amplamente apropriada no decorrer dos séculos, repercutindo, a posteriori, na consolidação de teses étnico-raciais e de superioridade do povo germânico com projeção de efeitos na (des)construção de uma imagem judaica, conforme se observa no filme analisado.

A adoção do formato de documentário combinado ao uso de argumentos de comprovação, com fundamentação em observações empíricas, fatos históricos e análises econômicas, atrelado à intenção de naturalização de uma ideia de subcondição judaica (construída em vários momentos do filme, merecendo destaque para a cena em que o diretor compara o povo judeu aos ratos) influenciariam nas percepções do público-alvo, com vistas à produção de uma sensação de autenticidade das cenas captadas. Pretendia-se, desse modo, a obtenção de um retrato impecável, fidedigno e verossímil, com exata correspondência entre aquilo que se narrava e se era captado pelas câmeras, sendo, estas últimas, os olhos do expectador, conforme se observa nas cenas iniciais em que se retrata um gueto judaico na Polônia.

No desenrolar das cenas, a construção de uma visão vil atrelada de modo paradoxal à opulência e influência judaica na Alemanha e em âmbito internacional, com destaque para a citação de personalidades e estudiosos, a exemplo de Ferdinand Lassale, Karl Marx, Rosa Luxemburg, Einstein e Charle Chaplin, cujos julgamentos em *off*, contidos na narrativa, atribuíam-lhes à causa dos males acometidos pela Alemanha do pós-guerra, combinada à tentativa de desumanização do judeu, conforme se observa nas cenas de abates de animais, cujo intento era de comprovação da natureza crudelíssima da etnia judaica, evidenciava uma intenção didática que se perfazia em uma visão maniqueísta, cujo bem se metaforizava na figura do cidadão alemão, ao passo em que se atribuía ao judeu a causa de todos os males.

Nesse processo de (des)construção imagética, o uso de adjetivos pejorativos combinados à ridicularização das tradições judaicas, ao emprego de analogias (cujo conteúdo se estruturava nas comparações do homem judeu às pestes e sua herança às doenças disseminadas por estas) e de oposições entre os modos de produção judaico e alemão (consistindo aquele em atividade de apropriação e comercialização das riquezas do povo alemão em detrimento da autêntica atividade produtiva realizada por estes), entre a moral judaica (egoísta) e à ética ariana (solidária), entre os estilos de vida judeu (baseado na fraude, usura e trapaça, com vistas à exploração do povo alemão) e dos povos germânicos (concebido pelo diretor enquanto autêntico e apto ao desenvolvimento da raça ariana) e entre a arte judaica (tida como distorcida, pervertida e degenerada) e a arte ariana (qualificada como saudável e apta ao retrato do contexto político vivenciado), auxiliariam na manipulação do contexto fático, contribuindo, por conseguinte, no processo de disseminação de teses étnico-raciais. Como bem assevera Wagner Pinheiro:

Der Ewige Jude (“O Judeu Eterno”, 1940), de Fritz Hippler, foi apresentado como um “documentário educacional sobre os problemas do judaísmo internacional”, estigmatizando os judeus, com algumas seqüências “didaticamente” explicadas. O filme se propôs a mostrar a verdadeira essência dos judeus, escondida “por detrás de suas máscaras”. Além disso, o filme descrevia a infiltração judaica na sociedade, política e cultura alemã, enfatizando seu caráter errante e comparando os judeus aos ratos marrons, que também se espalhavam pela Europa.

Nessa mesma linha foi realizado o documentário *Der Führer Schenkt de Juden eine Stadt* (“O Führer doa uma cidade aos judeus”, 1944), em que a dura realidade do campo de concentração de Theresienstadt foi maquiada para parecer que os judeus tinham uma “vida opulenta” dentro do “paraíso terrestre” dos campos de concentração nazistas.¹⁹

Com o intuito de conferir veracidade às cenas documentadas, Fritz Hippler utiliza uma combinação dos planos conjunto e aberto, com a intenção de retratar as interações entre o povo judeu e deles com o cenário, de modo a enfatizar a própria ideia de nocividade que se atribuíam aos mesmos em alusão aos danos causados pelas pestes ao longo dos anos. A adoção dos planos médio, próximo, primeiro e primeiríssimo, entretanto, serviriam à captação de expressões faciais, com ênfase no olhares e sorrisos, geralmente obtidos em momentos de distração, fator esse que associado à narrativa desqualificadora da etnia judaica contribuiria na associação de uma visão maléfica ao homem judeu.

A frequente utilização dos ângulos *Plongée* e *Zenital* durante as cenas iniciais em que se retrata um gueto de judeus na Polônia, evidencia a intenção de desqualificação do homem judeu, ao passo em que lhe conferia uma posição de insignificância, desprezo e tibieza, em alusão ao porte físico dos ratos. Todavia, no decorrer das filmagens, a adoção do grande plano geral possibilitou o retrato das migrações judaicas e a projeção do judeu no cenário internacional, com o intuito de compará-los novamente aos ratos, em alusão às moléstias disseminadas pelos mesmos em vários lugares do mundo.

Ressalte-se, também, a utilização de fundos musicais sincrônicos no filme em análise em oposição às trilhas sonoras contidas nos filmes produzidos por volta do início do século XX, cuja elaboração se dava pelo improviso de pianistas ou organistas. (MÁXIMO, 2003, p. 10-15). Sobre a música no período do regime nazista:

A música sempre teve um papel especial na cultura alemã. No regime nazista, ela destacou-se como uma eficaz ferramenta de propaganda, estando presente em todos os setores da sociedade nazista: desde o hino alemão, passando pelos concertos realizados nas fábricas e nos teatros, nas canções exaltadas da juventude hitlerista e nos hinos do partido, e na trilha sonora dos filmes oficiais veiculados em todo o cinema do país. O nazismo privilegiava e divulgava a música criada por compositores alemães, e Wagner era um dos principais destaques. A música feita e/ou divulgada pelos judeus, ou por negros (neste último caso, o jazz merece destaque) foi banida do país e considerada inimiga do regime. (BORTULUCCE, 2008, p. 61)

Percebe-se, enfim, estreita relação entre o Direito e os filmes analisados, considerada a constatação nos documentários de ideais e valores nazistas positivados na Carta de Weimar e nas Leis de Nuremberg. Com vigência entre os anos de 1919 e 1933, o referido diploma constitucional continha em seu escopo artigos que ampliavam o poder decisório, cujo retrato se observa no filme *Triunfo da Vontade*, produzido cinco anos após a vigência da Carta. Nesse viés, a própria finalidade a que se prestava o filme, com vistas à propaganda do regime nazista, demonstra a influência de uma política

19 PEREIRA, Wagner Pinheiro, op. cit., p.115 et seq.

total, autorizada por lei, no documentário, fato este que permite, por indução, afirmar conseqüente influência da Constituição no filme, consideradas as peculiaridades de um Estado de Direito, cujo fundamento do poder decisório se encontra no plano jurídico.

Observa-se, também, a influência das Leis de Nuremberg (decretadas no ano de 1935) no documentário *O Eterno Judeu* (produzido no ano de 1940), tendo em vista a finalidade a que se voltava o filme, cuja proposta central consistia na (des)construção de uma imagem da etnia judaica através da disseminação de teses étnico-raciais, com o intento de dar publicidade aos ideais do regime nazista. Nesse viés, a intenção de segregação do povo judeu contida no referido diploma, também se mostra presente no documentário analisado, o que ratifica a influência do Direito no cinema nazista.

5 Considerações finais

Das análises empreendidas, percebe-se na arte cinematográfica uma força potencial capaz de criar, modificar e destruir o objeto de que se apodera. Raciocínio análogo se aplica ao cinema, tendo em vista a aptidão dos recursos cinematográficos na reprodução similar de situações pretéritas, na atividade criativa, onde se afere o estabelecimento de novas relações e na atividade destrutiva, resultante do afastamento entre a ética e o agir cinematográfico.

Nesse aspecto, parcela considerável de produções fílmicas realizadas durante o nazismo, afastadas do compromisso ético, contribuíram na disseminação de teses étnico-raciais e no *marketing* do referido regime. Resultado semelhante pode ser observado nos filmes analisados, *Triumph des Willens* (O Triunfo da Vontade) e *Der Ewige Jude* (O Eterno Judeu), cujo paradigma adotado se exteriorizava no caráter doutrinário, no uso recorrente de símbolos, no entretenimento de massas e na exploração reiterada de elementos inconscientes, axiológicos e subjetivos, com vistas à propaganda político-partidária e controle de opinião pública.

Com efeito, pode se afirmar por indução que o Direito Nazista influenciou boa parte das produções fílmicas que lhes são coevas, considerada a análise fílmica realizada. Desse modo, a ampliação dos poderes do *Führer* através da Constituição de Weimar repercutiria na adoção de um novo paradigma com o fim de garantir a legitimidade do poder estabelecido através da propaganda, conforme se observa no filme *Triunfo da Vontade*. Do mesmo modo se constata estreita correlação entre as Leis de Nuremberg e o documentário *O Eterno Judeu*, considerada a divulgação de teses raciais pelo filme, anteriormente positivadas no referido diploma.

Todavia, a reflexão sobre o Direito Nazista não deve se limitar aos seus efeitos na arte cinematográfica. Ao revés, deverá abarcar variados aspectos da realidade, com o intuito de se construir uma visão crítica, capaz de orientar de modo ético a atividade artística, as produções culturais e as relações subjetivas, contribuindo na consolidação dos direitos humanos.

Cumpramos ressaltar o valor didático do artigo, cujo conteúdo poderá contribuir na elaboração de novos estudos sobre o referido tema, de modo a tornar possível uma aproximação entre o Direito, a Arte e a Sociologia no trato de questões ideológicas, com ênfase no período histórico correspondente ao regime nazista.

Referências

- ARENDR, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das letras, 1989.
- BARBOSA, Sílvio Henrique Vieira. **O Triunfo da Vontade: Uma proposta de minutagem interpretativa da narrativa audiovisual do clássico de Leni Riefenstahl**. In: XXXVII CONGRESSO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS DA COMUNICAÇÃO - INTERCOM, 37, 2014, Foz do Iguaçu. São Paulo: Intercom, 2014. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2014/trabalhos.htm>>. Acesso em: 26 jun., 2016. ISSN: 2175-4683.
- BORTULUCCE, Vanessa Beatriz. **A arte dos regimes totalitários do século XX. Rússia e Alemanha**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 2008.
- BURDEAU, Georges. **Droit constitutionnel et institutions politiques**. Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASSIRER, Ernst. **O mito do Estado**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Conex, 2003.
- CHILVERS, Ian; ROGER, María Angeles Toajas. **Diccionario de arte**. Madrid: Alianza editorial, 2007.
- CUCHE, Denys. **A noção de cultura nas ciências sociais**. Bauru: Edusc, 1999.
- DELEUZE, Gilles. **A imagem-movimento**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1987. (Tradução de Stella Senra)
- DEUTSCHLAND. **Verfassung des Deutschen Reichs [Weimarer Reichsverfassung]**, de 11 de agosto de 1919. Disponível em: <www.documentarchiv.de/wr/wrv.html>. Acesso em: 05 mar., 2016.
- DEUTSCHLAND. **Reichsflaggengesetz**, de 15 de setembro de 1935. Disponível em: <www.documentarchiv.de/ns/1935/flaggen1935_ges.html>. Acesso em: 05 mar., 2016.
- DEUTSCHLAND. **Reichbürgergesetz [‘Nünberger Gesetze’]**, de 15 de setembro de 1935. Disponível em: <www.documentarchiv.de/ns/nbgesetze02.html>. Acesso em: 05 mar., 2016.
- DEUTSCHLAND. **Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes and der deutschen Ehre [‘Nünberger Gesetze’]**, de 15 de setembro de 1935. Disponível em: <www.documentarchiv.de/ns/nbgesetze01.html>. Acesso em: 05 mar., 2016.
- GEADA, Eduardo. **O poder do cinema**. Lisboa: Livros Horizonte, 1985.
- GRIFFIN, Roger. **The Nature of Facism**. London: Pinter, 1991.
- HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Editora Moraes LTDA, 1983.
- HITLER, Adolf. **Mein Kampf**. Deutschland: Eher Verlag, 1925.
- INGRAO, Christian. **Crer e destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista**. Tradução de André Telles. 1 ed.; Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- JAPIASSU, Hilton. **Interdisciplinaridade e Patologia do saber**. Rio de Janeiro: Imago, 1976.
- JUNG, Carl. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.
- KRACAUER, Siegrfried. **De Calligari a Hitler: uma história psicológica do cinema alemão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1988.
- KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1978.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos valores jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2009.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MÁXIMO, João. **A música do cinema: os 100 primeiros anos**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

MILMAN, Luis; VIZENTINI, Paulo Fagundes (orgs). **O Holocausto: Verdade e Preconceito**. Revista Espaço Acadêmico. n. 43, 2004. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/043/43/cmilman.htm>> Acesso em: 04 jul., 2016.

MORENO, Daniel. **Derecho constitucional mexicano**. Cidade do México: Porrúa, 1986.

PEREIRA, Wagner Pinheiro. **“Cinema e Propaganda Política no Fascismo, Nazismo, Salazarismo e Franquismo”**. In: História: Questões & Debates, ano 20, nº38. Curitiba: Ed. UFPR, 2003.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SHOHAT, Ella; STAM, Robert. **Crítica da imagem eurocêntrica: multiculturalismo e representação**. São Paulo: Cosacnaify, 2006.

VIRILIO, Paul. **Guerra e cinema**. Tradução de Paulo Roberto Pires. São Paulo: Editora Página Aberta LTDA, 1993.

WILLIAMS, Raymond. **Palavras-chave: um vocabulário de cultura e sociedade**. Tradução de Sandra Guardini Vasconcelos. São Paulo, Boitempo, 2007.

Filmografia

O ETERNO JUDEU. Direção e Roteiro: Fritz Hippler. Alemanha: Continental Home Vídeo, 1940. Arquivo Digital. (65min.).

O TRIUNFO DA VONTADE. Direção: Leni Riefenstahl. Roteiro: Walter Ruttmann. Alemanha: Continental Home Vídeo, 1934. 1 DVD. (110 min.).



ARTES E DIREITOS HUMANOS:

diálogos entre a ética e a estética dos corpos que dançam

Elis Regina dos Santos Costa¹

RESUMO: A dança, como área específica do conhecimento, já foi estudada e abordada sob diversos aspectos. No entanto, não há muitas as análises que percebam a dança como fato estético portanto ético, numa perspectiva deleuziana. Assim sendo, este artigo procura contribuir com essa discussão ao apontar hipóteses de como a criação em dança, porque constituída por e em corpos, carrega em si uma dimensão sócio-cultural que inevitavelmente é propagada em cena, e que pode contribuir, via experiência estética, com uma mudança estrutural da nossa sociedade no sentido da promoção de uma cultura de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Dança. Corpo. Ética. Estética. Direitos Humanos.

ABSTRACT: Dance, as a specific area of knowledge, has already been studied and approached under many aspects. However, there are not many analysis that perceive dance as an aesthetic fact therefore ethic, in a Deleuzian perspective. Thereby, this article wishes to contribute with this discussion by pointing out hypotheses of how creation in dance, which is constituted by and in bodies, brings in itself a social-cultural dimension that inevitably is spread on the scene and can contribute – through aesthetic experience – with a structural change of our society in a sense of promoting a culture of Human Rights.

Keywords: Dance. Body. Ethic. Aesthetic. Human Rights.

1 Introdução

As manifestações artísticas e culturais se relacionam, do ponto de vista histórico e social, direta ou indiretamente, com as formas de organização social predominantes no tempo em que foram criadas, produzidas, pensadas – seja reforçando-as, seja negando-as. Esse encontro entre a arte e seu tempo não se dá, no entanto, somente no âmbito da temática da obra, mas, especialmente e de modo mais eficaz, na sua própria apresentação enquanto obra, no seu modo de expressão no mundo. A dança não foge desta regra.

Acessível apenas à nobreza e aos mestres, no século XV, a dança (enquanto instituição, e neste sentido este trabalho refere-se especialmente as danças compreendidas como eruditas ou de “alta cultura”) continuou traçando um caminho excludente até o início do século XX, com a reprodução de

¹ Mestranda PPGDH/UFPE.

clássicos de repertórios românticos. Neles, o virtuosismo dos bailarinos era muito valorizado, assim como temas fantásticos, negligenciando as funções sociais da arte e a realidade social vigente.

Com o advento da arte contemporânea, barreiras foram quebradas e fronteiras ampliadas. A discussão sobre corpo foi, enfim, dilatada, atingindo profundamente a dança e modificando seu pensamento e práticas. Nesse contexto, emerge a dança contemporânea: uma expressão mais crítica, criativa e emancipatória da dança e do sujeito, capaz de interferir na formação humana de seus bailarinos, criadores, aprendizes e do seu público, intervindo na e sendo interferida pela sociedade.

O último capítulo do livro *A dança no século XX*, das pesquisadoras Isabelle Ginot e Marcelle Michel (2002), chama-se “Em direção ao século XXI: um retorno ao político?” Nele, as historiadoras buscam elucidar algumas das características principais que norteiam as práticas do que é cunhado como *novas vanguardas européias* ou *novas formas coreográficas*, ou ainda *não-dança [sic]*. Seriam novas em relação às vanguardas históricas dos anos 1960-70, a chamada *dança pós-moderna americana*, que, durante mais de duas décadas, desenvolveu um discurso crítico em relação à dança então considerada dominante (*a modern dance* americana), como também a todo o conjunto de modos de produção e à conjuntura econômica, ideológica e estética a ela atrelados. (...) Ginot e Michel ressaltam que o apetite crítico dessa geração ultrapassa as companhias propriamente ditas e incide de forma direta sobre o sistema político-econômico atrelado a essa *indústria do espetáculo* (programadores, teatros e festivais que escolhem sempre os mesmos sucessos, políticas públicas *engessadas* que não abrem espaço para as novas gerações); sobre os modos de produção dos espetáculos, vinculados a esse mesmo jogo político-econômico (o espetáculo como mercadoria, o coreógrafo como patrão e topo de hierarquia de funcionamento interno das companhias, o espectador como consumidor de produtos legitimados por uma cultura geral hegemônica e reconhecível); e sobre uma ordem estética caracterizada por certo número de valores que se repetem em boa parte das criações: “jogo de aparições e desaparecimentos ou de entradas e saídas organizadas pelo enquadramento cênico e por uma ideologia que dá primazia à imagem e ao visível, virtuosismo da dança e normatização do corpo dançante. Adequação estrutural ou estilística entre música e dança, retorno à narrativa, uso de texto e personagens como catalisadores de emoção, cenografias imponentes, estruturas de composição que alteram solos, duos e grupos.” (Ginot e Michel 2002:226). (LIMA, 2007, p. 49-51).

Esse panorama internacional do percurso artístico e político percorrido pela dança contemporânea nas duas últimas décadas, nos ajuda a localizar o seu lugar hoje na arte e no mundo.

A dança aqui focalizada indaga-se sobre sua natureza: não importam apenas os atributos físicos, os movimentos virtuosos que colocam o espectador numa posição de contemplação. Ela convida o público a construir conjuntamente o sentido da obra, deseja uma aproximação entre arte e vida, desestabiliza suas próprias convenções, rompe com os procedimentos esperados e com o que pode ser tradicionalmente reconhecido como dança – a exigência de que bailarinos movam-se sem parar ao som de música. (MÜLLER, 2012, p. 20).

Sem ignorar as diversas dimensões em que a arte atua e tem alcance, esse artigo busca endossar àquela que se debruça sobre o papel que a dança pode assumir diante da nossa necessidade de compreender e intervir na sociedade, no sentido de promover uma cultura de respeito e prática dos Direitos Humanos.

2 A dança como um modo de existência

O senso comum pode levar a compreensão da dança como uma abordagem que agrega um conjunto de conhecimentos e habilidades corporais tendo como foco o movimento – entendimento que a vincula aos conhecimentos próprios de outros campos do saber, como a Educação Física e a Fisioterapia, por exemplo. No entanto, é sabido que desde a década de 1970 a dança é reconhecida pelo Ministério da Educação brasileiro como uma área específica, cujo curso superior tem diretrizes próprias (STRAZZACAPPA, 2003). Este reconhecimento foi um importante passo no país para o reconhecimento da vastidão de significados que a dança pode alcançar, numa direção que não necessariamente tem como foco primeiro a promoção da saúde, bem-estar ou o acúmulo de habilidades corpóreas.

Para Klauss Vianna, por exemplo, que foi bailarino, ator, diretor, professor, preparador corporal e criador de um método próprio voltado para corporalidade expressiva de atores e bailarinos, uma das grandes referências de dança no Brasil, dançar é mover-se com ritmo, melodia e harmonia. Mas é também um modo de existir, um ato de integração com a vida. Nesse sentido, a dança para Vianna até se distancia da perspectiva artística da dança (no sentido mais restrito), passando a ser compreendida como “um caminho de autoconhecimento, de comunhão com o mundo e de expressão do mundo” (VIANNA, 2008, p. 18). A abordagem de Klauss Vianna não exclui o cuidado e o respeito com o corpo, mas esse cuidado e respeito estão em função da descoberta ou redescoberta do corpo próprio.

Mas, se a dança é um modo de existir, cada um de nós possui a sua dança e o seu movimento, original, singular e diferenciado, e é a partir daí que essa dança e esse movimento evoluem para uma forma de expressão em que a busca da individualidade possa ser entendida pela coletividade humana. (VIANNA, 2008, p. 105)

Outra interessante perspectiva da dança, esta dentro de uma perspectiva semiótica, é trazida aqui pela pesquisadora, professora e crítica de dança Helena Katz. Em *Um; Dois; Três. A dança é o pensamento do corpo* (2005), Katz fala da dança como “Precipícios da luz aos quais não se escapa quando dança” (p. 236). Ela aborda uma íntima relação entre o ser e o fazer, propondo que o sujeito elabore o seu fazer a partir da sua relação com o mundo, sendo o corpo a interface disso. A este corpo e o que ele implica, Katz e Christiane Greiner (pesquisadora com quem vem desenvolvendo constantemente suas reflexões sobre a dança) dão o nome de “corpomídia”.

Esta teoria vem sendo construída nos últimos anos e que se estrutura em torno de uma mesma pergunta: o que singulariza os estudos do corpo como matriz da comunicação e da cognição e a dança como uma especialização que trabalha basicamente com o movimento metafórico? O pensamento metafórico se organiza a partir de sucessivas e incessantes representações do real e desloca a ação cotidiana para os domínios do simbólico. (KATZ, 2005, p. 125).

Na teoria do corpomídia, o corpo, este onde dança se inscreve, é compreendido como uma mídia de si, e não somente um meio, uma passagem da informação,

pois toda informação que chega entra em negociação com as que já estão. O corpo é o resultado desses cruzamentos, e não um lugar onde as informações são apenas abrigadas. É com esta noção de mídia de si mesmo que o corpomídia lida, e não com a idéia de mídia pensada como veículo de transmissão. A mídia a qual o corpomídia se refere diz respeito ao processo evolutivo de selecionar informações que vão constituindo o corpo. A informação se transmite em processo de contaminação. (GREINER, 2008, p.131)

Isabel Marques contribui com nossa discussão ao olhar a dança a partir do ponto de vista da linguagem. Para ela, a dança é uma linguagem artística passível de leitura e uma das várias formas possíveis de se ler o mundo (2010). Marques, que é pesquisadora, coreógrafa, bailarina e professora de dança, atenta para o fato do ato de ler ser uma construção social “que nos assegura a possibilidade de interpretar as interpretações, repensar os contextos, transformar os caminhos” (2010, p. 32).

Parafraseando Paulo Freire, ler a dança também não “é passar por cima dos passos e movimentos”, decorá-los e usá-los corretamente nas apresentações de fim de ano. Ler uma dança não é o mesmo que possuir habilidades corporais e técnicas específicas, vocabulário preciso ou o código padrão aprovado pelo senso comum para reproduzir coreografias prontas. Ler criticamente a dança – dançar, assistir, compor, pesquisar, produzir, ensinar – passa por outros caminhos que não o da memorização surda, da cópia inconsciente, da reprodução mecânica. (...) Em outras palavras, não basta nos jogarmos no suor da dança, nos embriagarmos de experiências visuais ao assistir a danças, termos êxtases criativos ao produzir, compor e pesquisar. As relações dessas experiências e experimentações, certamente relevantes e importantes para o aprendizado da dança, devem se dar de forma crítica e articulada para que permitam e se abram também para leituras possíveis de *mundo*. (MARQUES, 2010, p. 33)

Isabel Marques, Helena Katz e Klauss Vianna apresentam compreensões de dança que partem de diferentes pontos de vista: da educação, da semiótica e das terapias somáticas, respectivamente. No entanto, todos os pensamentos apresentados aqui estão em consonância, em algum aspecto, e corroboram com a ideia de dança a que este trabalho se alia: a compreensão desta atividade como um modo de existência.

Através do ato artístico, em especial da dança, que se concretiza no corpo – esta grande metáfora da vida – um discurso de mundo é levado a cena e pode ser apreendido, ou, como prefere Isabel Marques, lido. Não somente através da temática da obra em questão, necessariamente, mas pela própria presença do corpo em cena, esta pedaço de vida encarnada, integralidade que dança. Posto que o corpo que dança, essa nossa interface com o mundo (ALMEIDA, 2004), tem uma dimensão socio-cultural, ou seja, é também um dispositivo de signos e significados, a dança que nele se inscreve carrega em si uma rede complexa e arraigada de conteúdo que se manifesta, sobretudo, através da estética. Segundo Buarque, “entre a vida e o movimento, existe uma conexão inseparável” (2009, p.25). Ela (a vida) vai se inscrevendo no nosso tecido miofacial, ou seja, nossas experiências e atitudes mentais tornam-se, necessariamente, padrões concretos, biológicos.

O corpo é similar a um campo de força em ressonância com os processos de vida que o cercam. (...) O corpo parece explicar-se a si mesmo, mas nada é mais enganoso. O corpo é socialmente construído, tanto nas suas ações sobre a cena coletiva quanto as teorias que explicam seu funcionamento ou nas relações que mantém com o homem que encarna. A

caracterização do corpo, longe de ser unanimidade nas sociedades humanas, revela-se surpreendentemente difícil e suscita várias questões epistemológicas. O corpo é uma falsa evidência, não é um dado inequívoco, mas o efeito de uma elaboração social e cultural. (LE BRETON, 2007, p.26)

Essa compreensão da dimensão do corpo como parte da obra (se não a própria obra) também começou a ganhar lugar nas artes visuais, aproximadamente no mesmo período do advento da dança pós-moderna americana (1960-70). Tanto que autores que se dedicam a refletir sobre este papel político do corpo na arte, mesmo que pensando especialmente no campo das artes visuais, trazem interessantes contribuições para estas nossas reflexões, como é o caso de Artur Freitas (2013). Suas considerações acerca da compreensão da obra para além do sistema de objetos, expandindo inclusive a própria potência da arte, passa por um lugar próximo ao que outros autores citados aqui, como Le Breton e Buarque, residem: esse, de compreender o corpo como este lugar de encontro entre arte e vida.

Foi nos anos 1960, enfim, que o discurso do corpo, pretensamente “desrepressivo” e “desalienador”, alcançou um *status* cultural revolucionário. Assim, quando a produção de vanguarda foi levantando, uma a uma, suas principais bandeiras utópicas – como o inconformismo institucional, a denúncia da mercadoria ou a desautonomização da arte – não se espanta que então se tenha eleito justamente a alegoria do corpo como a metáfora máxima da fusão arte-vida. (...) Em extensão à tese radical da arte como vida ou vice-versa, não admira, portanto, que Antonio Manuel tenha se impressionado com um grupo [Grupo Fluxos] cujo centro nervoso, segundo Cristina Freire, residia “na demonstração de como o corpo é o agente construtor de significados de conhecimentos sensíveis – a fonte para a manipulação de objetos, sistemas sociais e instituições, assim como invenção, reinvenção e indagação da linguagem”. (FREITAS, 2013, p. 274)

Freitas ainda continua, chamando-nos atenção para o aspecto libertário que somente (segundo ele) a experiência sensorial do corpo é capaz de proporcionar, além de toda a sua potencialidade – “da sexualidade à escatologia, das pressões morais à sensibilidade alargada” (p. 275).

Não poderia o movimento, que em forma de dança se increve nele (no corpo) e por ele, isentar-se dessa múltipla influência, não ter a potência em si de ser contaminado e contaminar, ser diálogo, ser movimento total.

3 Da plateia para o palco, do palco para a plateia: a relação dialógica entre ética e estética

A percepção da arte como importante mecanismo de transformação social remonta a Grécia Antiga, onde o filósofo Platão defendia a tese de que ela, a arte, seria a base de toda a educação. De fato, a educação ateniense no século V a.C. baseava-se na literatura, música e esportes, como observa Richard Courtney, citado por Camarotti (1999). Ainda segundo Courtney, o teatro foi, inclusive, a maior força unificadora e educacional no mundo ático. Diante desse breve panorama, no entanto, cabe a ressalva de que na arte a dimensão pedagógica inerente a toda forma artística não deve se sobrepor a

sua dimensão estética. E é este fato estético, e a crença na sua indissociabilidade do fator ético, a dimensão da arte que interessa a este trabalho.

Eduardo Bittar, doutor em filosofia e teoria geral do direito, ao escrever sobre arte e direito (2009) chama-nos atenção a contribuição que o estudo da teoria estética pode dar as discussões sobre o justo. Defendendo a ideia de que somos seres estéticos, Bittar apresenta o argumento de uma estética da existência, cuja interpretação vai além da ideia do adereço, tomando para si também o significado de “aquilo que expressa a forma de constituição humana da própria identidade cultural” (p.184).

Nessa percepção, as categorias estéticas aparecem associadas a uma série de traçados sócio-antropológicos constitutivos dos hábitos de um povo, de suas convicções, de suas exigências sociais, de suas necessidades, de seu desenvolvimento histórico-tecnológico, e nada disso é acidental, senão produto da operosidade simbólico- transformadora humana, em seu longo percurso de transformações históricas. (BITTAR, 2009, p. 185)

Em outras palavras, a abordagem da estética aqui trata de um fenômeno cultural, presentenas mais diversas manifestações humanas, como vestir, morar, comer, dançar. Como seres estéticos, a forma como construímos o mundo, nosso entorno, expressa uma identidade, um ponto de vista sobre esse mundo. Ou seja, como escolho morar indica uma visão estética de mundo. Assim como o como escolho dançar.

Para Bittar, a grande contribuição da estética para nós enquanto sociedade, na sua manifestação em arte, é a compreensão do pluralidade de referências e da não-hierarquização destas, ou seja, a sensibilização e respeito à diferença. Posto que o contrário, toda intolerância estética é sobretudo um forte indício de autoritarismo que se manifesta não somente na arte, no sentido da homogeneização de estilos e gostos, mas também nos mais diversos aspectos da nossa sociedade. O aprendizado da estética é o da experimentação da liberdade de escolha. E é neste sentido que a arte hoje, em nossa sociedade ocidental, desagregadora, padronizada, individualista e demasiadamente preocupada com o consumo, por ser capaz de mostrar sempre um outro olhar, uma outra possibilidade, por dar espaço para as individualidades e dessemelhanças que nos constituem, por dar espaço ao que habita o campo do sensível, mostra-se como uma atividade subversiva, aliada a promoção do respeito, da percepção das alteridades, comprometida com a garantia da dignidade humana, por isso necessária.

Em verdade, a estética fala muito do que o próprio homem não pode falar. Fala a linguagem do inconsciente. Faz exprimir o inconsciente. Dá lugar a conteúdos reprimidos e recalçados. A estética ou obedece à lógica, ou rompe com a lógica. A estética confunde as certezas produzidas pela razão e sua função é uma resposta de ‘chicote’ à pretensão humana de ‘controle’ da ‘realidade’. A estética desfoca o finalismo produtivista em sociedades capitalistas e, ao convidar à experiência estética, incita ao mergulho na fruição de fazer ou perceber a arte. A estética rompe o silêncio da produção; esta, rotineira, imperiosa, necessária, fatigante, extenuante, desgastante, dá lugar a uma forma de prazer que não tem substituto, e, por isso, opera a sublimação de energias eróticas. Por isso, a estética desorganiza e desarranja o imperativo social da razão instrumental, impondo a “pausa” diante do “inquietante”. É de Adorno mesmo a afirmação, contida em *Minima moralia*, de que “A missão da arte é, hoje, introduzir o caos na ordem”. É a arte, portanto, um convite a outrar-se, a olhar em volta, e a perceber outros

rostos, outras formas, outras interpretações, outras visões, outras lógicas. A arte, portanto, ao dizer muito sobre os humanos, que já passaram e que estão entre nós, diz alguma coisa sobre a dissonância dos gostos, das tendências, das vontades... Por isso, o que ela diz, não quer calar: ela diz que somos profundamente diferentes uns dos outros, e diz, também, em voz tonitruante, que há muita beleza no interior das diferenças. (BITTAR, 2009, p. 191)

Ainda nesta perspectiva e baseado nela, esta que não deixa ser possível (porque abraça as diferenças) qualquer julgamento de valor ou classificação qualitativa entre gostos estéticos, sentimo-nos convidados a ampliar aos tantos aspectos da vida prática esta noção. Noção que antes se alia aos movimentos e dinâmicas que a vida define existencialmente – possibilitando modos de subjetivação, o fluir das singularidades e do próprio trânsito de vida a que todos estamos submetidos – que a qualquer normatividade ou ambivalência. O que, por sua vez, invalida a noção de que tal verdade é mais verdadeira que outra, uma ideologia mais acertada que outra, uma ética é mais ou menos moral ou aceitável que outra. Aí reside a lição da estética à ética: a de ultrapassar o modelo pautado em polaridades que ainda domina o senso comum, este lugar que ainda se percebe fixo, imóvel. Aí também reside a indissociabilidade entre ambos os territórios, da estética e da ética.

No entanto, cabe aqui a ressalva de que a aproximação desses dois conceitos não é um consenso, e encontra críticas pertinentes em autores como Bohrer:

No caso de Bohrer, temos o exemplo de uma posição contrária àquela defendida por Welsch da “atualidade do estético” e de qualquer possibilidade desta contribuir para a ética. Para Bohrer nada há em comum entre ética e estética, uma vez que aspectos como a estética do horror e o caráter enigmático da arte, pelo que trazem de conexão com forças da vida e liberação dos limites convencionais, acentuam a impossibilidade de relacionar aspectos estéticos com as questões normativas da ética. Bohrer não aceita a aproximação dos termos estética e *aisthesis*, pois isso levaria à perda do caráter subversivo da arte. (HERMANN, 2006, p. 7)

Em verdade, foi a partir do século XX que tal noção de “atualidade do estético” (WELSCH apud HERMANN, 2006) começa a se desenhar. As grandes transformações ocorridas no pensamento nesse período questionariam os limites entre arte e outras áreas do conhecimento, como a filosofia, por exemplo – limites esses que mostravam o caráter excludente desses conceitos até então (que não acolhiam aquilo que escapava de suas determinações). Relocando o entendimento de estética para além da teoria do belo e da arte, a modernidade imprimiu-se nesse campo tornando-o mais subjetivo e próximos de uma perspectiva do gosto, inserindo-o no cotidiano e nas discussões das ciências humanas e aproximando-o de temas como percepção e sensibilidade, mito e arte, corporeidade.

Na década oitenta do século XX, Welsch retoma o conceito de *aisthesis* da filosofia de Aristóteles, que significa percepção pelos sentidos, sensibilidade e recoloca-a no âmbito da experiência estética na vida contemporânea. A estética passa a ser interpretada, então, como uma crescente “desdiferenciação” (*Entdifferenzierung*) dos termos *aisthesis* e estética, na perspectiva de um novo conceito de razão, que incorpora o sensível. Estética e *aisthesis* podem ser reunidas justamente por não se tratar de uma teoria da arte, mas de uma racionalidade que incorpora também o conhecimento pela percepção sensível. (HERMANN, 2006, p. 2)

Em outras palavras, no discurso contemporâneo a estética passa a dizer respeito também a percepção do sensível, extrapolando os limites da teoria da arte para alcançar aspectos da vida cotidiana, a vida prática, o que Budner (apud HERMANN, 2006) chamou de “estetização do mundo da vida”. E é nesse lugar onde a estética encontra a ética: é na arte em que ambos os conceitos dialogam.

A obra de arte nos indica, com sua verdade, que o mundo não é compreendido quando apropriado abstrata e tecnicamente, pois só encontramos a realidade de nossas vidas quando nos apoderamos dela espiritualmente. Ou seja, na relação com o mundo, a experiência estética traz “algo”, que ultrapassa nossas explicações racionais, promovendo um estranhamento que indica o ponto de relação entre ética e estética. (HERMANN, 2006, p. 7)

A experiência estética, momento da arte que atravessa, na contemporaneidade, a vida prática, tem mostrado eficiência no sentido de possibilitar a experiência da alteridade, como já foi dito acima. Faz isso ao evidenciar aquilo que nos é estranho, amaciando nossas percepções embrutecidas e automatizadas e promovendo uma ampliação necessária de nossa reflexão moral. Se pensarmos a dança, caso de estudo deste artigo, como a via dessa experiência estética (não corrompida pelos tentáculos do capital), transformadora da sociedade de forma ampla e por meio de um pensamento ético estetizado, ao mesmo tempo que é fruto dessa sociedade, seu tempo e sua história – posto que é escrita em corpos e por corpos –, podemos perceber que tal pensamento fortalece a leitura da dança como um caminho possível de promoção da dignidade humana.

A possibilidade da literatura trazer o estranhamento, que amplia nossa compreensão do outro e de nós mesmos, foi analisada por Rorty, ao defender a ética estetizada. Segundo ele, as mudanças na moral, assim como na vida política, dependem de inovações culturais e não de decisões de nossa vontade, como era a crença metafísica. E o que exerce papel nesse processo são as metáforas, que podem fazer descrições do sujeito e do mundo de forma imprevisível. Quando o mundo joga outro jogo de linguagem, isso não se realiza por escolha de critérios subjetivos, mas porque passamos a empregar novas palavras. Disso decorre a importância que Rorty confere ao artista, em especial, aos poetas e romancistas, pois eles criam novas metáforas e novas linguagens sobre o sujeito e o mundo que ampliam o espectro de decisões éticas. (HERMANN, 2006, p. 8)

Corroborando com essa percepção, mas direcionando-a mais ao corpo como o lugar de encontro/troca entre essas dimensões ética e estética – corpo este realizador e plataforma de realização da dança, que encarna a totalidade dos fatos sociais, é via de apropriação da socialização, motivo simbólico, vetor semântico, objeto de representações semânticas cujo movimento constrói potentes metáforas – Suely Rolnik (2006) nos empresta o conceito de “corpo vibrátil”, que pode nos ajudar a inquirir sobre a potência política e social desta linguagem (a dança).

A própria neurociência, em suas pesquisas recentes, comprova que cada um de nossos órgãos dos sentidos é portador de uma dupla capacidade: cortical e subcortical. A primeira corresponde à percepção, a qual nos permite apreender o mundo em suas formas para, em seguida, projetar sobre elas as representações de que dispomos, de modo a lhes atribuir sentido. Esta capacidade, que nos é mais familiar, é pois associada ao tempo, à história do sujeito e à linguagem. Com ela, erguem-se as figuras de sujeito e objeto, claramente delimitadas e mantendo entre si uma relação de exterioridade. Esta capacidade cortical do sensível é a que

permite conservar o mapa de representações vigentes, de modo que possamos nos mover num cenário conhecido em que as coisas permaneçam em seus devidos lugares, minimamente estáveis. Já a segunda capacidade, subcortical, que por conta de sua repressão histórica nos é menos conhecida, nos permite apreender o mundo em sua condição de campo de forças que nos afetam e se fazem presentes em nosso corpo sob a forma de sensações. O exercício desta capacidade está desvinculado da história do sujeito e da linguagem. Com ela, o outro é uma presença viva feita de uma multiplicidade plástica de forças que pulsam em nossa textura sensível, tornando-se assim parte de nós mesmos. Dissolvem-se aqui as figuras de sujeito e objeto, e com elas aquilo que separa o corpo do mundo. Desde os anos 1980, num livro que acaba de ser reeditado, chamei de “corpo vibrátil” esta segunda capacidade de nossos órgãos dos sentidos em seu conjunto. É nosso corpo como um todo que tem este poder de vibração às forças do mundo. (ROLNIK, 2006)

Outra ponderação que cabe nesse estudo leva em consideração o fato da dança produzida sob a influência das vanguardas do século XX (como é a dança contemporânea), sendo ela um fenômeno social, transmitir o discurso político de mundo de seu criador e, necessariamente, também o de seu intérprete, porque é no seu corpo que ela se faz (o que já o torna um co-criador da obra, algo que por muito tempo foi ignorado). Essa ideia de existência como obra de arte é também comentada por Gilles Deleuze, no texto *A vida como obra de arte*:

(...) a constituição dos modos de existência ou dos estilos de vida não é somente estética, é o que Foucault chama de ética, por oposição à moral. A diferença é esta: a moral se apresenta como um conjunto de regras coercitivas de um tipo especial, que consiste em julgar ações e intenções referindo-as a valores transcendentais (é certo, é errado...); a ética é, um conjunto de regras facultativas que avaliam o que fazemos, o que dizemos, em função do modo de existência que isso implica. (...) O estilo, num grande escritor, é sempre também um estilo de vida, de nenhum modo algo pessoal, mas a invenção de uma possibilidade de vida, de um modo de existência. (DELEUZE, 1972-1990, p. 125-126).

A partir dessa breve discussão, buscamos olhar para a dança como algo além de uma atividade física, um treinamento de habilidades, uma prática que pode contribuir com o bem-estar do indivíduo, a saúde mental e corporal deste. Nossa provocação reside no sentido de apreendê-la como um fenômeno complexo, amplo, multidimensional, que tanto revela a sociedade em que está inserida, a história e o tempo presente, quanto a sua capacidade de inferir nesta mesma sociedade a partir da construção de metáforas e da experiência estética que provoca quem deste ato sensível partilha². Um fato amplo e relacional, que tem o corpo como plataforma, mote, aliado, existência integralizada, carne onde se reúnem o total de suas experiências – e que com elas, e a partir delas, compartilha os vastos sensíveis, propõe o inexistente, relações impossíveis ainda, dança.

2 Referência ao conceito de Partilha do Sensível, do filósofo Jacques Rancière. “Denomino partilha do sensível o sistema de evidências sensíveis que revela, ao mesmo tempo, a existência de um *comum* e dos recortes que nele definem lugares e partes respectivas. (...) Essa repartição das partes e dos lugares se funda numa partilha de espaços, tempos e tipos de atividades que determina propriamente a maneira como um *comum* se presta à participação e como uns e outros tomam parte nessa partilha. (...) atos estéticos como configurações da experiência, que ensinam novos modos do sentir e induzem novas formas da subjetividade política. (RANCIÈRE, 2005, p.11-15).

4 Considerações finais

Gennaro Cicchese (2011) alerta-nos para uma atual crise das relações humanas que vem causando incompreensão e incomunicabilidade entre nós. Ele denomina esta crise de “crise da palavra”. Em decorrência deste panorama contemporâneo vivemos um processo de resgate do silêncio. O silêncio cheio de presença, de significado, de sensibilidade, de escuta. O silêncio como a casa da palavra, pautado na reciprocidade, fundamental para o exercício concreto e real do diálogo.

Diante desse quadro, o legado que a estética traz para nós diz respeito especialmente a possibilidade de contribuir para a superação deste grande sentimento de incompreensão que domina nossa sociedade neste início do século XXI. Através da sensibilização para as diferentes formas de representações do mundo existentes e para os diferentes modos de existências neste mundo, a estética possibilita-nos, através da arte, o exercício do outrar-se. Ou seja, nos convida a olhar em volta, a reconhecer o trânsito contemporâneo, abrindo espaço e reconhecendo o território das efemeridades e vulnerabilidades, valorizando subjetividades e incorporando o sensível como parte da razão.

Neste sentido, a estética/arte mostra-se como um caminho para o pensar outras éticas possíveis, plurais, dinâmicas. Um caminho para reconhecer a beleza e a urgência do reconhecimento e respeito as diferenças como condição primordial para superar o sentimento de inadequação provocados pela crítica e exclusão pautadas na manutenção da tradição pela tradição, numa moral estática, logo morta e mortal. A dança, como parte integrante do universo da estética/arte, aparece-nos como um *modus operandi* deste caminho, potencializado porque se realiza no próprio corpo – este entrelugar onde a vida e a arte convivem juntas, cujo campo de força, sua dimensão vibrátil, opera no outro no seu lugar de intensidades, de afetos, de imanência.

Enfim, somente superando o sofrimento (que certamente o sentimento de inadequação sucita), ou seja, a partir do exercício da alteridade e do respeito à diversidade, nos aproximamos do ideal da dignidade humana – premissa de uma cultura de Direitos Humanos e do próprio espírito democrático.

Referências

ALMEIDA, Miguel Vale de. O manifesto do corpo. In: **Revista Manifesto**. n. 5. Portugal: 2004. Disponível em: <<http://miguelvaledalmeida.net/wp-content/uploads/2008/06/o-manifesto-do-corpo.pdf>>. Acesso em: 20 jul. de 2009.

BITTAR, Eduardo C. B. Estética, democracia pluralista e direitos humanos: da estética da diversidade à sociedade, da sociedade pluralista à estética. In: **Direitos Fundamentais e Justiça**: Revista do programa de pós-graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. Ano 3. Nº 7. Porto Alegre: Abr./Jun. 2009. Disponível em: <http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/7_Artigo_8.pdf>. Acesso em: 16 de jan. de 2016.

BUARQUE, Maria Eduarda. **A gravidade e o self**: uma relação entre o corpo e os símbolos. Recife: Libertas, 2009.

CAMAROTTI, Marco. **Diário de um Corpo a Corpo Pedagógico e outros elementos da arte-educação**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 1999.

- CICCHESE, Gennaro. **Antropologia del Diálogo**: Hacia el “entre” de la Interculturalidad. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 2011.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972-1990**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992.
- FREITAS, Artur. **Arte de Guerrilha**: Vanguarda e Conceitualismo no Brasil. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.
- GREINER, Christine. **O Corpo**: pistas para estudos indisciplinados. 3ª ed. São Paulo: Annablume, 2008.
- HERMANN, Nadja. Ética, Estética e Alteridade. In: TOMAZETTI, Elisete M.; TREVISAN, Amarildo Luiz (Org.). **Cultura e alteridade**: confluências. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006. Disponível em: <<http://w3.ufsm.br/gpracioform/artigo%2001.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2015.
- KATZ, Helena. **Um, dois, três: a dança é o pensamento do corpo**. Belo Horizonte: FID Editorial, 2005.
- LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. 2ª ed. Trad. Sonia M. S. Fuhrmann. Petrópolis: Vozes, 2007.
- LIMA, Dani. **Corpo, política e discurso na dança de Lia Rodrigues**. Rio de Janeiro: UniverCidade Ed., 2007.
- MARQUES, Isabel. **Linguagem da dança**: arte e ensino. São Paulo: Digitexto, 2010.
- MÜLLER, Cláudia G. **Deslocamentos da dança contemporânea**: por uma condição conceitual. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <http://www.claudiamuller.com/mestrado/final_alta.pdf>. Acesso em: 5 ago. 2014.
- RANCIÈRE, Jacques. **A partilha do sensível**: estética e política. Trad. Mônica Costa Netto. São Paulo: EXO experimental org.; Ed. 34, 2005.
- ROLNIK, Suely. **Geopolítica da cafetinagem**. Viena: 2006. Disponível em: <<http://eipcp.net/transversal/1106/rolnik/pt>> Acesso em: 10 out. 2011.
- STRAZZACAPPA, Márcia. Dança na Educação: Discutindo questões básicas e polêmicas. In: **Revista Pensar a Prática**. Vol. 6. Goiânia: 2003.
- VIANNA, Klauss. **A dança**. 5ª ed. São Paulo: Summus, 2008.

CINE CÁRCERE:

a experiência do cineclubismo jurídico no presídio feminino do sertão central de Pernambuco

Synara Veras de Araújo¹

RESUMO: A formação jurídica na atualidade pressupõe o diálogo com a sociedade e suas instituições, dentre essas instituições, o sistema penitenciário é, por excelência, um espaço social de extrema importância para a formação de atores jurídicos. A contradição entre o discurso jurídico e a real operacionalização do seu sistema, é um campo profícuo para fomentar a criticidade dos estudantes acerca do Direito e de seus paradoxos. O projeto Cine Cárcere propôs uma reflexão acadêmica sobre o discurso jurídico apreendido e a realidade do sistema penitenciário utilizando-se da linguagem cinematográfica. A atividade proposta consistiu numa mostra de filmes que teve como temática o protagonismo feminino, qual seja, aquele que abordasse as dificuldades inerentes ao gênero, como também os mecanismos de superação. A prática cineclubista foi um projeto de extensão do curso de Direito da cidade de Salgueiro, que procurou ampliar a vivência jurídico-pedagógica através do cinema e contou com a participação da professora responsável pelo projeto, como também de alunas (os) do curso. O Cine no Cárcere foi executado por três meses, nos domingos à tarde, no presídio feminino de Verdejante. No espaço da prisão práticas educativas/culturais como o Cine Cárcere não são tão comuns, mas há alguns registros bibliográficos interessantes como o de Vasques que em artigo tece uma teia analítica sobre o documentário O prisioneiro da Grade de Ferro. Autorretratos. O documentário trata do descaso do governo brasileiro pelo Sistema Penitenciário quanto às assistências garantidas ao preso, interno e egresso na Lei de Execução Penal. O trabalho desenvolvido pelo Cine Cárcere cooperou com a prevenção da violência, promoveu uma educação jurídica comprometida com a realidade social e conheceu o potencial das presas através da produção artística de literatura de cordel (“O Cordel da Mulher Presidiária”), entre outros trabalhos artesanais apresentados pelas mulheres presas.

Palavras-chaves: Cine cárcere. Cineclubista. Sistema penitenciário.

ABSTRACT: The legal education today requires dialogue with society and its institutions, among these institutions, the prison system is, par excellence, a social space of utmost importance for the formation of legal actors. The contradiction between the legal discourse and the actual operation of your system, is a fruitful field to foster the criticality of students about the law and its paradoxes. The project Cine Cárcere proposed an academic reflection on the seized legal

¹ Mestra em Direito pela UNICAP, Especialista em Direitos Humanos pela UNICAP e Advocacia Geral pela UNICID atualmente cursando a Especialização em Estudos Cinematográficos na UNICAP. Professora de Direitos Humanos; Fundamentos Socio-antropológicos do Direito, Direito Constitucional I, coordena o projeto de extensão Cine Jurídico no curso de Direito da FACHUSC, Instituição de Ensino localizada no Sertão Central de Pernambuco (a 518 quilômetros da capital do Estado, Recife).



discourse and the reality of the penitentiary system using cinematic language. The proposed activity consisted of a sample of films that had as its theme the female role, that is, one that would address the difficulties inherent in the genre, as well as coping mechanisms. The film society practice was an extension project of the law school of the city of Salgueiro, which sought to expand the legal and pedagogical experience through film and with the participation of the teacher responsible for the project, as well as students (the) course. Cine in jail was run for three months, on Sunday afternoon, the women's prison of Verdant. In the space of the prison educational / cultural practices such as Cine Prisons are not as common, but there are some interesting bibliographic records such as that in Article Vasques terce an analytical web about the documentary *The Prisoner of the Iron Bars*. Self-portraits. The documentary deals with the neglect of the Brazilian government for the prison system as the assistance granted to the prisoner, internal and egress in the Prison Law. The work of the Cine Prison cooperated with the prevention of violence, promoted a legal education committed to social reality and met the potential prey through artistic production line of literature ("The Cordel of convict Woman"), and other craft work presented by women prisoners.

Keywords: In prison. Cineclubism. Penitentiary system.

1 Introdução

Este trabalho apresenta um diálogo com a sociedade e uma das suas instituições, mediado pela prática cineclubista jurídica dentro do sistema penitenciário, espaço social de extrema importância para a formação de atores jurídicos. Neste ambiente a contradição entre o discurso jurídico e a real operacionalização do sistema proporciona um campo profícuo para fomentar a criticidade dos estudantes acerca do Direito e de seus paradoxos.

Sabendo que o ensino jurídico se sustenta no tripé ensino-pesquisa-extensão, este artigo procura trazendo a experiência docente com o projeto de extensão Cine Cárcere, realizada no presídio feminino de Verdejante, que surgiu a partir de outro projeto de extensão Cine Jurídico, que desde 2012 vem realizando atividades no curso de Direito da Instituição de Ensino Superior FACHUSC, localizada na cidade de Salgueiro que pertence a região do sertão central de Pernambuco.

Com relação ao desenho metodológico, partindo de uma abordagem subjetiva do mundo social jurídico (LAVILLE, 1999) ao realizar uma análise qualitativa dos dados (ao revisar alguns trabalhos sobre tema), também apresentamos uma abordagem metodológica de cunho etnográfico, presente na observação-participante, pois a pesquisadora está inserida no objeto de pesquisa observado, onde os registros da pesquisa neste caso constituíram-se em anotações digitadas após as saídas do local de pesquisa, num exercício de lembranças das situações vivenciadas.

2 A formação jurídica e a prática cineclubista

As práticas educacionais devem preparar para a autonomia, desenvolvendo a capacidade de analisar e distinguir o errado no aparente certo, o injusto no aparentemente justo. A vivência acadêmica, aliada à prática cineclubista, tem diante de si uma oportunidade didática interessante, pois propicia aos acadêmicos e profissionais da área jurídica, novos olhares e “vivência de múltiplas experiências” como também um “percurso de inéditos caminhos”, percebendo, portanto, que se está diante de um campo de estudo ainda em desenvolvimento e muito a ser explorado (OLIVO; MARTINEZ, 2015).

Antes de descrever a experiência cineclubista, qual seja o projeto de extensão Cine Cárcere (que surgiu através do interesse de duas alunas participantes de outro projeto de extensão, o Cine Jurídico), é importante discutir os desdobramentos cineclubismo como atividade que se insere no ramo dos direitos culturais.

2.1 Os Direitos Culturais e o Cineclubismo

O cineclubismo surgiu na década de 1920, em países da Europa. Na França, especificamente na Paris de 1928 surgiu o primeiro cineclube nacional, o Chaplin Club (SOUZA, 2015, p. 10). Mas afinal o que seria um cineclube? O cineclube é definido por *Jean-Loup Passek* como “uma associação jurídica, de instituições e de pessoas, que visam iniciar e promover discussões acerca da cultura cinematográfica”. Sobre a denominação *cineclube* (de origem francesa) foi criada cineasta e crítico de cinema *Louis Delluc* (CHAVES, 2010, p. 49).

Assim desde sua origem a atividade cineclubista é entendida como um conceito de pensar sobre o cinema e fazer cinema: “questionava os modelos que se instauravam na estética, na economia e na relação do espectador com a obra cinematográfica” (AMORIN; FALCONE, 2013, p.15). Por isso se constituiu como “uma subversão do cinema comercial”, chegando ao Brasil através da Igreja Católica através da encíclica papal *Vigilanti Cura*, que estimulou a criação de cineclubes nas paróquias e associações católicas.

O cineclubismo é uma organização da comunidade, difere do cinema comercial por ser um espaço democrático de debate sobre os filmes e que pretende ir além do entretenimento, mas também promover o aprendizado, a informação, a participação social. Segundo Allan Rocha (SOUZA, 2015, p.10), são três as condições para que a atividade seja qualificada como cineclubista: a ausência de fins lucrativos, a estrutura democrática e o compromisso cultural. As duas primeiras condições são comuns à maioria dos cineclubes, mas a finalidade cultural (terceira condição) difere de um cineclube para outro, porque leva em consideração à comunidade a qual está inserido.

A Agência Nacional de Cinema- ANCINE definiu em instrução normativa (IN 63/2007, Art. 1º), que os cineclubes são “espaços de exibição não comercial de obras audiovisuais nacionais e estrangeiras

diversificadas, que podem realizar atividades correlatas, tais como palestras e debates acerca da linguagem audiovisual” (ANCINE, 2015).

Allan (SOUZA, 2015, p. 2) analisou o caso concreto onde o Cineclube Falcatrua, instalado na Universidade Federal do Espírito Santos foi condenado a perdas e danos, além da interrupção das atividades devido à exibição do documentário “Farhenheid 9/11”. Concluiu em seu estudo que deve haver um ponto de equilíbrio entre os poderes e deveres do proprietário, ou seja, entre os direitos do titular e os direitos autorais. Segundo ele, no que tange o audiovisual, existe a questão da exibição pública não comercial que pode ser feita por cineclubes, instituições de ensino, culturais (SOUZA, 2015, p. 17):

Em que pese o contexto da exibição – um programa de extensão de uma universidade federal – não há de se admitir a concorrência desleal. Ainda assim não pode ser questionado pela exibidora o meio de obtenção da obra, vez que autorizada pelo próprio produtor, titular dos direitos. Outrossim, sopesado o caso concreto, não pode ser ignorado pelo juízo a finalidade da exibição, por representar a efetividade de um direito fundamental constitucional.

O cineclube Cine Jurídico, é experiência extensiva do curso de Direito da FACHUSC- Faculdade de Ciências Humanas do Sertão Central, cineclube filiado a FEPEG- Federação Pernambucana de Cineclubes, corroborando assim a ideia de ir além da utilização do cinema como instrumento de reflexão sobre o mundo jurídico, ao acrescentar uma prática que valorize o cinema produzido regionalmente ou o cinema que não faz parte do coloquialmente chamado “cinemão de shopping”. As sessões de “cinema arte” por assim dizer, estão interligadas ao movimento cineclubista, promovem discussões acerca da cultura cinematográfica e trazem para o debate não só o que há nos filmes, mas o motivo de escolha deste ou daquele tipo de cinema, aqui a prática cineclubista é um direito de acesso à cultura, um instrumento de resistência com relação a cultura cinematográfica hegemônica.

2.2 O Cine Jurídico

O projeto de extensão Cine Jurídico (atividade cineclubista) é realizado na cidade de Salgueiro, sertão central de Pernambuco, vem ocorrendo todo semestre letivo desde 2012.1, portanto há mais de três anos em atividade. A atividade extensiva se inspirou em trabalhos pedagógicos de outros professores e vem inspirando outras práticas, como o Cine no Cárcere, que teve curta duração (4 meses) por falta de recursos como transporte para deslocamento todos os domingos para o presídio feminino de Verdejante.

O projeto de extensão Cine Jurídico desde o início vem proporcionando momentos de reflexão e estudo que acabaram por resultar em trabalhos aprovados para publicação, como por exemplo, em livro *Direito no Cinema Brasileiro* organizado por Carmela Grune, o *paper* exigido pela disciplina do mestrado em Direito da UNICAP, Lógica do Procedimento Jurídico, ministrada pelo Prof. João Paulo Allain Teixeira, trabalho intitulado *Do pensamento abissal e da contribuição teórica latino-americana de Bartolomé de*

Las Casas no filme “Conflito das águas”, que teve como objetivo explicitar o pensamento abissal de Boaventura de Souza Santos e a contribuição teórica latino-americana de Bartolomé de Las Casas a partir da obra cinematográfica *Conflito das águas*, demonstrando os prováveis ganhos teóricos advindos da observação, aprendizagem e transformação da forma hegemônica de se compreender a história e a fundamentação dos direitos humanos no ensino jurídico, o referido trabalho aprovado pela disciplina acadêmica foi publicado nos Anais da ABRASD (2014).

Houve ainda outros trabalhos que repercutiram a partir da experiência extensiva, alguns foram apresentados no formato de comunicações orais, como na III Semana de Antropologia (UFPB, 2015) do PPGA/UFPB, em breve Abordagem Etnográfica sobre o filme *Doméstica* de Gabriel Mascaro; também a participação no Seminário *O que há de novo no novo constitucionalismo latinoamericano* promovido pela UFPE e UNISINOS com o resumo *O documentário “Junho” e o registro das ruas por reforma política e constituinte exclusiva: trilha para o novo constitucionalismo latino-americano?* Tentativas permanentes de inserir no campo acadêmico uma aproximação entre cinema e direito.

A articulação do Cine Jurídico com outros projetos de professores do curso de Cinema da UFPE (Laécio Rodrigues e Raquel do Monte em especial) se fez presente nestes três anos de atividade. O projeto “O Cinema Pernambucano vai ao Sertão”, que também foi oferecido nas cidades de Arcoverde e Serra Talhada, esteve em Salgueiro em fevereiro de 2014. A ideia de formação através de um minicurso teve como intuito “partilhar lições básicas de cinema, articuladas aos temas: paisagem, cidade, deslocamento e identidade”, como objetivo de formar e sensibilizar os participantes sobre a produção contemporânea do cinema realizado em Pernambuco (CINEMA SERTÃO, 2015). Com o apoio do Cine Jurídico e da FACHUSC foi possível a realização e participação de alguns alunos do curso de Direito, além de professores da própria Instituição de Ensino Superior (FACHUSC, 2015).

O Cine Jurídico tem contado com uma participação semanal de alunos de todos os períodos, a cada semestre uma média de 50% dos alunos participam das atividades, especialmente os que não trabalham, por ser no horário diurno, já que as aulas acontecem à noite e as práticas jurídicas pela manhã.

Vale salientar que a atividade desenvolvida conta com participantes de outros cursos da Instituição, o que para o projeto é de extrema importância, afinal a educação em Direitos Humanos não se restringe a área jurídica, pelo contrário, deve ser orientada pelo caráter transversal e a relação dialógica entre as diversas áreas do saber e da sociedade.

Interessante notar ainda que o trabalho com Cinema na IES tem inspirado os alunos a elaborarem projetos semelhantes, a exemplo o “Cinema no Sertão” onde uma aluna do 7º período levará sessão de filmes que abordam a questão agrária para a zona rural da cidade de Salgueiro sob a orientação desta

pesquisadora. Os filmes escolhidos foram nacionais, sendo alguns filmados no Estado de Pernambuco e tratando de questões que envolvem principalmente os conflitos agrários, a vida no campo:

Vidas Secas
A cerca da cana
Morte e Vida Severina
Cabra marcado para morrer
Grande Sertão: veredas
Abril despedaçado
Baile Perfumado
Cinema, Aspirinas e Urubus

Outro projeto proposto foi para levar os Direitos das Crianças e Adolescentes através do Cinema para uma turma do terceiro ano do Ensino Médio de uma Escola Pública de Salgueiro, o que fez a orientadora indicar o filme *Juízo* de Maria Augusta Ramos, pertinente ao trabalho que o estudante de Direito pretende realizar, tendo em vista principalmente o contexto atual de debate acerca da redução da maioridade penal.

2.3 O Cine no Cárcere

Projeto de extensão Cine no Cárcere foi curiosamente articulado por duas alunas policiais militares que preocupadas com a falta de atividades culturais no presídio feminino de Verdejante (município próximo de Salgueiro-PE) sugeriram uma ramificação do projeto Cine Jurídico, mas com uma temática específica, que tratasse de filmes onde as mulheres fossem protagonistas.

Antes da exibição, as policiais alunas do curso de Direito pediram para assistir aos filmes que desconheciam, pois alegavam que a diretora do presídio tinha que saber se eram educativos. Após considerarem adequados, a professora passou a fazer à divulgação do projeto junto à FACHUSC que divulgou no site da Instituição, além das redes sociais.

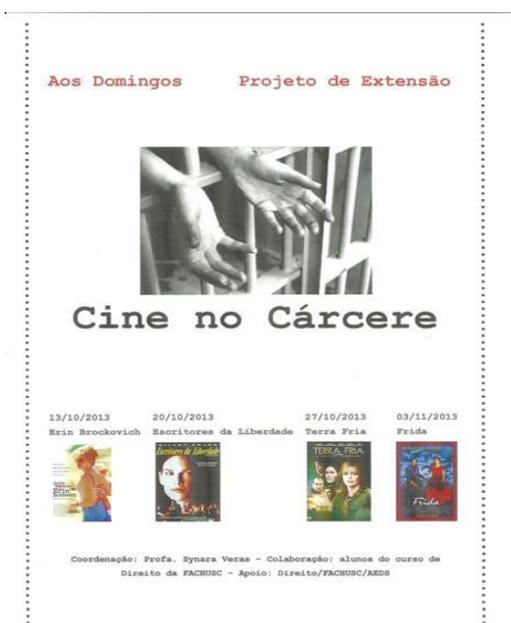


Figura 1- Cartaz de divulgação do projeto

No presídio feminino de Verdejante (PE) havia à época 45 mulheres (em uma estrutura com capacidade de ocupação para 20 presas) distribuídas por 06 celas e um pequeno espaço de com grade no teto que seria um “pátio” para banho de sol. Não existia espaço para desenvolver atividades educacionais e lúdicas, nem biblioteca, livros ou cadernos, o que não é de surpreender, já que foi pedido pelas alunas policiais que levássemos material de higiene pessoal.

As alunas do curso não só arredaram material de limpeza como levaram roupas, cadernos e a professora fez a doação de um livro novo sobre a história de *Malala*, garota que quase morreu por reivindicar o direito de estudar.

A educação no espaço prisional não existia, mas o trabalho sim, pois havia a produção de algumas bonecas artesanais que algumas presas entregaram as alunas e a professora para que fossem vendidas. O dinheiro arrecado pela venda das bonecas foi entregue para as presas responsáveis pela produção.



Figura 2 - Bonecas produzidas pelas presas

O trabalho carcerário feminino desenvolvido contém um sentido ético que se baseia no “princípio de não ociosidade do tempo e da dignificação humana”, assim “as instituições de acompanhamento e de aprisionamento tendem a uma hiper valorização da prática trabalhista (dentro ou fora das instituições)”, assim dissertou a antropóloga da UFPB Luciana Maria em sua tese *Crime é coisa de mulher* (OLIVEIRA, 2012, p.206).

As atividades foram desenvolvidas por três meses e aconteceram aos domingos à tarde. O primeiro filme teve sua exibição comprometida por causa da claridade no pátio, que mesmo com uma lona em cima da grade, não foi possível uma boa visualização das 16:00 horas as 17:30, o que fez muitas presas voltarem para as suas celas. Diante desta dificuldade estrutural a alternativa foi retirar os filmes longos para exibir curtas das 17:00 horas até às 18:30 (horário disponibilizado pela direção do presídio para visitas).

Tudo transcorreu melhor com a alteração para os documentários, pois ainda sobrava um tempo para debater e conhecer mais a história daquelas mulheres.

No último domingo não foi possível realizar as atividades porque os agentes penitenciários informaram que não haveria a possibilidade de que o grupo fizesse o trabalho, lamentável para as alunas que participavam e para a professora. A justificativa para o impedimento de não permitir a entrada do grupo, foi a de que tinha havido uma briga entre as presas e que devido ao ocorrido apenas o Pastor Evangélico (marcado para horário posterior) poderia entrar, além de declararem também que a diretora não teria avisado sobre a visita do grupo da Faculdade.

Depois de algumas tentativas de diálogo da professora coordenadora do projeto Cine Cárcere com os agentes de plantão (todos homens no dia), foi permitido a professora conversar com algumas presas entre as grandes, já que o pátio estava proibido naquele dia.

A professora ficou sabendo que os agentes penitenciários não gostaram do trabalho que foi realizado com a *Cartilha das Presas* distribuída pelo CNJ (2016), como também do documentário “O cárcere e a rua”, que contava a história de algumas mulheres presas no regime fechado e semi-aberto, relatos semelhantes aos vivenciados pelas participantes do projeto.

Desde então não tivemos como continuar atividade por não contar mais com ajuda financeira da IES, mas recentemente uma estudante do curso de Direito ofereceu o transporte e em breve se espera novamente fazer uma visita para saber como estão e tentar retomar com a nova direção um diálogo para a realização do projeto.



Figura 3 - Professora e pesquisadora deste trabalho dissertativo no Presídio Feminino de Verdejante, apresentando a *Cartilha das Presas* no Projeto Cine no Cárcere

2.4 Educação no espaço prisional e resistência acadêmica

O espaço de prisão e práticas educativas/culturais como o Cine no Cárcere não são tão comuns, mas há alguns registros bibliográficos interessantes como o de VASQUEZ (2011, p.12) que em artigo

terceira uma teia analítica sobre o documentário *O prisioneiro da Grade de Ferro. Autorretratos*. O documentário trata do descaso do governo brasileiro pelo Sistema Penitenciário quanto às assistências garantidas ao preso, interno e egresso na Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84, cap. II, artigo 10-11).

Como o homem preso cumpre a sua pena? As imagens do filme *O prisioneiro da Grade de Ferro. Autorretratos* revelam as atividades desenvolvidas no cotidiano penitenciário, enfocando a educação prisional, o atendimento à saúde, dentre outros aspectos próprios da realidade atroz do contexto prisional. VASQUEZ (2011, p. 13) retira um fragmento do filme, uma palestra em que o servidor penitenciário afirma que havia duas certezas naquele lugar, “que os senhores estão presos não dá para esquecer; os senhores vão sair não se esqueçam disso!”, para ao final esclarecer que apesar da Cartilha do Preso dar ênfase ao trabalho, pois a cada três dias de trabalho equivalem a um dia de pena a menos, não existe trabalho para todos os presos, isso seria a realidade da prisão.

Mesmo com as determinações na legislação nacional e internacional com relação ao acesso à educação, “a educação, direito de todos e dever do Estado” (Constituição Federal de 1988, art. 205), “todo homem tem direito à instrução” (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 26, 1-2), no Brasil, conforme apresenta o filme *O prisioneiro da Grade de Ferro. Autorretratos*, a educação prisional ainda está em um estado de “invisibilidade”, como constata VASQUEZ (2011, p. 16):

Na própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei 9.394/96 (...) não temos nenhum capítulo específico que normatize a oferta da Educação de Adultos na Prisão ou Educação Prisional. Por outro lado, também se têm omitido as Secretarias Estaduais de Educação, Instituições de Ensino Superior e Universidades em seus Programas de Pós-Graduação, uma vez que a LEP cap. II, artigo 20) diz que “as atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados” – artigo que nos conchama ao exercício da responsabilidade social, além de nos convocar explicitamente a cooperar com a prevenção do crime e orientação ao retorno dos presos, internos e egressos à vida livre.

O trabalho desenvolvido coopera com a prevenção da violência, cumpre a sua responsabilidade social, segue no sentido de educar a partir do cinema, como as propostas extensivas apresentadas, Cine Jurídico e Cine no Cárcere, um dentro da Faculdade e o outro fora dela realizadas no período de 2012 a 2014, tidas como práticas pioneiras, mas que encontram dificuldades em sua permanência, pois como quase todas as práticas relacionadas aos direitos humanos, sempre há resistência dentro da própria instituição de ensino, já que nem todos possuem uma percepção valorativa positiva sobre os direitos humanos (mesmo no âmbito acadêmico há preconceitos as práticas, pois muitos não acreditam ser importantes).

Por persistência da professora, e muita resistência, a prática cineclubista desenvolvida com o apoio do curso de Direito (a coordenação aprovando a cada semestre a iniciativa) é a mais longa no município de Salgueiro. Nem o cineclubes mantido pela Secretaria de Cultura Municipal durou tanto (o

Cine Jurídico está em atividade há mais de três anos, o Cineclub Salgueiro não chegou a metade do tempo).

As surpresas no decorrer dos projetos são sempre gratificantes, como quando no Cine no Cárcere uma das presas se aproximou e apresentou um “O Cordel da Mulher Presidiária” pedindo apenas que seu trabalho fosse mostrado para a sociedade ver que lá dentro existem pessoas que querem trabalhar, estudar, seguir um caminho certo, apesar dos erros cometidos no passado, este foi o seu trabalho, que desejava um dia publicar:

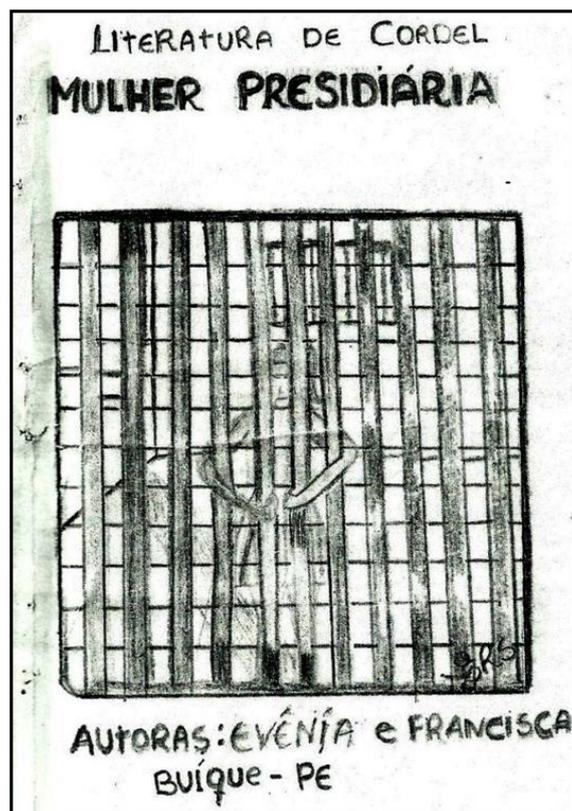


Figura 4 - Capa produzida pelas presidiárias

No texto do Cordel é possível perceber o reconhecimento pelos erros cometidos, o desejo por um trabalho digno, o medo com relação às dificuldades fora do sistema, o sacrifício que é cumprir a pena e a vontade de viver em liberdade:

Eu por exemplo aprendi
Muito aqui neste lugar
Coisas que vão me ser úteis
Quando eu daqui me livrar
Pois lá fora é difícil
Mas com pouco sacrifício
Com certeza eu chego lá.

Tal conhecimento da realidade prisional não seria possível se não tivesse havido o projeto de extensão Cine no Cárcere, atividade que fez as estudantes de direito saírem de suas casas em dias de domingo para juntas a professora vivenciarem a realidade do Direito Penal dentro do sistema prisional,

experiência marcante, tanto que após dois anos ainda há interesse por parte de algumas alunas de retomada do projeto, mas sem o apoio Institucional (recurso financeiros principalmente para deslocamento) ainda não é possível.

Ainda se tentou estimular a leitura da obra *O espaço da prisão e suas práticas educativas* entre as alunas para que fosse possível conhecer outras práticas e repensar o espaço prisional, mas o livro não foi lido por nenhuma das alunas sob a alegação de que não foi encontrado tempo para a realização da leitura.

3 Considerações finais

Durante a incursão etnográfica no universo das participantes do projeto de extensão Cine Cárcere, na tentativa de analisar algumas relações estabelecidas a partir da prática extensiva do curso de Direito da FACHUSC no presídio feminino de Verdejante, muito do planejamento prévio foi desconstruído, como os filmes que se pretendia exibir e que foram substituídos por documentários curtos; o horário de exibição das sessões também mudou, além das datas e da dificuldade de realização de algumas atividades no último domingo do projeto.

Apesar das dificuldades encontradas na execução no projeto Cine Cárcere, a participação das alunas e das presas promoveu um aprendizado recíproco mediado pela professora coordenadora do projeto, que através da prática cineclubista buscou proporcionar uma nova construção de sentido por parte das estudantes de direito sobre o espaço prisional feminino no município de Verdejante.

Referências

AMORIN, Lara; FALCONE, Fernando Trevas. **Cinema e memória: o super-8 na Paraíba nos anos 1970 e 1980**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013.

BRASIL. ANCINE- AGÊNCIA NACIONAL DE CINEMA. **IN63/2007**. Disponível em: <http://www.ancine.gov.br/legislacao/instrucoes-normativas-consolidadas/instru-o-normativa-n-63-de-02-de-outubro-de-2007> Acesso em: 29/02/2016.

CHAVES, Geovano Moreira. **Para além do cinema (manuscrito) o cineclubismo de Belo Horizonte**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/VGRO8D8P35/vers_o_definitiva_disserta_o_de_mestrado_para_al_m_do_c.pdf?sequence=1 Acesso em: 14/04/2015.

CNJ. **Cartilha das presas**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cartilha-da-pessoa-presa> Acesso em: 04/03/2016.

CINEMA SERTÃO. **Saiba como foram os cursos em salgueiro e em serra talhada**. Disponível em: <http://cinemasertao.blogspot.com.br/> Acesso em: 02/07/2015.

LAVILLE, Christian. **A construção do manual de pesquisa em ciências humanas**. Trad. Heloisa Monteiro de Francisco Settineri. Porto Alegre: Editora Artes Médicas do Sul Ltda.; Belo Horizonte: Editora UFMG, 1999.

FACHUSC. **Cinema pernambucano é tema de curso que acontecerá em Salgueiro.** Disponível em: http://www.fachusc.com.br/noticias_portarias_editais/20140127_not01.htm Acesso em: 22/06/2015.

FACHUSC. **Graduação: Bacharelado em Direito.** Disponível em: http://www.fachusc.com.br/curso_graduacao_direito.htm Acesso em: 22/06/2015.

OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de.; MARTINEZ, Renato de Oliveira. **Direito & Cinema no Brasil: experiências didático-pedagógicas.** Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/direito-cinema-no-brasil-experiencias-didatico-pedagogicas-por-luis-carlos-cancellier-de-olivo-e-renato-de-oliveira-martinez/> Acesso em: 29/02/2016.

OLIVEIRA, Luciana Maria Ribeiro de. **Crime é coisa de mulher.** Tese de Doutorado, UFPB, 2012.

SOUZA, Allan Rocha de. **A proteção do audiovisual e o cineclubismo: o caso do Cine Falcatrua.** Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza-1.pdf Acesso em: 23/06/2015.

UFPB. **III Semana de Antropologia: o ofício do antropólogo.** Disponível em: <http://semanadeantropologia.wix.com/semana3#!grupos-de-trabalho/c8nw> Acesso em: 02/07/2015.

VASQUEZ, Eliane Leal. Educação prisional no Brasil: discursos, práticas e culturas. In: **O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoque e perspectivas contemporâneas.** Arlindo da Silva Lourenço, Elenice Maria Camarosano Onofre (organizadores). São Carlos: EdUFSCar, 2011.



EUCLIDES DA CUNHA, CÂNDIDO PORTINARI E JOSUÉ DE CASTRO EM DIÁLOGO: uma análise sobre o direito humano à alimentação

Tauá Lima Verdan Rangel¹

RESUMO: O presente objetiva analisar, a partir de um diálogo das obras de Euclides da Cunha, de Cândido Portinari e de Josué de Castro, a temática da fome e seus desdobramentos na construção e no reconhecimento do direito humano à alimentação adequada. Há que se destacar que nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão maciçamente e num sentido tão nocivo quanto à fome, quando alcança os verdadeiros limites da inanição. Sobre a influência da imperiosa necessidade de se alimentar, os instintos primários são despertados e o homem, como qualquer outro animal faminto, demonstra uma conduta mental que pode parecer das mais desconfortantes. Ora, há que reconhecer que o diálogo entre os autores supramencionados, no território nacional, materializou os primeiros debates sobre temática.

Palavras-chave: Direito Humano à Alimentação. Euclides da Cunha. Josué de Castro. Cândido Portinari.

ABSTRACT: The purpose of this analysis , from a dialogue between the works of Euclides da Cunha, Candido Portinari and Josué de Castro , the issue of hunger and its consequences in the construction and recognition of the human right to adequate food. It must be noted that no calamity can disaggregate the human personality so massively and in a sense as harmful as hunger , when it reaches the true limits of starvation. On the influence of the pressing need to feed, the primary instincts are awakened and man, like any hungry animal demonstrates a mental conduct that may seem the most discomforting. It must be recognized that the dialogue between the aforementioned authors, nationally, materialized initial discussions on topic.

Keywords: Human Right to Food . Euclides da Cunha . Josué de Castro. Cândido Portinari.

1 Os Sertões: as desigualdades e as violências formadoras da paisagem social brasileira à luz de Euclides da Cunha

É fato que Euclides da Cunha estruturou uma das mais férteis interpretações e análises do Brasil, sendo que a substancialidade de suas reflexões está assentada no mecanismo empregado para ele apreender a complexidade das condições de formação, de sedimentação e de potencialização das

1 Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Especialista em Prática Processuais Civil, Criminal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo-ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com.

desigualdades sociais e da violência no território nacional. A obra *Os Sertões*, publicada em 1902, materializou um marco do processo de construção da sociologia no Brasil, delineando um painel sobre os efeitos da miserabilidade e da violência na formação do homem brasileiro. É possível, dessa maneira, afirmar que a obra em comento reúne uma pluralidade de elementos, alicerçando-se em um constructo literário híbrido, algo que parece formar uma imagem de uma crise imensa, na qual está mergulhado o país, visto como uma quimera monstruosa e desequilibrada, delirando entre a razão modernizante do Estado e o desatino desvairado, entre a obrigação civil e militar do esmagamento de Canudos e a denúncia ética do procedimento empregado. Consoante Euclides da Cunha aponta, a simbiose propiciada pela escravidão e pela ação exploratória do ouro teria permitido a penetração na organização social nacional a mais acentuada violência, culminando com o resultado da potencialização da exclusão e da desigualdade. Cuida reconhecer que a extração do ouro era comandada pelo Estado colonial que monopolizava todos os poderes para destruição a massa populacional colonizada, caso não se submetesse às ordens da Coroa portuguesa. “A exploração, o chicote e a matança tornam-se os pilares de uma colonização destruidora da economia, da política e da sociedade como um todo” (REZENDE, s.d., p. 04).

Em alinhamento ao discurso euclidiano, a sociedade brasileira teria sua formação assentada na exclusão e na violência de seus elementos principais, porquanto a colonização desenvolvida se pautava na monocultura de cana-de-açúcar e no trabalho escravo, alimentando, assim, uma organização social brutalizada por uma vivência caracterizada por atrozes ataques à terra e ao homem. O ciclo econômico desenvolvido subsequentemente potencializou e interiorizou as relações sociais e políticas robustamente violentas e pautadas na exclusão das classes dominadas. “A viabilização da mineração legal potencializou o surgimento de agrupamentos incharacterísticos que não se amalgamavam e, portanto, dificultavam a formação de uma identidade cultural” (REZENDE, 2008, p. 77). Verifica-se, dessa maneira, que o agir violento iniciado pela Coroa Portuguesa torna-se a base essencial da atuação do Estado, permanecendo, posteriormente, com a independência e durante a República, não sendo identificado qualquer empenho para uma modificação, com o escopo de operar uma democratização.

Segundo Euclides da Cunha (2002), em múltiplos momentos, ocorreram manifestações que objetivavam reverter as condições de exclusão e de violência, sendo, porém, massacrados intermitentemente. Ora, em que pesem as obras de Euclides da Cunha remontarem ao início do século XX, é plenamente tangível o discurso voltado para a dívida de quatrocentos anos, nutrida pelo país, em relação à população, eis que, durante o transcurso do tempo, não foi identificado qualquer empenho dos setores preponderantes em reverter as condições de desigualdade de exclusão e violência.

A violência era dotada de caráter social, porquanto a vivência dos indivíduos estava marcada por relações assentadas no extremo desprezo pela vida humana; de caráter político, porquanto as instituições

políticas estavam fundadas na opressão; e de caráter econômico, já que a sedimentação de situações fomentadoras da desigualdade e da exploração por meio do chicote e da matança, a exemplo do que ocorreu nas minas na extração do ouro. Como claro exemplo das relações de desigualdade identificadas por Euclides da Cunha, é possível utilizar as pinturas da série Retirantes de Cândido Portinari:



Figura 01 - Retirantes (1944) de Cândido Portinari. Fonte: Museu de Arte de São Paulo. Disponível em: <<http://masp.art.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

É observável que a desigualdade entre a classe dominante e a dominada, tal como a violência eram responsáveis por estabelecer os contornos caracterizadores da organização social, que se instalara no território nacional, desde o descobrimento, em 1500. “O grande desafio para o país seria encontrar formas de rompimento com os vícios sociais e políticos oriundos dessas condições” (REZENDE, s.d., p. 05). Nessa linha, é possível, a partir da descrição ofertada pelo discurso euclidiano acerca do sertanejo, perceber a flagrante desigualdade social existente, fomentada, sobretudo, pelo achatamento das classes sociais mais pobres, materializada sobremaneira pela violência dispensada no tratamento de afirmação do Estado.

O sertanejo é, antes de tudo, um forte. Não tem o raquitismo exaustivo dos mestiços neurastênicos do litoral. A sua aparência, entretanto, ao primeiro lance de vista, revela o contrário. Falta-lhe a plástica impecável, o desempenho, a estrutura corretíssima das organizações atléticas. É desgracioso, desengonçado, torto. Hércules-Quasímodo, reflete no aspecto a fealdade típica dos fracos. O andar sem firmeza, sem aprumo, quase gigante e sinuoso, aparenta a translação dos membros desarticulados. Agrava-o a postura normalmente abatida, num manifestar de displicência que lhe dá um caráter de humildade deprimente. (CUNHA, 2002, p. 77).

Verifica-se que o discurso de Euclides da Cunha estava direcionado em buscar a origem das atitudes, tanto dos dirigentes como da população em geral, que obstavam na constituição de um processo voltado para a reversão da maciça exclusão social. No tocante aos setores dirigentes, observava-se a solidificação de comportamentos delineados pelo autoritarismo e pela conciliação. “É interessante observar que Euclides da Cunha via esse modo de desenlace do processo social e político como o único caminho possível” (REZENDE, 2002, p. 191). No que concerne aos setores dirigentes

visualizava-se a cristalização de comportamentos marcados pelo autoritarismo e pela conciliação; já no que tange à população em geral, constata-se uma fragilidade constituída pelos reveses de uma existência assentada na miserabilidade e na violência que obstavam as possibilidades de ela se constituir em forças sociais capazes de provocar as mudanças substanciais.



Figura 02 - Enterro na Rede – Série Retirantes (1944) de Cândido Portinari.

Fonte: Museu de Arte de São Paulo. Disponível em: <<http://masp.art.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

Cuida salientar que o cenário entre as dualidades caracterizadoras da relação entre a classe dominante e a dominada ocorreram rebeliões desta população miserável e abandonada à própria sorte. “A ideia de Euclides não era a de acobertar o sertanejo, nem de defendê-lo, como o senso comum parece acreditar” (SOUZA, 2007, p. 181). O movimento de Canudos (1896-1897), retratado em *Os Sertões*, teria sido um desses movimentos que revelava o abandono em que vivia uma parcela significativa da população brasileira, achatada pela classe dominante, sem perspectivas além da recorrente exploração. A vigência de uma ordem desigual e excludente era colocada de maneira clara no cenário nacional. “A reação dos governantes e dos habitantes das maiores cidades, de modo geral, foi de uma ira incomensurável no sentido de exigir a exterminação total e absoluta da luta desencadeada por Antônio Conselheiro e de seus seguidores nos sertões da Bahia” (REZENDE, s. d., p. 06).

Alinhado ao discurso euclidiano, as singularidades da formação brasileira teriam constituído uma espécie de brasileiro forte, a saber: os sertanejos, que seria capaz de resistir a todas as adversidades, opressões e pobreza. É justamente a resistência caracterizadora que impulsionaria às lutas para subverter as condições de desigualdade e violência. “Essa ausência de civilização teria sido, também, um dos motivos pelos quais o sertanejo conseguiu resistir a três expedições do exército republicano” (SOUZA; GALVÃO, 2007, p. 181), já que no ambiente em que se desenrolou a guerra de Canudos, que exige dos homens vigor físico e ligeireza de movimentos, mas não reclama aptidões intelectuais, o mais adaptado é o sertanejo, e não o civilizado. Em *Os Sertões*, Euclides da Cunha descreve que, mesmo diante de todos os reveses produzidos pela guerra e pelo massacre, os sertanejos permaneciam calados,

estoicos, inquebráveis. Tratava-se de uma resistência ímpar fundada na singularidade de um tipo de existência social.

2 Geografia da Fome: uma análise do cenário sertanejo nordestino e do regime alimentar de Josué de Castro

Se a obra de Cunha apresenta uma abordagem sobre a questão social envolvendo a população nordestina, notadamente os sertanejos, Josué de Castro (2003) vai voltar-se sobre a fome, no que toca à região do sertão nordestino, discorrendo que ela não atua apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também atua sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Nenhuma calamidade pode desagregar a personalidade humana tão maciçamente e num sentido tão nocivo quanto à fome, quando alcança os verdadeiros limites da inanição. Sobre a influência da necessidade de se alimentar, os instintos primários são despertados e o homem, como qualquer outro animal faminto, demonstra uma conduta mental que pode parecer das mais desconfortantes.

Seguindo o exame de o regime alimentar identificado por Castro, no sertão do nordeste, o autor, na obra Geografia da Fome, inicia suas ponderações fazendo menção às epidemias calamitosas da fome, típicas de tal região, e que não estão limitadas aos aspectos discretos e toleráveis das fomes parciais, das carências específicas, encontradas em outras áreas do território nacional. “São epidemias de fome global quantitativa e qualitativa, alcançando com incrível violência os limites extremos da desnutrição e da inanição aguda e atingindo indistintamente a todos, ricos e pobres, fazendeiros abastados e trabalhadores do eito, homens, mulheres e crianças” (CASTRO, 1984, p. 165). Na região do sertão nordestino, a fome epidêmica é um açoite impiedoso que a todos afeta, em razão do terrível flagelo da seca.

Castro irá afirmar que a população do sertão tem seu regime alimentar alicerçado no milho. “Do milho associado a outros produtos regionais, em combinação as mais das vezes felizes, permitindo que, fora das quadras dolorosas das secas, viva esta gente em perfeito equilíbrio alimentar, num estado de nutrição bastante satisfatório” (CASTRO, 1984, p. 165); já no período das epidemias da fome, o milho se apresenta como fonte de energia e vigor imprescindível para a sobrevivência do estalar do açoite da calamidade, evitando, comumente, o aumento do despovoamento da região. As secas periódicas atuam na desorganização da economia primária da região, extinguindo as fontes naturais de vida, crestando as paisagens, arrasando as lavouras e dizimando o gado, reduzindo o sertão a uma paisagem desértica, com seus habitantes sempre desprovidos de reservas, morrendo à mingua de água e de alimentos. “Morrendo de fome aguda ou escapando esfomeados, aos magotes, para outras zonas, fugindo atemorizados à morte que os dizimaria de vez na terra devastada” (CASTRO, 1984, p. 166-167).

“Geografia da Fome” retrata um cenário no qual a paisagem natural do sertão nordestino, desde a topografia, as características do solo, a fisionomia vegetal, a fauna, a economia e a vida social daquela, tudo traz marcado, com uma nitidez inconfundível, a influencia da falta d’água, da inconstância da água na região semidesértica. Castro vai explicitar que “o solo arenoso, pouco espesso, quase sempre pobre em elementos nutritivos e ricos em seixos rolados, é um produto dos extremos climáticos, dos largos períodos de exagerada insolação e dos aguaceiros intempestivos, desagregando as rochas areníticas e acelerando todos os processos de demolição que nelas se realizam” (1984, p. 167). Comumente, os terrenos desnudados em certos trechos, quase sem nenhuma cobertura de solo arável recobrimo o esqueleto das rochas vivas, que afloram em brancos serrotes escarpados, são manifestações ofuscantes da terrível capacidade do clima: “capacidade de roer as terras do sertão nordestino, deixando expostos os núcleos mais duros do seu esqueleto de granito e de calcário” (CASTRO, 1984, p. 167).

Apresentada a moldura cênica em que o sertanejo encontra-se inserido, faz-se necessário rumar para o regime alimentar de tal região. Imediatamente, é oportuno consignar que Castro, ao descrever tal figura, aponta que o sertanejo é um plantador de produtos de sustentação para seu próprio consumo. “Um sementeiro, em pequena escala, de milho, feijão, fava, mandioca, batata-doce, abóbora e maxixe, plantados nos vales mais sumosos, nos baixios, nos terrenos de vazante, como culturas de hortas e jardins” (CASTRO, 1984, p. 180). Trata-se da típica *roça de matuto* e que, na limitação e singularidade do cenário em que o sertanejo encontra-se inserido, veio a constituir um peculiar elemento de valorização das condições de vida regional e, nos limites permitidos, a diversificação do regime alimentar do sertanejo. Neste quadrante, as características da alimentação sertaneja, um tanto magra e despida de qualquer excesso de tempero, encontra harmonia com os traços naturais da terra magra dos sertões nordestinos. “Tanto pela influência do clima semi-árido (sic), a que está submetido, como pelo laborioso gênero de vida que exerce, necessita o sertanejo retirar de sua dieta um potencial energético mais alto do que o suficiente para o habitante de qualquer outra área equatorial-tropical” (CASTRO, 1984, p. 191). Ao lado disso, há que se reconhecer que a ação do clima semidesértico incide diretamente sobre o sertanejo e se faz sentir pelas características estimulantes do ar seco, pela baixa taxa de umidade relativa que condiciona, claramente, uma perda fácil de calor e, conseqüentemente, um estímulo às queimas orgânicas que regulam a intensidade do metabolismo.

No que toca ao regime alimentar, embora aparentemente pouco abundante, cuida reconhecer que há um potencial energético, em especial, segundo Castro (1984), devido às porções de milho, de batata-doce e de leite que são inseridas na dieta alimentar do sertanejo. “É bem verdade que nem sempre obtêm estes ascéticos vaqueiros um tal teor calórico em sua ração e mais raramente ainda dispõem de um excesso de energia alimentar que se possa acumular sob a forma de reserva de depósito de gordura de glicogênio” (CASTRO, 1984, p. 194) e que, obviamente, seria de inestimável valor no período de seca.

Com efeito, ainda na perspectiva apresentada em *Geografia da Fome*, é esta parcimônia calórica, sem margens a exaustos, que faz do sertanejo um tipo magro e anguloso, de carnes enxutas, sem arredondamentos de tecidos adiposos e sem nenhuma predisposição ao artritismo, à obesidade ao diabetes. Trata-se do *atleta fisiológico* descrito por Castro (1984), com o seu sistema neuromuscular equilibrado, dotado de grande força e agilidade e com excepcional resistência, nos momentos oportunos.

Ainda no que toca à dieta alimentar verificada nos comboios de retirantes que, em uma tentativa desesperada de fugir do açoite da seca e da fome que estala em seus corpos, Castro vai descrever que eles são forçados a ingerir substâncias bem pouco propícias à alimentação, das quais os habitantes de outras zonas do país sequer ouviram falar que fossem alimentos. “Substâncias de sabor estranho, algumas tóxicas, outras irritantes, poucas possuindo qualidades outras além da de enganar por mais algumas horas a fome devoradora, enchendo o saco do estômago com um pouco de celulose” (CASTRO, 1984, p. 211). Esgotados os recursos naturais de alimentação, tocados pela fome, os famintos do sertão nordestino, em uma tentativa excruciante de aplacar o flagelo que os açoita, se atiram aos últimos recursos vegetais, comumente impróprios à alimentação, ricos apenas em celulose, mesmo que sejam tóxicos, a exemplo de mucunã e de macambira. Do cardápio extravagante do sertão faminto fazem parte uma série de iguarias bárbaras, tais como: farinha de macambira, de xique-xique, de parreira brava, de macaúba e de mucunã; palmito de carnaúba nova, chamado de guandu; raízes de umbuzeiro, de manjerioba, de mucunã; beijus de catolé, de gravatá e de macambira mansa (CASTRO, 1984).

Quando o sertanejo utiliza tão extravagante cardápio é que o martírio da seca já vai longe e que sua miséria já atingiu os limites de sua resistência orgânica. Trata-se da última etapa de sua permanência na terra desolada, antes de se fazer retirante e descer aos magotes, em busca doutras terras menos castigadas pela inclemência do clima. Ora, esgotadas as suas esperanças e reservas alimentares de toda espécie, iniciam os sertanejos o êxodo, despejados do sertão pelo flagelo implacável. Sem água e sem alimentos, tem início a terrível retirada, encontrando-se pelas estradas poeirentas e pedregosas as intermináveis filas de retirantes, como se fossem uma centopeia humana. Homens, mulheres e crianças, todos esqueléticos, deformados pelas perturbações tróficas, com a pele enegrecida colada às longas ossaturas, desfibrados e fétidos pelo efeito da autofagia. São sombrias caravanas de espectros esqueléticos, esmaecidos, caminhado centenas de léguas em busca das serras e dos brejos, das terras de promessa. “Com os seus alforjes quase vazios, contendo quando muito um punhado de farinha, um pedaço de rapadura; a rede e a filharada miúda grupada às costas, o sertanejo dispara através da vastidão dos tabuleiros e chapadões descampados, disposto a todos os martírios” (CASTRO, 1984, p. 218). Sem recursos de nenhuma espécie, atravessando zonas de penúria absoluta, gastando na farpada trilha o resto de suas energias comburidas, os retirantes acentuam no seu êxodo as consequências terríveis da fome. Vê-los é ver, em todas as suas ferinas manifestações, o drama fisiológico da inanição.

Ao discorrer sobre os tipos raquíticos do sertão nordestino, Josué de Castro (1984) afirma que tal nomenclatura é equivocada, porquanto tais figuras “são tipos enfezados, subnutridos, carenciados de outros muitos elementos nutritivos, e que não se puderam desenvolver normalmente, acossados pelo bombardeio das fomes muito seguidas, naquelas fases em que as secas se amiúdam além de certos limites” (1984, p. 201-202). Os “filhos da seca”, na perspectiva de Castro, que aparecem com um signo da fatalidade em inúmeras famílias sertanejas, são esfomeados e carenciados de toda espécie de nutrientes. É oportuno ilustrar as figuras esqueléticas descritas por Josué de Castro com as obras de Cândido Portinari que retratam crianças maltrapilhas e com ventre inchado, em decorrência da carência de nutrientes, com feição esquelética e com olhar esfomeado, em busca de alimento, a exemplo das figuras 03 e 04. “Muitas destas crianças ficam marcadas a vida toda com suas estaturas mirradas pelo nanismo alimentar, com suas deformações das osteopatias da fome de suas endocrinopatias carenciais, manchando e afeando o conjunto de homens que constitui a raça sertaneja” (CASTRO, 1984, p. 220). Já a figura 05, “Grávida Retirante”, ambas de Cândido Portinari, traz à tona figura feminina desnutrida, carregando criança esquelética e que retrata a típica situação encontrada nos retirantes do sertão retratado iconicamente por Castro.



Figura 03 - Menino (1944) de Cândido Portinari. Fonte: Projeto Portinari.



Figura 04 - Menino com arapuca (1945) de Cândido Portinari. Fonte: Projeto Portinari.



Figura 05 - Grávida Retirante (1945) de Cândido Portinari. Fonte: Projeto Portinari.

Além da parada do crescimento nas crianças, as carências proteicas se manifestam em larga escala pelos edemas de fome e outros distúrbios tróficos. “Os edemas, sejam discretos, sejam generalizados em disformes anasarcas, constituem um dos sinais mais constantes, com maior frequência, referido em todos os relatos sobre as secas do Nordeste” (CASTRO, 1984, p. 220). Nos comboios de retirantes, são encontradas sempre as figuras grotescas de famintos, com as suas pernas de graveto, carregando proeminentes ventres estufados pela hidropisia, dando, ironicamente, a impressão de plenitude e de saciedade. As síndromes diarreicas, abordadas em Geografia da Fome, são

associadas ao edema como expressão de carência, constituindo fenômenos de graves consequências, aniquilando, vez por outra, com a resistência física e moral dos flagelados, dificultando, em extremo, a higiene coletiva dos campos de concentração, nos quais é agrupada, pelos poderes públicos, a grande massa de retirantes. Tal cenário facilita o contágio e desenvolvimento de grandes epidemias de disenteria e de febre tifoide, capazes de dizimar milhares de indivíduos.

3 Euclides da Cunha, Cândido Portinari e Josué de Castro em diálogo: Uma análise sobre o direito humano à alimentação

Analisado, ainda que superficialmente, a figura do sertanejo, apresentado por Euclides da Cunha, e o regime alimentar dos retirantes, por Josué de Castro, faz-se necessário aprofundar, com um pouco mais de dedicação, a questão da fome, sobretudo no que atina à edificação, a partir da crítica de tal temática do reconhecimento e consolidação do direito humano à alimentação adequada. Inexoravelmente, a questão da fome fundamenta-se em conceitos de incidência específicos, desdobrados na *fome aguda* e na *fome crônica*. A primeira equivale à urgência de se alimentar, a um grande apetite, e não é relevante para a discussão proposta no presente. Doutro aspecto, a fome crônica, permanente, a que subsidiará a pesquisa apresentada, ocorre quando a alimentação diária, habitual, não propicia ao indivíduo energia suficiente para a manutenção do seu organismo e para o desempenho de suas atividades cotidianas. Já no que se toca à fome crônica e permanente, cuida reconhecer que essa é capaz de provocar um sofrimento agudo e lancinante no corpo, produzindo letargia e debilitando, gradualmente, as capacidades mentais e motoras. Trata-se da marginalização social, perda da autonomia econômica e, evidentemente, desemprego crônico pela incapacidade de executar um trabalho regular. Inevitavelmente, conduz à morte.

O fortalecimento da discussão acerca da *fome* teve suas bases nas denúncias apresentadas por Josué de Castro, o “sociólogo da fome”, porquanto localiza a temática como flagelo fabricado por homens contra outros homens. “Na realidade, a fome coletiva é um fenômeno social bem mais generalizado. É um fenômeno geograficamente universal, não havendo nenhum continente que escape à sua ação nefasta” (CASTRO, 1984, p. 48). Neste aspecto, há que se reconhecer que, quando Josué de Castro investigou o tema, na década de 1940, o discurso sobre a fome apresentava como principal causa a falta de alimentos, sobretudo nos países que haviam perdido a Segunda Guerra Mundial, conforme Hirai (2011). No território nacional, admitia-se a fome como um problema do meio ambiente, da raça, da indolência da população. Nascimento (2012, p. 51), sobre o tema, explicita que há muito tempo a fome, a desnutrição e o desabastecimento são percebidos como problemas de ordem, sobretudo, política e não apenas econômica ou nutricional. A fome é fruto das escolhas de desenvolvimento às quais está subordinada a sociedade brasileira, tendo como causa as escolhas

políticas, é o resultado das macrodecisões sociais e econômicas que compreendem o destino alimentar milhões de brasileiros. Ao lado disso, muitas das escolhas sociopolíticas são traduzidas em políticas públicas, fomentando o aumento das desigualdades sociais e, por vezes, da pobreza e da desnutrição. Josué de Castro apresenta o atual conceito de fome, não apenas visto como fenômeno puramente médico ou biológico, mas também histórico-social e político. A concepção de fome, ainda na visão de Josué de Castro, passa a ser também um caráter crítico, como resultado direto do processo de desenvolvimento do sistema capitalista.

A fome emoldura um dos retratos mais cruéis da intolerância, sobretudo aquela que perdura nos tempos de abundância e decorre do desperdício, da ganância que grassa nos nichos de riqueza, aquela que mata lentamente, que age em surdina resultante da subalimentação. É uma fome matreira que engana os famintos, os quais pensam que estão se alimentando porque comem, ou melhor, enchem os estômagos, conduzindo, inadvertidamente, a uma morte lenta, perversa, silenciosa, incapaz de incomodar, porquanto passa despercebida, mascarada por outra questão. A fome é traduzida de logo pela magreza aterradora, exibindo todos fáceis chupados, secos, mirrados, com os olhos embutidos dentro de órbitas fundas, as bochechas sumidas e as ossaturas desenhadas em alto-relevo por baixo da pele adelgada e enegrecida (CASTRO, 1984). É essa fome, com a devida licença científica, retratada no quadro “Criança Morta”, da série “Retirantes”, de Cândido Portinari, atingindo, de sobressalto, o filho do retirante, pois, segundo Pompeu Sobrinho (1982, p. 08), quando o sertanejo consegue escapar precariamente da seca, migrando para os centros urbanos mais desenvolvidos, tem sua família reduzida, com a morte de seus filhos, em razão da precariedade das condições de retirada, dentre as quais a fome matreira e silenciosa.



Figura 06 - Criança Morta – Série “Retirantes” (1944) de Cândido Portinari.

Fonte: Projeto Portinari. Disponível em: <<http://www.portinari.org.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

Nascimento (2012, p. 51-52) destaca que o fenômeno não é mais do que a mais trágica expressão do desenvolvimento dos países mais ricos que se sustentam na exploração de países mais pobres, provocando-lhes não apenas a fome quantitativa, aguda ou manifesta, mas também a fome

qualitativa ou oculta. A fome aguda seria aquela menos comum e mais de ser verificada. Faz referência à verdadeira inanição, limitado a áreas de extrema miséria e a contingências excepcionais. Já a outra espécie de fome, denominada de fome crônica, também nomeada de parcial, qualitativa ou latente, materializa um fenômeno mais frequente e mais grave. A falta contínua de determinados elementos nutritivos, nos regimes alimentares habituais dos povos subdesenvolvidos, e até de uma pequena parcela dos desenvolvidos, provoca a morte lenta de vários grupos humanos no planeta, apesar de comerem todos os dias. Castro já explicitou que “é essa fome de grande parte de nossa população que uma pequena maioria dominante não quer ver. A pequena maioria que come bem, até demais, e para quem o uso das imagens alimentares da gíria nacional não tem provavelmente sabor nem sentido” (CASTRO, 1984, p. 308).

A fome crônica é mais perversa que a forma global, determinada pela incapacidade de alimentação diária em fornecer um total calórico correspondente ao gasto energético realizado pelo trabalho do organismo, porquanto atua de maneira sorrateira, sem que a população afetada perceba seu malefício. Ela é caracterizada pela ausência ou presença em quantidades exageradas de certas substâncias alimentares, a exemplo de sais minerais, as vitaminas, as proteínas e as gorduras. A mencionada espécie de fome decorre de uma má alimentação, representando o aspecto qualitativo da questão, sendo que justamente nesse aspecto das fomes parciais, em sua infinita variedade. Nascimento descreve “essa fome [...] é fruto da nossa própria civilização que, através dos tempos, sacrificou pouco a pouco a variedade pela quantidade, restringindo o abastecimento regular das coletividades às substâncias de maior rendimento alimentar e de produção e conservação relativamente mais fáceis” (NASCIMENTO, 2012, p. 52). Acena Conti (2009, p. 15), ainda, que a fome é conceituada como um conjunto de sensações advindo da privação dos nutrientes que incitam a pessoa a procurar os alimentos e que cessam com sua gestão. Tal sensação deriva de quando as pessoas não conseguem obter alimentação diária em quantidade e qualidade suficientes para suprir as necessidades de energia exigidas para a manutenção de seu organismo, considerando, para tanto, as atividades físicas desempenhadas. A fome, em casos extremos, é denominada de miséria e penúria. Castro aponta que “as populações cronicamente famintas [...] constituem centros de agitação social contínua e de explosões desordenadas de revolta improdutivas, de verdadeiras crises de nervos de populações neurastênicas e carentes de vitaminas” (CASTRO, 2003, p. 83). É possível evidenciar que a desnutrição decorre da inadequação alimentar, tanto nos aspectos quantitativos (energéticos) quanto qualitativos (nutrientes). Trata-se de insuficiência de nutrientes para alimentar o corpo humano adequadamente, estando, pois, associada às situações de fome. Castro (1967, p. 51), ao discorrer sobre a desnutrição do povo nordestino, afirma que a primeira manifestação da fome naquela região é a deficiência ou insuficiência calórica, sendo responsável, em grande parte, pela reduzida capacidade produtiva da população e, em razão disso, a sua

limitada capacidade produtiva. Tal fato advém da premissa que a população afetada tende a se cansar ao menor esforço e não sendo capaz de acompanhar o ritmo de trabalho operário de outras regiões, de melhor tipo de alimentação, do sul do país, ou mesmo dos habitantes da zona do sertão.

Ao lado disso, conceito que anda a reboque da temática da fome é a insegurança alimentar (IA), comumente classificada em três patamares, a saber: leve, moderada e grave. A insegurança alimentar descrita como leve é caracterizada pela preocupação da família em obter alimentos para o futuro, ao passo que “a insegurança alimentar moderada se mostra à medida que uma família precisa ir reduzindo a quantidade e a variedade de alimentos para que estes não venham a faltar antes da aquisição ou da recepção de uma nova cesta de alimentos” (CONTI, 2009, p. 15), o que pode ocorrer com a recepção do salário ou de política pública de distribuição de renda. A insegurança alimentar grave, nesta perspectiva, ocorre quando o indivíduo ou sua família passam fome. Todo indivíduo que sobrevive com menos de US\$1,0 (um dólar) por dia é considerado em estado de insegurança alimentar grave. Verifica-se que a fome subsistente no Brasil é, em sua essência, decorrente da falta de disponibilidade de alimentos. Nascimento (2012, p. 53), nesta perspectiva, afirma que o país produz mais do que necessário para atender às carências alimentares de sua população. O problema evidenciado não está assentado no abastecimento, mas sim na má distribuição daquilo que é produzido.

4 Conclusão: Confluências entre as obras de Euclides da Cunha, Cândido Portinari e Josué de Castro

Cuida reconhecer que as obras de Euclides da Cunha, em especial ao descrever a figura do sertão e do sertanejo, e de Josué de Castro, ao retratar a *fome* no Brasil e com enfoque substancial na região nordeste, apresentam clara convergência, encontrando representação singular nas obras de Portinari. Convém rememorar que a ótica euclidiana descreve o sertão personifica o lugar do esquecimento, no qual a brasilidade se forjou salvaguardada da degradação e do estrangeirismo do litoral. A descrição das condições naturais faz uma clara e ofuscante alusão ao mundo social. Na perspectiva euclidiana, o sertanejo recebe especial destaque no que toca à sua capacidade de sobrevivência, sendo que tal adaptabilidade gera duas espécies de sertanejo: o aniquilado e o rebelde. Os primeiros sucumbiam diante da hostilidade das circunstâncias e que passagem a viver em um estado quase vegetativo, ao passo que os segundo labutavam com todas as formas de inospitalidades, superando todas as agruras, diariamente.

Josué de Castro, ao abordar o tema, faz clara referência à fome como um elemento integrante da paisagem, sendo que ela não atua apenas sobre os corpos das vítimas da seca, consumindo sua carne, corroendo seus órgãos e abrindo feridas em sua pele, mas também atua sobre seu espírito, sobre sua estrutura mental, sobre sua conduta moral. Mais que isso, as características alimentação sertaneja, um tanto magra e despida de qualquer excesso de tempero, encontra harmonia, ofuscante, com os traços

naturais da terra também esquelada dos sertões nordestinos. Na área do sertão, a fome se apresenta com características bem peculiares, apresentando-se episodicamente em surtos epidêmicos. As epidemias de fome, no sertão, não estão limitadas aos aspectos discretos e toleráveis das fomes parciais, das carências específicas. São epidemias de fome global, quantitativa e qualitativa, alcançando com incrível violência os limites extremos da desnutrição e da inanição aguda, alcançando indistintamente a todos: ricos e pobres, fazendeiros abastados e trabalhadores do eito. Há que reconhecer que a fome atua como elemento desagregador, incidindo tanto sobre a capacidade física como a mental dos flagelados.

A partir da confluência propiciada por Euclides da Cunha e Josué de Castro, com a ilustração de Cândido Portinari, é possível reconhecer o tratamento da fome, na condição de problemática social e que ganha especial substância nas situações retratadas no sertão nordestino, como bases importantes para o desenvolvimento, dentro do cenário nacional, em um discurso científico-jurídico, da concepção de direito humano à alimentação adequada, em especial quando se considera que esse não consiste simplesmente em um direito a uma ração mínima de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos, mas se trata de um direito inclusivo, porquanto deve conter todos os elementos nutritivos que uma pessoa reclama para viver uma vida saudável e ativa, tal como os meios para ter acesso. Trata-se, portanto, do reconhecimento do acesso à alimentação como direito inerente ao desenvolvimento humano, sem o qual é impossível a plena realização do indivíduo.

Referências

- CASTRO, Josué. **Fome**: um tema proibido. CASTRO, Ana Maria de (org.). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- CASTRO, Josué. **Geografia da Fome**. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.
- CONTI, Irio Luiz. **Segurança Alimentar e Nutricional**: Noções Básicas. Passo Fundo: IFIBE, 2009.
- CUNHA, Euclides. **Os Sertões**. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 2002.
- HIRAI, Wanda Griep. **Segurança Alimentar**: Em tempos de (in) sustentabilidades produzidas. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.
- NASCIMENTO, Renato Carvalheira. **O Papel do CONSEA na construção da Política e do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. 215f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – UFRRJ, Rio de Janeiro, 2012.
- POMPEU SOBRINHO, Thomaz. **A história das secas século XX**. Mossoró: Fundação Guimarães Duque, 1982.
- REZENDE, Maria José de. **A sociologia brasileira e a problematização da desigualdade e da violência**: subsídios para professores e alunos do ensino médio. Disponível em: <<http://www.uel.br/>>. Acesso em 23 mai. 2014.
- REZENDE, Maria José de. Mudança social e conciliação em Euclides da Cunha. **Acta Scientiarum**, v. 24, n. 1, p. 189-199, 2002. Disponível em: <http://periodicos.uem.br>. Acesso em 19 fev. 2016.
- REZENDE, Maria José de. Nacionalidade e identidade brutalizadas: Euclides da Cunha e a mudança social e política no Brasil. **Reflexión Política**, v. 10, n. 19, p. 74-86, jun. 2008. Disponível em: <www.redalyc.org>. Acesso em 19 fev. 2016.
- SOUZA, Natália Peixoto Bravo de; GALVÃO, Gastão. O estigma de uma obra: a trajetória de Euclides da Cunha e suas reapropriações sob o ponto de vista do positivismo e do evolucionismo. **Revista da SBHC**, v. 5, n. 2, p. 173-184, jul.-dez. 2007. Disponível em: <www.sbhc.org.br>. Acesso em 19 fev. 2016.

A vertical decorative border on the right side of the page, featuring a repeating pattern of white icons on a dark background. The icons include a clock, a person running with a briefcase, a magnifying glass, a scale of justice, a car, a briefcase, a person, a padlock, a gavel, and a building, symbolizing various aspects of conflict, law, and time.

Conflitos Socioambientais

A REVITALIZAÇÃO DO MERCADO PÚBLICO DE PELOTAS E SUA RESSIGNIFICAÇÃO SOCIAL

Ana Estela Vaz Xavier¹

RESUMO: O presente projeto tem como objetivo analisar a política urbana que ensejou a revitalização do Mercado Público Central da cidade de Pelotas/RS, bem como visa identificar as consequências desta intervenção urbana. Esta pesquisa procura investigar os aspectos econômicos, sociais, culturais e sócio-espaciais que estão relacionados com o tema, e, especialmente com o ocupante do local, antes e depois da reforma. Como metodologia, realiza-se um estudo qualitativo e quantitativo, onde serão empregadas técnicas de pesquisa científica. Busca-se ainda, compreender de que maneira a revitalização do Mercado repercutiu no público em geral. Antes da revitalização, o prédio do Mercado necessitava de reformas na parte interna e externa. Hoje, pode-se perceber uma mudança em relação à estruturação interna do prédio, além do fato de que os ocupantes deste espaço público não são os mesmos de antes. Atualmente, o Mercado Público é bastante procurado como um ponto turístico, cultural e de entretenimento, além de oferecer um comércio destinado a pessoas aparentemente de condições mais abastadas. Portanto, há interesse no questionamento acerca das transformações ocorridas neste local que faz parte do cenário do centro histórico da cidade, evidenciando a ressignificação social ocorrida.

Palavras-chave: Revitalização; Espaço Público; Espaço Social; Ressignificação Social; Centralidade.

ABSTRACT: This project aims to analyze the urban policy that gave rise to the revitalization of the Central Public Market in the city of Pelotas/RS, identifying the consequences of this urban intervention as well. We seek to investigate the economic, social, cultural and socio-spatial aspects related to the matter and, particularly, to the local business people who explored the place before and after those renovations. A qualitative and quantitative study methodology was adopted and scientific research techniques were employed. Additionally, it is intended to understand how the market revitalization affected the general public. Before the renovations, the building needed improvement both inside and outside. It is currently possible to notice that not only the internal structure of the building has been changed, but also that the people frequenting this public space are no longer the same. Nowadays, the Public Market is very popular as a tourist, cultural and entertainment destination, besides offering business services that apparently fit financially better-off people. Therefore, there is interest in questioning the changes underwent by this place, which is part of the scenery of the historical center of the city, so as to show the social redefinition occurred.

Keywords: Revitalization; Public space; Social space; Social redefinition; Centralization.

¹ Graduada em Comunicação Social pela Universidade Católica de Pelotas – UCPel (1989). Graduada em Direito pela UCPel (2005). Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Direito do Trabalho e Processo Trabalhista, Direito Penal e Processo Penal pela UCPel (2007). Especialista em Direito Ambiental pela Uninter (2015). Atualmente atua como advogada, é Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel e Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Nacional de La Plata – UNLP, Argentina. E-mail: aestelars@gmail.com.

1 Introdução

Compreender o processo de revitalização do Mercado Público – MP, construído em 1848, localizado no centro histórico da cidade de Pelotas, nos levou a pesquisar os fenômenos sociais e culturais nele emergentes, o que implicou observarmos a nova dinâmica que se apresenta no local no que se refere as questões econômicas.

O Mercado Público é um prédio histórico tradicional da cidade de Pelotas/RS, que foi tombado no ano de 1985, ele fez parte do rol dos prédios que foram restaurados, a partir da requalificação da área central de Pelotas, que contou com recursos do Programa Monumenta, do Ministério da Cultura e do Instituto do Patrimônio Histórico Nacional – IPHAN (BRASIL, 2012).

A articulação das intervenções urbanas com vistas a revitalização das áreas centrais das cidades tendem a atrair capital e pessoas de classe médias e altas, tornando-as convidativas do ponto de vista turístico e comercial, por meio da ressignificação social dos espaços urbanos (HARVEY *apud* FRÚGOLI JR., 2000).

Deve-se ressaltar que a intervenção urbana decorre, na maioria das vezes, de decisões políticas, do poder público e setores do capital, favorecendo a especulação imobiliária e do capital financeiro e comercial. De acordo com Peixoto (2009), a recuperação física e ambiental ocorre especialmente nos centros históricos das cidades, pelo fato de que este tecido urbano é formado por habitações antigas, além de que a recuperação contribui para o equilíbrio social, com atividades culturais e turísticas, e portanto, a valorização e conservação de patrimônio localizado no centro é uma tarefa coletiva.

A presente pesquisa observou quais os fenômenos envolvidos no processo de revitalização do Mercado Público Central de Pelotas e seus arredores. A Revitalização do espaço público degradado, pode tanto acarretar benefícios quanto prejuízos na vida da população, dado que muitas vezes pode modificar as atividades econômicas originárias no meio ambiente construído. Por isso o foco da pesquisa é investigar a ressignificação social do uso do Mercado Público, após sua revitalização.

O Mercado Público, entende-se como o espaço público, constituinte do meio ambiente urbano, onde os indivíduos se encontram no dia a dia movidos por alguns interesses comuns e outros diferentes. Consequentemente, esse espaço público possui uma centralidade que atrai pessoas, objetos, signos, estabelecendo entre esses elementos relações de troca seja econômica seja simbólica as quais sustentam processos de interação social.

Tendo por objetivo geral investigar o impacto da revitalização do uso do MP para os antigos e novos ocupantes, a pesquisa observou a ressignificação das práticas construídas pelos comerciantes antigos e atuais, pelos expositores e frequentadores do MP. Propõe-se, identificar os agentes promotores e responsáveis pela produção e execução do projeto de revitalização, analisando a proposta inicial, juntamente com seus objetivos e sua repercussão, além de averiguar até que ponto os antigos

permissionários tinham conhecimento do projeto de revitalização e em que condições eles participaram ou atuaram na tomada de decisões relativamente à reforma.

É notório o fato de que houve um processo de higienização nos arredores do Mercado Público, excluindo do local as chamadas classes perigosas (frequentadores de bares, de baixa renda, que consumiam bebidas como a “cachaça”, as prostitutas, os moradores de rua, mendigos e outros). Essa higienização é correlata ao enobrecimento da área central da cidade, o que demonstra indícios de gentrificação (enobrecimento) no local.

Outro objetivo específico é estudar o perfil sociodemográfico do frequentador do Mercado Público, para discutir e refletir se houve ou não mudança, em decorrência da revitalização. E, por fim, pretende-se analisar os documentos pertinentes à revitalização/requalificação do Mercado.

Ao estudar as mudanças estruturais do local, será possível compreender no que resultou, após a reforma, procurando saber se houve uma descaracterização do Mercado, que se comparado a outros mercados públicos, perdeu sua singularidade de um local para vendas de produtos populares e tradicionais. Pois, podemos presenciar e vivenciar práticas comerciais típicas em outros Mercados Públicos, que mesmo após passarem por reformas e outras intervenções mantiveram as características essenciais da forma de comércio.

Neste sentido, menciona Arantes (2009), que na re-qualificação de centros históricos tem prevalecido critérios de intervenção que reforçam a dimensão estética monumental e os sentidos alegóricos dos bens patrimoniais, em desvantagem do uso que faziam os antigos ocupantes, o que parece ter ocorrido no Mercado Público de Pelotas.

Conforme o Relatório do Projeto Monumenta (PELOTAS, 2002), a requalificação da área central de Pelotas, se deu por meio das intervenções de restauro e reforma dos prédios pertencentes ao centro histórico da cidade, abrangendo o Mercado Central e a criação do Largo Edmar Fetter, que são objetos deste estudo e que despertaram maior interesse por ter manifestamente se salientado no que se refere a sua ressignificação social.

Antes da reforma, o Mercado Público possuía corredores com aparência menos alargada, com bancas/lojas maiores, com áreas de tamanhos diversos, além do que não haviam regras estabelecidas para a disposição dos produtos nas prateleiras e no exterior das lojas, tanto é que tratava-se de prática comum os comerciantes exporem suas mercadorias pelos corredores na frente e nas laterais das lojas, porém, o Mercado estava abandonado quanto a limpeza, iluminação e “organização” (se é que devemos pensar em Mercados organizados, sem o toque local e cultural dos ocupantes).

Após a revitalização, no Mercado, podemos identificar as alterações físicas relativas ao seu interior, que recebeu uma aparência mais arejada e renovada, houve um alargamento nos corredores e diminuição da área útil das bancas que foram adequadas pelo projeto de reforma ao novo modelo

proposto, porém, as regras impostas aos permissionários são mais limitadoras e rígidas e também pode-se perceber que os ocupantes do local não são mais os mesmos na sua totalidade.

Além das mudanças físicas e arquitetônicas, que presenciamos principalmente na parte interna do Mercado Público, podemos perceber que outros fenômenos ocorreram no local, portanto, com a presente pesquisa buscamos identificar e compreender quais foram.

Hoje, encontram-se na parte interna do Mercado apenas quatro dos antigos ocupantes, e, na parte externa do prédio, foi possível identificar outros poucos antigos comerciantes, dos quais dois estão nas barbearias, localizadas ao sul do Mercado, dois nos bares mais populares, a casa de peixes e aquários e em duas peixarias que permaneceram em funcionamento durante o período de reforma do prédio, portanto, no Mercado somente 11 bancas são ocupadas por permissionários que conseguiram retornar ao local com seus comércios e serviços.

Os demais ocupantes do Mercado Público são novos, ou seja, instalaram suas atividades comerciais e de prestação de serviços depois da revitalização ocorrida. No entanto, o que percebe-se é que, passados quase quatro anos da entrega das obras, o Mercado possui um grande número de lojas desocupadas, que encontram-se fechadas, presume-se que isso ocorra em virtude do alto preço do aluguel cobrado aos permissionários e em decorrência da redução da área útil das lojas/bancas. Sabe-se que aumentaram o número de bancas após a reforma do Mercado, antes contava-se com 85 entre lojas, quartos e peixarias e atualmente totalizam 95 espaços destinados ao comércio, à gastronomia, ao espaço cultural e informação turística e peixarias. Portanto, será de suma importância, a abordagem acerca dos ocupantes das bancas e lojas do Mercado antes e depois da sua revitalização.

O Mercado não voltou a ser como era antes, ele tornou-se um espaço de sociabilidade destinado sobretudo a atividades culturais, de entretenimento e de lazer, além do comércio. No seu exterior, diferentemente do que ocorria antes da revitalização, o Mercado passou a ser frequentado também à noite, especialmente nos bares e restaurantes, instalados principalmente na frente norte do Mercado, voltados para o Largo.

A partir de então, busca-se investigar se as mudanças ocorridas no Mercado e no seu entorno acarretaram alguma espécie de exclusão social ou segregação a partir da higienização que acompanhou a Revitalização. Pretende-se averiguar se ocorreram outros processos sociais como a “gentrificação” do local, que levou a migração dos antigos ocupantes do Mercado a outros locais, bem como a perda da identidade e do sentimento de pertencimento por parte dos ocupantes que ali permaneceram ou ainda dos que dali saíram, além de outros fatores sócio econômicos que provavelmente fazem parte deste contexto.

O problema desta pesquisa está em averiguar se há idiosincrasia entre os antigos e novos permissionários do MP em relação à ressignificação social do espaço, após a revitalização, além de

buscar compreender se os fenômenos envolvidos na revitalização do MP acarretaram a exclusão ou segregação espacial de um público frequentador com menor poder aquisitivo e menor capital social. Outro problema de pesquisa que se evidenciou foi buscar saber se após a revitalização houve a requalificação da centralidade de atividades comerciais e culturais no espaço público e por fim, pretende-se pesquisar se ocorreu de fato a resignificação do espaço público de Mercado para os sujeitos sociais.

No Mercado Público Central, como mencionado anteriormente, o comércio tinha uma aparência informal, despojada, os comerciantes podiam expor seus produtos sem regras, de modo desordenado e até mesmo nos corredores, os produtos comercializados eram de outras espécies, havia a casa de carnes, de sementes, as fruteiras, os calçados que eram destinados a todos os públicos, especialmente aos consumidores “de menor poder aquisitivo”.

Santos (*apud* BALSAN; UEDA, 1998, pp. 78-9) diz: “*é, de fato, o mercado que autoriza a presença simultânea na cidade (...) de tantas formas de realização econômica diferentes e até contrastantes*”. É nessa direção, que surgem os questionamentos acerca da resignificação do Mercado Público de Pelotas após sua revitalização.

No que tange as ruas que contornam o prédio do Mercado também pode-se perceber mudanças, já que sua revitalização incluiu a higienização do local. No entanto, esta pesquisa é ensejada pelo fato de que se acredita que o Mercado Público não manteve seu uso de origem, destinado a concentração de comércio popular, como tradicionalmente ocorre. Tudo isso leva a crer que restou lesionada sobretudo a memória e a identidade de seus antigos comerciantes, ocupantes e frequentadores do Mercado.

Com a revitalização do Mercado Público Central que reabriu suas portas em 2012, os fenômenos sociais que estão envolvidos passaram a chamar a atenção de muitos e, paradoxalmente, pode-se considerar que alguns destes fenômenos passam despercebidos, embora se façam presentes.

2 Referencial teórico

O referencial teórico a ser utilizado como suporte a este estudo sociológico será devidamente referenciado neste tópico a fim de facilitar a compreensão do se pretende estudar. Neste sentido, os conceitos basilares, também serão evidenciados um a um para que o leitor possa orientar sua leitura para o entendimento do tema proposto.

De acordo com Lefèbvre (2008, p. 90), “o urbano se define como lugar onde as diferenças são conhecidas, reconhecidas e postas à prova”. Neste sentido, o urbano é uma totalidade heterogênea e centralizada, marcada pelas particularidades, pelas diferenças que são o móvel da sociedade, pois a cidade acolhe o que é diferente, assim, pode-se afirmar que o urbano trata de centralizar tudo. As diferentes práticas agrupadas se confrontam, mas também se integram através das ações dos indivíduos. No urbano ocorre a reunião das diferenças das relações sociais, nele estão as

simultaneidades e conseqüentemente, os conflitos. A cidade centraliza as criações, que carecem de trocas, aproximação e relações. Segundo Lefèbvre (2008, p. 111), “a cidade cria a situação urbana, onde as coisas *diferentes* advêm umas das outras e não existem separadamente, mas segundo as diferenças”.

Para esta pesquisa importa conceituar o urbano, pois o objeto de estudo está inserido no meio urbano da cidade de Pelotas e como bem menciona Lefèbvre (2008), o urbano é cumulativo de todos os conteúdos, ele possui signos que permitem a reunião das coisas, que propiciam espaços de intensa interação social.

Sendo assim, entende-se que após a revitalização do Mercado Público, ocorreu a ressignificação deste espaço social, bem como pode ter ocorrido o retorno da centralidade de atividades culturais e de entretenimento, pois, o urbano visto como forma, possui tendência à centralidade, pelos distintos modos de produção e de relações de produção. Além do mais, o Mercado Público de Pelotas, ao contrário de outros Mercados, que normalmente se encontram localizados em zonas portuárias, faz parte do centro histórico da cidade, está localizado bem na área central, administrativa e cultural. Após a revitalização o que percebe-se é que o Mercado e o Largo vêm sendo mais frequentados como forma de lazer e entretenimento, o espaço é cada vez mais utilizado como meio de sociabilidade entre os frequentadores que procuram atividades culturais, o que antes da reforma não acontecia há muitos anos, pois estava abandonado e perigoso.

Em relação à centralidade e seu resgate, processo pelo qual muitas cidades vêm passando, é tema que Frúgoli Jr. (2006) busca estudar e compreender, em especial na grande São Paulo, analisando espaços decorrentes da expansão urbana, com os projetos que visavam a revitalização de áreas que estavam deterioradas do ponto de vista urbano-ambiental, pois eram espaços que contavam com a presença de mendigos, ambulantes, assaltantes dentre outros grupos de pessoas consideradas perigosas e indesejáveis para a população de classe mais abastada. Frúgoli Jr. (2006), se opõe ao que chamamos de higienização do espaço público que passa pela revitalização/requalificação, onde ocorre a expulsão de camelôs, pois o comércio informal não é aceito, além de outras expulsões de pessoas consideradas de risco para segurança pública. Sendo assim, Heitor Frúgoli Jr. se coloca contra a segregação social ou apartação sócio-espacial, posição que encontramos especialmente em sua obra *Centralidade em São Paulo* (FRÚGOLI JR., 2006).

Da mesma maneira que o autor consegue identificar casos de apartação sócio-espacial e a higienização do espaço público nas áreas que foram revitalizadas na cidade de São Paulo – SP, busca-se nesta pesquisa observar se ocorreram ou não casos semelhantes na cidade de Pelotas - RS, com a requalificação do Mercado Público Central e de seu entorno.

Em concordância com o pensamento de Park (1973), a cidade é muito mais do que é representado por seus componentes e instituições e setores administrativos. Para este autor, “a cidade é um estado de espírito, um corpo de costumes e tradições e dos sentimentos e atitudes organizados, inerentes a esses costumes e transmitidos por esta tradição... é um produto da natureza humana” (PARK, 1973, p. 26).

Baseado no conceito de cidade acima descrito por Park, é que vê-se a necessidade de sua utilização nesta pesquisa sociológica, posto que, pretende-se estudar a ressignificação social do espaço social, no que toca os costumes, as tradições, os sentimentos, as práticas sociais, que voltaram a acontecer no centro da cidade após a revitalização do Mercado Público. Do ponto de vista do autor Park (1973), com o qual ora compactua-se, a cidade possui uma vida propriamente sua, fazendo com que exista um limite para as modificações arbitrárias possíveis de se fazer em relação a sua estrutura e em relação a sua ordem moral.

Para Louis Wirth, as cidades exercem influências sobre a vida social do homem, pois elas são a moradia e local de trabalho do homem moderno, assim como é o centro iniciador e controlador da vida econômica, política e cultural que atraiu as localidades mais remotas do mundo para dentro de sua órbita interligando diversas áreas, diversos povos e diversas atividades num único universo. De acordo com este autor, a definição de cidade para fins sociológicos é: “cidade é um núcleo relativamente grande denso e permanente, de indivíduos socialmente heterogêneos” (WIRTH, 1973, p. 96). Para ele o problema central do sociólogo da cidade é descobrir as formas de ação e organização social que emergem em grupamentos compactos, relativamente permanentes, de grande número de indivíduos heterogêneos. O direito à cidade passa pelo sentimento de pertencimento do cidadão, pelo acolhimento e pela convivência entre os diferentes, onde há a percepção de que a sociedade serve a todos os cidadãos, sem distinção, não permitindo qualquer tipo de exclusão social.

A cidade deve estar voltada para o compartilhamento do espaço público, considerando a igualdade para a aproximação e convívio entre as pessoas, com um maior grau de alteridade, onde o respeito à diversidade atua na saúde física e psíquica do homem da cidade, na sua coexistência no espaço público. No entanto, o que entende-se ter ocorrido no Mercado Central, foi justamente o contrário, pois suspeita-se de prática segregatória em relação a certos grupos de pessoas.

O espaço urbano, ocupado pelo homem cidadão, que vai ao longo da vida estabelecendo relações de proximidade e de distanciamento de outros cidadãos, em vários contextos, integra o que busca-se compreender neste trabalho, que tem por objetivo verificar o que ocorreu no espaço do Mercado Público de Pelotas no tocante aos seus atores e grupos sociais, bem como o modo de interação e sociabilidade, que levou a ressignificação social e resgate da centralidade da cidade após a sua revitalização.

De acordo com Serpa (2011, p. 9), “o espaço público é aqui compreendido, sobretudo, como o espaço da ação política ou, ao menos, da possibilidade da ação política na contemporaneidade”. Serpa, a partir de uma perspectiva crítica, afirma que mesmo sendo considerado público poucos se beneficiam desse espaço teoricamente comum a todos. O espaço público pode ser visto como espaço simbólico, que relaciona sujeitos diversos e percepções na produção e reprodução desses espaços através da intersubjetividade.

Cabe aqui analisar o que tem sido considerado espaço público na atualidade, pois interessa a esta pesquisa compreender as muitas formas de interação social, modos de consumo, capital social e cultural, dentre outros elementos que se apresentam como determinantes das identidades sociais no espaço público das cidades, neste caso, o espaço público do Mercado Central, com vistas a sua ressignificação.

Nas cidades brasileiras podemos verificar uma fragmentação do tecido sociopolítico espacial e a formação de encaves territoriais no tecido urbano, sofisticando as formas de auto-segregação dos habitantes (SERPA, 2011). A esfera pública além de nos reunir na companhia um dos outros também evita que colidamos uns com os outros, no entanto, a dificuldade que a sociedade encontra no convívio em massa é a de juntar os indivíduos, relacionando-os e separando-os dialeticamente.

Os habitantes dos espaços urbanos possuem sistemas de significações a partir do percebido e do vivido, pelo fato do seu habitar desejado, destacados na teoria de Henri Lefèbvre. Entretanto, identificamos um grande vilão, que é o Estado, como participante das parcerias entre o público e o privado, que põe em ação estratégias urbanas, que parecerem produzir objetos e imagens, que na verdade nada mais são do que testemunhos da desintegração da cidade contemporânea.

De acordo com Bourdieu (1996), autor eleito para conceituar espaço social nesta pesquisa sociológica, a ideia de diferenciação, de separação, faz parte do funcionamento da noção de *espaço*, conjunto de posições distintas e coexistentes exteriores e definidas umas em relação às outras pela exterioridade mútua e por relações de proximidade ou de distanciamento assim como por relações de ordem (acima, abaixo e entre). Portanto, para Bourdieu (1996), quanto maior a proximidade de suas dimensões, os agentes sociais, possuem mais pontos comuns, pois as distâncias espaciais, para ele, equivalem as distâncias sociais. Interessa para esta pesquisa compreender esta conceituação, pois os agentes no espaço social estão distribuídos na primeira dimensão de acordo com o volume global de capital (econômico e cultural), na segunda dimensão de acordo com o a estrutura desse capital (peso relativo do volume do capital econômico e cultural) e ainda na terceira dimensão conforme a evolução do volume e da estrutura de seu capital no decorrer do tempo.

Para Bourdieu (1983), o mundo social é representação e vontade, existir socialmente é também ser percebido como distinto. No espaço urbano há um sistema de relações onde a alteridade está

evidenciada delimitando-o de forma que as lutas de identidades moldam as divisões do mundo social, criando ou desfazendo os grupos. O espaço social de acordo com Bourdieu (1996), pode ser comparado ao espaço geográfico que conforme a proximidade dos grupos ou das instituições produzem as interações que proporcionam experiências mais imediatas, que podem ser tocadas.

No entanto, o autor diz que a interação nunca está inteira na interação que se apresenta na observação, segundo ele,

o espaço social está construído de tal modo que os agentes que ocupam posições semelhantes ou vizinhas estão colocados em condições semelhantes e submetidos a condicionamentos semelhantes, e têm toda a possibilidade de possuírem disposições e interesses semelhantes, logo, de produzirem práticas também semelhantes (BOURDIEU, 1996, p. 155).

E, é neste momento, que se pretende compreender as prováveis questões sobre os interesses comuns e conflituosos, que acredita-se que estão presentes no Mercado Público como espaço social, pois baseando-se na teoria de Pierre Bourdieu, a proximidade no espaço social significa o intercâmbio de práticas e preferências igualitárias e por outro lado o afastamento implica em práticas e preferências distintas.

Bourdieu (1996) apresenta o *espaço social* como sendo o local onde se organizam e se relacionam as diferenciações dispostas topologicamente de acordo com as *posições sociais*, porém, este conceito só pode ser tomado se for levado em consideração o universo relacional, ou seja, as *disposições* ou *habitus*, que são atribuídos a este ou àquele grupo determinado em um dado recorte espacial e temporal bem como em uma dada situação de *oferta* de bens. Bourdieu (1996, p. 27) diz que “o espaço social é a realidade primeira e última já que comanda até as representações que os agentes sociais podem ter”.

Os usuários do espaço, segundo Serpa (2011), contribuem para a amplificação da esfera privada no espaço público, fazendo emergir uma sorte de estranhamento mútuo de territórios privados, expostos, no entanto, a uma visibilidade completa. No mundo contemporâneo, o Estado funciona como uma administração caseira, formando um lar coletivo, que ganha significado e sentido através das coletividades políticas, sendo assim, o domínio público se afasta de uma conotação política e vai assumindo um significado cada vez mais “social”, interditando a possibilidade da ação, como defendido por Serpa.

Como bem menciona Serpa (2011, p. 39):

Em um mundo onde a cultura transformou-se em lazer e diversão, existe uma distância mais social que física, separando os novos equipamentos públicos daqueles com baixo capital escolar, o que mostra que segregação espacial e segregação social nem sempre servem para designar a mesma coisa.

Neste sentido, conforme o pensamento de Serpa, pretende-se analisar supostos casos de segregação social e/ou espacial que possam ter ocorrido no espaço social do Mercado Público de Pelotas após sua revitalização.

A *sociabilidade* é um conceito básico que deve ser analisado, pois nele está a possibilidade de investigar a sociedade face às interações recíprocas dos seus indivíduos, segundo Simmel (2006). A alteridade encontrada nos espaços públicos está interligada às questões de formação de identidades sociais, cuja construção ocorrerá a partir da interação, das transações, das relações ou contatos entre grupos distintos.

Para Simmel (*apud* FRÚGOLI JR., 2007, p. 9), a sociedade nasce nos processos de interação microssociológicos, sendo necessário que “os indivíduos em interação ‘uns com, para e contra os outros’ formem, de alguma maneira, uma ‘unidade’, uma ‘sociedade’ e estejam conscientes disso”. Neste sentido, para Simmel o conceito de *sociabilidade* permitirá melhor compreender o modo como se organiza a sociedade através de uma associação básica, por tratar-se de tipo ideal entendido como “social puro”, desprovido de interesses, de propósitos ou objetivos, que não seja a própria interação, vivida como espécie de jogo com suas regras implícitas, sendo uma delas a de que todos fossem iguais.

Georg Simmel, como menciona Frúgoli Jr., diz que a sociedade é flexível e não rígida, sendo o conflito uma forma de socialização. Para ele, não há uma sociedade “como tal”, mas um movimento constante que separa ou aproxima constelações constituídas (SIMMEL *apud* FRÚGOLI JR., 2007).

Segundo Remy (2012), de acordo com o pensamento de Simmel, a sociedade é composta de grupos desarmoniosos, que estão em constante conflito, que tem por objetivo as funções muito mais que as disfunções, possibilitando a adaptação do indivíduo e o ajuste das relações sociais, através do consenso. E, partindo deste pressuposto, busca-se verificar se há conflito entre antigos e novos ocupantes do espaço do Mercado Público Central.

Neste ponto, faz-se uma breve passagem conceitual pelo termo gentrificação, a fim de entender se este processo ocorreu ou se pode ter ocorrido no Mercado Público após sua revitalização.

O termo *gentrification* surgiu com os estudos da socióloga britânica Ruth Glass pela primeira vez, mas posteriormente foi sendo cada vez mais utilizado em muitos estudos com acepções diversas. De acordo com Rubino (2009), Glass, ao falar em gentrificação, se referia às casinhas modestas e geminadas das classes trabalhadoras de Londres, que foram invadidas pela classe média. Posteriormente, o termo gentrificação, segundo Rubino (2009) foi tomando outras nuances, com vertentes de pensamentos distintos em relação ao processo, pois de um lado haviam autores que salientavam a ênfase de imóveis em áreas abandonadas vinculados ao papel das finanças públicas e privadas, e por outro lado, na ênfase das novas classes médias urbana, com toda a sua prática de consumo e suas demandas.

Neil Smith entende a gentrificação como sendo o “retorno do capital e dos segmentos sociais de maior poder aquisitivo ao centro” (SMITH *apud* PEREIRA, 2014, p. 310). Para ele este processo resulta numa paulatina substituição de seus antigos moradores e frequentadores, que dificilmente conseguem resistir a pressão decorrente das mudanças provocadas pelo enobrecimento. Para Smith, o processo de gentrificação está muito mais vinculado às forças econômicas do que às culturais.

De acordo com Harvey (1992), pode ocorrer o fenômeno da *gentrification*, ou “enobrecimento”, quando as áreas centrais da cidade são revitalizadas e passam a ser habitadas por grupos sociais de maior poder aquisitivo, com tendência à criação de novos enclaves residenciais e à expulsão dos moradores originais, de baixa renda ou de origem étnica distinta daquela dos novos moradores.

No entanto, Gutiérrez (2014) afirma que a gentrificação trata-se de um processo que não é homogêneo entre as cidades nem dentro delas próprias, onde convergem interesses tanto público como privados, que surgem ao redor deste e que em geral resulta excludente, diferenciador e focado no consumo. Ao compreender o que propõe Gutiérrez relativamente ao termo “*gentrificaci3n*”, encontra-se base para levantar a hipótese de ter ocorrido tal processo no espaço do Mercado Público Central de Pelotas, pois suspeita-se que há existência de práticas excludentes e pode-se perceber mudanças nas práticas de consumo do local.

Segundo Zukin (2014, p. 10):

A gentrificação é uma ótima estratégia para preservar o tecido físico da cidade: casas bonitas, ruas bonitas, usos variados, cafés, pequenas lojas. Mas os gentrificadores têm altos rendimentos se comparados com a maioria dos habitantes da cidade, então, eles alteram a economia local. Eles apoiam mercados de consumo cultural – cafés com chiques em vez do café comum do dia a dia, restaurantes *gourmet* – mas não apoiam as pequenas lojas e as feiras livres das quais os residentes de menor renda dependem.

Pretende-se fazer um breve apanhado conceitual dos termos revitalização e requalificação, já que este último é o termo utilizado no Projeto Monumenta e pelo IPHAN constante nas propostas destinadas à reforma e à restauração dos prédios históricos da cidade de Pelotas.

Para Peixoto (2009), a requalificação urbana corresponde a uma prática de planificação ou de proteção urbanística de equipamentos e de infra-estruturas expostos à degradação e à obsolescência funcional. Peixoto (2009) menciona que na Carta de Lisboa, requalificação refere-se a operações dirigidas a espaços não residenciais, sendo que as mesmas apostam em fomentar nesses espaços novas atividades mais adaptadas aos contextos urbanos contemporâneos. De acordo com Peixoto (2009, p. 46):

a requalificação urbana dirige-se mais ao seu entorno e ao espaço público, ou, nas operações urbanas de larga escala, à reconvenção funcional de um dado espaço. O objetivo último da requalificação passa por (re) introduzir “qualidades urbanas de acessibilidade ou centralidade a uma determinada área”.

Neste sentido, Peixoto (2009) diz que o termo revitalização aparece associado à ideia de requalificação urbana, podendo ser considerado sinônimo para uma realidade que busca conjugar a reabilitação física, arquitetônica e urbana dos centros históricos visando revalorizar as atividades econômicas e culturais que aí se desenvolvem. Desta forma, verificar-se a proximidade dos termos revitalização (que ora adota-se) e requalificação (termo adotado pelo Iphan e Projeto Monumenta), ambos utilizados neste trabalho de pesquisa sociológica que pretende compreender a ressignificação social do Mercado Público após a sua revitalização.

Deve-se atentar para a diferença conceitual das terminologias utilizadas nas intervenções urbanas. De acordo com a Carta de Lisboa (de 1995), o conceito de *reabilitação* se apresenta como sendo uma estratégia de gestão urbana, que induz a compreensão de seu significado como sinônimo de *requalificação* e que em seguida aproxima esse conceito da definição de *revitalização* (VARGAS; CASTILHO, 2006). Ambos os conceitos carregam a necessidade de dar nova vida às áreas decadentes da cidade.

No entanto, há que se considerar que, de acordo com as autoras, Vargas e Castilho (2006), existe uma diferença entre a reabilitação, que exige que sejam mantidas a identidade e as características do lugar e a requalificação que pode ser adotada em zona com ou sem identidade. Na interpretação das mesmas, o termo revitalização se aproxima muito do termo de requalificação e ambos os termos implicam em dar nova vida, nova atividade econômica às áreas decadentes das cidades.

Nas operações dirigidas às áreas urbanas antigas, “a revitalização de um centro histórico exige a manutenção da população (...), a atração da população que o abandonou, assim como de novos usuários” (CASARES *apud* PEIXOTO, 2009, p. 46). E, Peixoto (2009) menciona Peña, quando ele diz que o objetivo da revitalização é conservar e reabilitar o patrimônio do centro histórico, devolvendo a sua importância funcional mediante a revitalização das atividades comerciais e dos serviços tradicionais, além de outros, que tornem o local atraente para aqueles visitantes interessados pela história e pela cultura locais. Neste sentido, observa-se que o que está ocorrendo no espaço público do Mercado Central, por hora, se distancia do que se espera da revitalização.

Porém, há que levar em consideração o fato de que a “reposição da totalidade” implicaria num falso histórico, “afinal toda a cidade é histórica, pois ela é a materialização do processo histórico; é impossível não deixar de atribuir juízo de valor ao escolher as áreas para intervenções” (VARGAS; CASTILHOS, 2006, p. 62). Sendo assim, como mencionam Vargas e Castilho (2006), no caso da renovação urbana que abre espaço para a reabilitação (revitalização, regeneração), as práticas urbanísticas reconhecem o valor da história na cidade e do homem enquanto ser cultural.

Ao enfatizar as questões nas quais se apoiam os projetos de revitalização, com suas motivações e necessidades, assim como suas consequências para a população, sejam elas negativas ou positivas,

dispõe-se de uma série de argumentos para embasar este trabalho de pesquisa no que concerne aos assuntos de interesse público e privado. Neste sentido, Harvey (1992) considera a promoção da revitalização de áreas centrais das metrópoles, como sendo um modo de atrair capital e pessoas, ressignificando os espaços urbanos, tornando-os mais convidativos do ponto de vista comercial e turístico.

Na proposta de reciclagem do Mercado Público de Pelotas, Villela (1995), menciona alguns conceitos de revitalização editados pela revista Projeto nº 160 e utiliza o seguinte conceito:

revitalização é incentivar a atribuição de novos usos e funções, tornando as edificações compatíveis com as necessidades de uma sociedade contemporânea e apresentando-as como alternativa para a crescente demanda de novas construções e equipamentos urbanos (VILLELA, 1995, p. 8).

A princípio, acredita-se ser este o conceito que mais se aproxima do processo de requalificação/revitalização do Mercado Público de Pelotas, utilizado na prática pelos agentes operadores e promotores da reforma.

3 Formulação de hipóteses

As hipóteses levantadas na presente pesquisa são: 1. A revitalização do Mercado Público Central de Pelotas contribuiu para o requalificação da centralidade de atividades comerciais e culturais no espaço público; 2. A revitalização repercutiu na atração de um público com poder aquisitivo e escolaridade maiores e a evasão de um público com menor poder aquisitivo conseqüentemente com menor capital social; 3. A revitalização do Mercado Público resultou na ressignificação do uso deste espaço público pelos atores sociais, ou seja, pelos antigos e atuais permissionários, pelos expositores culturais e artistas e ainda, pelos frequentadores; 4. Há idiosincrasia entre os permissionários atualmente estabelecidos no Mercado Público Central e os antigos permissionários que dali migraram para outros prédios/locais comerciais, no tocante à ressignificação do Mercado em decorrência da revitalização.

Este trabalho procura, então, observar e identificar as mudanças ocorridas no Mercado Central de Pelotas após sua revitalização, visando a compreensão dos fenômenos sociais que ocorreram e estão ocorrendo de fato no local, que vêm ressignificando seu uso.

Foi realizada pesquisa exploratória no local e a análise de alguns documentos que viabilizou a identificação de questões de ordem burocráticas que, possivelmente, impediram o retorno de alguns dos antigos ocupantes/permissionários ao Mercado, dentre outros fatores sociais que ensejam este trabalho.

4 Materiais e métodos

Será realizado um estudo qualitativo e quantitativo, cujas técnicas aplicadas serão: a) o questionário escrito, com perguntas abertas e fechadas, aplicado diretamente aos atuais permissionários do Mercado, com ou sem identificação do participante; b) o questionário escrito com perguntas abertas e fechadas, aplicado aos ocupantes/frequentedores do MP, para identificar o perfil sócio econômico dos mesmos, sem identificação do participantes; c) A entrevista aos antigos e novos permissionários do Mercado Público de Pelotas, dando liberdade ao entrevistado para identificar-se ou não; d) A revisão bibliográfica – que são as teorias e os conceitos que darão suporte a presente pesquisa sociológica; e) A técnica da observação; f) A análise de documentos relevantes para a pesquisa; g) A fotografia.

5 Conclusão

O presente pesquisa em andamento busca compreender a ressignificação do espaço social do Mercado Público Central da cidade de Pelotas após ter passado pelo processo de requalificação/revitalização, pois dentre os prédios da parte histórica da cidade este foi o que se salientou no que se refere ao uso e meio de sociabilidade.

Assim, de acordo com pesquisa exploratória realizada através de observações não participantes e da fala de alguns dos sujeitos sociais, constata-se que ocorreu de fato mudanças neste espaço público, produzindo relevantes consequências que devem ser identificadas a fim de compreender no que resultou tal ressignificação. Percebeu-se que há idiosincrasia entre antigos e novos ocupantes deste espaço tradicional de Pelotas/RS.

Referências

- ARANTES, Antonio. Patrimônio cultural e cidade. In: FORTUNA, Carlos e LEITE, Rogério Proença (Orgs.). **Plural de Cidade: léxicos e culturas urbanas**. Coimbra: Almedina, 2009.
- BALSAN, Rosane e UEDA, Vanda. O comércio informal de Pelotas: características e contradições no centro histórico da cidade. **Boletim Gaúcho de Geografia**, vol. 23, no. 1, mar., p. 71-80, 1998. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/bgg/article/view/38382/25685>. Acesso em 25/05/2016.
- BOURDIEU, Pierre. Gosto de classe e Estilo de Vida. In: ORTIZ, Renato (Org.). **Pierre Bourdieu**. São Paulo: Ática, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas: sobre a teoria da ação**. Campinas: Papyrus, 1996.
- BRASIL. Programa Monumenta reinaugura o Mercado Público de Pelotas – RS. **IPHAN** – Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico, Brasília, 19 dez. 2012. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/741/programa-monumentareinaugura-o-mercado-publico-de-pelotas-%E2%80%93-rs>. Acesso em 25/05/2016.
- FRÚGOLI JR., Heitor. **Centralidade em São Paulo: trajetórias, conflitos e negociações na metrópole**. São Paulo: EDUSP, 2000.
- FRÚGOLI JR., Heitor. **Centralidade em São Paulo: trajetórias, conflitos e negociações na metrópole**. São Paulo: EDUSP, 2006.

- FRÚGOLI JR., Heitor. **Sociabilidade Urbana**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- GUTIÉRREZ, Rafael Adrés Barrera. La polisemia y la lingüística de gentrificación. **Cadernos Metrópole**, vol. 16, no. 32, nov., p. 295-628, 2014.
- HARVEY, David. **Condição Pós Moderna**: Uma Pesquisa sobre as Origens da Mudança Cultural. São Paulo: Loyola, 1992.
- LEFÈBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- PARK, Robert Erza. A cidade: Sugestões para investigação do comportamento humano no meio urbano. In: VELHO, Otávio Guilherme (Org.). **O Fenômeno Urbano**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.
- PEIXOTO, Paulo. Requalificação urbana. In: FORTUNA, Carlos e LEITE, Rogério Proença (Orgs.). **Plural de Cidade**: léxicos e culturas urbanas. Coimbra: Almedina, 2009.
- PELOTAS. **Relatório de Cumprimento do Objeto**: Convênio nº. 392/2002. Programa Monumenta. Prefeitura Municipal de Pelotas, Pelotas, 2002.
- PEREIRA, Alvaro Luis dos Santos. A gentrificação e a hipótese do diferencial de renda: limites explicativos e diálogos possíveis. **Cadernos Metrópole**, vol. 16, no. 32, nov., p. 295-628, 2014.
- REMY, Jean. Gran ciudad y pequeña ciudad: tensiones entre sociabilidad y estética em Simmel, La metodología implícita: forma y autoorganización social. In: MÁRQUEZ, Francisca (Ed.). **Ciudades de Gerog Simmel**: lecturas contemporáneas. Santiago del Chile: Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2012.
- RUBINO, Silvana. Enobrecimento Urbano. In: FORTUNA, Carlos e LEITE, Rogério Proença (Orgs.). **Plural de Cidade**: léxicos e culturas urbanas. Coimbra: Almedina, 2009.
- SERPA, Angelo. **O espaço público na cidade contemporânea**. 1 ed. 2 reimp. São Paulo: Contexto, 2011.
- SIMMEL, Georg. **Questões fundamentais da Sociologia**: indivíduo e sociedade. Tradução de Pedro Caldas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.
- VARGAS, Heliana Comin e CASTILHO, Ana Luiza Howard de. **Intervenções em Centros Urbanos**: objetivos, estratégias e resultados. Barueri: Manole, 2006.
- VILLELA, Ana Laura Vianna. **Proposta de reciclagem** - Mercado Público de Pelotas. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 1995.
- WIRTH, Louis. O urbanismo como modo de vida (1938). In: VELHO, Otávio Guilherme (Org.). **O Fenômeno Urbano**. 2 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1973.
- ZUKIN, Sharon. Entre o tecido físico e social das cidades. Entrevista concedida a Heitor Frúgoli Jr. e Julio Cesar Talhari. Tradução de Lilian Gasparetti Abdoullah. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, vol. 29, no. 84, fev., p. 7-24, 2014.



A PROMOÇÃO DA JUSTIÇA AMBIENTAL COMO UM DESAFIO ATUAL E IMINENTE

Francieli Formentini¹

RESUMO: O estudo em comento tem como objetivo estudar a problemática ambiental e analisar o movimento por justiça ambiental, o qual visa permitir que os indivíduos discriminados ambientalmente, em face de questões econômicas, de raça ou qualquer outra razão, possam exercer seus direitos de cidadãos, tendo atendidas com eficiência suas necessidades socioambientais, as quais se constituem como um direito fundamental previsto na Constituição Federal de 1988, bem como em regramentos de caráter internacional. Para a compreensão dos principais aspectos dessa problemática tão complexa e atual abordar-se-á a relação entre o homem e a natureza, a busca pelo crescimento econômico, tecnológico e industrial independentemente das consequências primárias e secundárias desses processos de transformação da sociedade e os conflitos ambientais decorrentes desse processo. Nesse sentido, destaca-se a necessidade do aperfeiçoamento dos instrumentos jurídicos de proteção dos direitos difusos e coletivos de ordem ambiental, considerando que estes necessitam de uma resposta urgente e imediata, voltadas especialmente a evitar e/ou minimizar a ocorrência de danos ambientais, bem como proteger grupos marginalizados e vulneráveis para que a eles não seja direcionado de forma desigual ou a totalidade os riscos e malefícios ambientais decorrentes de decisões e atitudes voltadas para privilegiar os interesses econômicos. Assim, para a promoção da justiça ambiental há muitos desafios a serem enfrentados, os quais englobam os aspectos jurídico, social e político.

Palavras-Chave: Conflitos Ecológicos. Justiça Ambiental. Racismo Ambiental. Desafios.

ABSTRACT: The study under discussion aims to study environmental problems and analyze the movement for environmental justice, which aims to allow individuals discriminated environmentally, because of economic issues, race or any other reason, to exercise their rights as citizens, and provide they to meet their social and environmental needs efficiently, which are constituted as a fundamental right under the Federal Constitution of 1988 and as well as in international rules. To understand the main aspects of this complex and current problem, the relationship between man and nature, the pursuit of economic growth, technological and industrial regardless of primary and secondary consequences of transformation processes in society and environmental conflicts resulting from this process will be discussed. In this sense the need for improvement of the legal instruments for the protection of diffuse and collective rights concerning the environment, considering those in need of an urgent and immediate response, aiming especially to avoid and /or minimize environmental damage and to protect marginalized and vulnerable groups so that they will not be directed unequally or all of the risks and environmental harm arising from decisions and attitudes directed to favor economic interests. Thus, for the promotion of environmental justice there are many challenges to be faced, which include legal, social and political aspects.

Keywords: Ecological conflicts. Environmental justice. Environmental racism. Challenges.

¹ Professora do Curso de Graduação em Direito da Unijui, Mestre pela Unijui, email: francieli.formentini@unijui.edu.br.

1 Introdução

A vida em uma sociedade complexa como a atual é desafiadora, não há dúvidas disso, como bem asseveram estudiosos como Baumann (2005) que a define o momento atual como “modernidade líquida” e Ulrich Beck que define como “sociedade de risco”.

Sob o aspecto ambiental, não é diferente, pois as ações humanas têm reflexos e impactos, os quais não ficam restritos ao meio ambiente natural, mas também nas relações sociais, econômicas e culturais das comunidades e dos grupos vulneráveis e atingidos.

Frente a esse contexto, o presente trabalho aborda a interferência do homem no meio ambiente, bem como as efeitos da mesma, buscando compreender as consequências da injustiça ambiental provocada pela sobrecarga desproporcional dos riscos e malefícios ambientais para uma parcela específica da população.

Com isso, a pesquisa se propõe a apontar alguns casos conflitos socioambientais em que comunidades e grupos de indivíduos tem de suportar com os desafios de viver em condições em que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado não é efetivado.

A pesquisa também busca provocar a reflexão da temática na tentativa de construir alternativas e meios de reduzir essa desproporcionalidade, evitando a perpetuação da injustiça ambiental e das consequências de tal prática e buscando alcançar condições adequadas para viver dignamente, tendo respeitados os direitos constitucionais.

2 Problemática Ambiental

A proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está consagrada no caput do artigo 225 da Constituição Federal Brasileira² e no artigo 1º, inciso III, bem como em outros dispositivos legais nacionais³ e internacionais.

Destaca-se como marco histórico normativo da proteção ao meio ambiente, sob o caráter internacional, a Conferência Geral da ONU sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972, na qual foi elaborada a Declaração de Estocolmo. Vinte anos depois, em 1992, foi realizada a Conferência das Nações Unidas (ECO-92)⁴, no Rio de Janeiro, dando origem a Declaração do Rio de Janeiro sobre o

2 Destaca-se que a Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Espanhola de 1978 passaram a inserir a proteção ambiental constitucionalmente, o que refletiu para, em 1988, o Brasil incluir, pela primeira vez a questão do meio ambiente na Carta Constitucional. (OLIVEIRA; GUIMARÃES, 2004)

3 A exemplo das Leis nºs. 6.938/81 e 9.605/98.

4 A Declaração do Rio de Janeiro estabeleceu em 27 princípios premissas imprescindíveis a serem observadas com o objetivo de “estabelecer uma nova e justa parceria global por meio do estabelecimento de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chave da sociedade e os indivíduos, *Trabalhando com vistas* à conclusão de acordos internacionais que respeitem os interesses de todos e protejam a integridade do sistema global de meio ambiente e desenvolvimento, *Reconhecendo* a natureza interdependente e integral da Terra, nosso lar” (Declaração do Rio de Janeiro) (DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO, 1992).

Meio Ambiente e Desenvolvimento e, em 1993, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em Viena, na qual “o direito ao ambiente tomou acento de forma definitiva também no direito internacional dos direitos humanos, em razão da sua essencialidade à dignidade humana, pilar de todo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos” (FENSTERSEIFERT, 2008, p. 149).

Além da conquista normativa, constantes e reiteradas discussões são realizadas nacionalmente e internacionalmente buscando encontrar mecanismos para a preservação ambiental e para a efetivação do direito fundamental essencial de viver com a mínima qualidade de vida, com saúde e dignidade, bem como para a preservação de diversas espécies de seres vivos.

No entanto, apesar da preocupação do legislador, bem como de grupos, movimentos sociais, dentre outros agentes, a efetivação desse direito tem um caminho muito longo e árduo para percorrer. Isso, em decorrência de diversos aspectos, especialmente em face de interesses econômicos e do avanço tecnológico e industrial que, em não raros momentos, vai ao encontro da preservação ambiental e da qualidade de vida para a população⁵.

Edgar Morin (2011, p. 07) destaca que a busca desenfreada pelo progresso técnico e industrial “provocou um processo de degradação da biosfera”, sendo que “a mundialização do mercado econômico sem regulação externa nem verdadeira autorregulação, criou novas crescentes ilhas de riqueza, como na América Latina e na China; ela suscitou e suscitará crises em série, e sua expansão se efetiva sob a ameaça do caos”.

Sob o aspecto ambiental essa crise é muito séria e preocupante, considerando os graves e extensos impactos decorrentes de ações desregradas, desmedidas e até mesmo irresponsáveis, dos quais decorrem inúmeras consequências secundárias mas não menos importantes como o agravamento da pobreza; a contaminação do solo, rios, dos seres humanos, com o surgimento de doenças; perda de tradições, dentre outras.

François Ost (1995) ao tratar da problemática ambiental parte dos pressupostos do vínculo e do limite, sob o fundamento central de que na modernidade a relação do homem com a natureza não observou o sentido de vínculo e de limite, uma vez que o homem centralizou toda a atenção a si mesmo e transformou a natureza em objeto a disposição de suas vontades.

Ao abordarem a crise ambiental, Oliveira e Guimarães (2004, p. 15) destacam que “O que se vê, hoje, é fruto de um longo processo de intervenção humana sobre os domínios naturais, processo esse que se iniciou com o homem primitivo e que vem aumentando suas dimensões nos dias atuais, ao passo que aumentam as necessidades humanas”.

5 OLIVEIRA e GUIMARÃES (2004, p. 10) salientam que “não é o número de leis nem tampouco de reportagens veiculadas pela mídia que vão fazer com que a sociedade tome consciência da indispensabilidade do meio ambiente para a existência de uma vida digna”.

Nesse panorama surgem os conflitos ambientais os quais são desencadeados pelos mais diversos motivos, estando, normalmente, interligados com essa busca desenfreada pelo crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico e industrial a todo e qualquer custo.

Esses conflitos são definidos por Joan Martínez Alier (2007, p. 230) como “conflitos ecológicos distributivos”, referindo que os mesmos são “conflitos sobre os princípios de justiça aplicáveis às cargas de contaminação e ao acesso aos recursos e serviços ambientais.”

Marcelo Firpo de Souza Porto (2007, p. 168) destaca que determinados grupos, em razão da vulnerabilidade estão mais expostos aos riscos decorrentes das ações voltadas a exploração e interferência no meio ambiente. Em razão disso, são obrigados a suportar as consequências maléficas desse processo, com redução da qualidade de vida, limitação de recursos naturais, agravamento dos riscos à saúde, perda de identidade cultural, dentre outros tantos.

Nesse sentido, também assevera que

Grupos sociais discriminados – por exemplo, com baixa renda, alta taxa de analfabetismo e baixo nível de qualificação profissional – tendem a viver e a trabalhar em territórios mais perigosos, sejam eles locais de trabalho ou nas periferias das metrópoles. Portanto, tais grupos tendem a se vulnerabilizar em diversas situações de risco. (PORTO, 2007, p. 168).

Essa corrente doutrinária que sustenta que a maior carga de riscos e malefícios ambientais é direcionada a grupos étnicos vulneráveis, pois a maior parte de atingidos por conflitos, além de ser de baixa renda, também é composta por indivíduos negros, pardos, quilombolas, índios, é denominada de por alguns doutrinadores de racismo ambiental (HERCULANO, 2006).

A prática do racismo ambiental, segundo Herculano (2008, p. 16)

recai sobre suas etnias, bem como sobre todo grupo de populações ditas tradicionais – ribeirinhos, extrativistas, geraizeiros, pescadores, pantaneiros, caiçaras, vazanteiros, ciganos, pomeranos, comunidades de terreiro, faxinais, quilombolas, etc. - que têm se defrontado com a “chegada do estranho”, isto é, de grandes empreendimentos desenvolvimentistas – barragens, projetos de monocultura, carnicultura, maricultura, hidrovias e rodovias – que os expõem de seus territórios e desorganizam suas culturas, seja empurrando-os para as favelas das periferias urbanas, seja forçando-os a conviver com um cotidiano de envenenamento e degradação de seus ambientes de vida.

Os conflitos ambientais em que se evidencia o racismo ambiental são encontrados em todas as regiões do Brasil, conforme verifica-se na pesquisa realizada por Tereza Ribeiro com coordenação de Tania Pacheco, da qual resultou o “Mapa de Conflitos Causados por Racismo Ambiental no Brasil”, com levantamento inicial em junho de 2007 em 26 Estados brasileiros, com relato de inúmeros casos de racismo ambiental (PACHECO; RIBEIRO, 2007).

Com a pesquisa pode-se evidenciar que grande número dos conflitos ambientais estão relacionados aos seguintes casos: negligência na demarcação, homologação e regularização de terras indígenas e quilombolas; crescimento urbano-industrial e implantação em terras indígenas e quilombolas;

construção de grandes empreendimentos hidrelétricos e siderúrgicos, bem como de usinas e rodovias, dentre outros; remoção de populações de seus locais de origem para empreendimentos públicos e privados; realização de empreendimentos hoteleiros com vistas ao crescimento do turismo; desmatamento; expansão de plantio de soja, cana e eucaliptos; dentre outros (PACHECO; RIBEIRO, 2007).

Episódio mais recente de tragédia ambiental com repercussões socioambientais, com destruição de biomas e prejuízos irreparáveis das mais diversas espécies é o rompimento da barragem de rejeitos do Fundão da Samarco Mineração, localizada no município de Mariana, Estado de Minas Gerais, ocorrido no dia 05 de novembro de 2015, trouxe inúmeras consequências que impactaram negativamente comunidades atingidas pela lama. Os prejuízos causados por essa catástrofe são incalculáveis, tamanha a dimensão dos mesmos, não se limitando aos danos materiais, que foram muitos, causando também mortes, danos à saúde dos moradores das áreas atingidas, destruição da fauna, flora e de animais, dentre outros (WANDERLEY, 2016).

Segundo estudo realizado por Luiz Jardim Wanderley (2016), vinculado ao Grupo Política, Economia, Mineração, Ambiente e Sociedade da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, “as comunidades atingidas pela lama eram predominantemente compostas por negros e pretos segundo a definição do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)”. (WANDERLEY, 2016).

Portanto, nas pesquisas referidas, constata-se que nos conflitos e nas tragédias socioambientais atuais há uma desproporcional carga de riscos e de malefícios ambientais suportados por grupos vulneráveis e também por grupos étnicos.

Frente a essa realidade há grupos tendo como objetivo reduzir essa desproporcionalidade na alocação dos prejuízos socioambientais, bem como buscar a efetivação dos direitos constitucionais inerentes a esses grupos. Como exemplo, o grupo dos atingidos por barragens, dos extrativistas que resistem ao avanço da exploração das florestas por fazendeiros e empresas, dentre outros inúmeros casos⁶.

No entanto, além da atuação desses grupos faz-se necessária a quebra de paradigma no que tange a relação homem e natureza, mas para que isso ocorra há muitos desafios a serem superados.⁷ Ademais, é preciso correr contra o tempo, considerando que, na maioria das vezes não há como recuperar os malefícios causados por determinadas ações e, quando há possibilidade de fazê-lo a mesma pode demorar centenas de anos.

6 São exemplos grupos ativistas no combate ao racismo ambiental, segundo consta no site do GT de Combate ao Racismo Ambiental (2010): o Núcleo de Investigações em Justiça Ambiental (Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de São João del-Rei); a Associação Nacional de Ação Indigenista; a Associação de Aritaguá; a Associação de Moradores de Porto das Caxias (vítimas do derramamento de óleo da ferrovia centro Atlântica – RJ); a Central Única das favelas.

7 Oliveira e Guimarães (2004, p. 15) destacam que “O que se vê, hoje, é fruto de um longo processo de intervenção humana sobre os domínios naturais, processo esse que se iniciou com o homem primitivo e que vem aumentando suas dimensões nos dias atuais, ao passo que aumentam as necessidades humanas”.

3 Justiça ambiental: um sonho a ser alcançado?

Como forma de reagir aos conflitos ambientais, que tem se agravado constantemente trazendo efeitos avassaladores a diversas regiões, atingindo muitas comunidade e grupos de pessoas e outros seres vivos em diversos países a exemplo dos EUA, África do Sul e Brasil, destaca-se o movimento por justiça ambiental, a qual, segundo o catálogo da biblioteca da Universidade de Yale (1992-2000) pode ser compreendida como “a igualdade da proteção para todos diante de ameaças de cunho ambiental e à saúde, sem discriminar raça, nível de renda, cultura ou classe.” (ALIER, 2007, p. 229).

Segundo a Declaração de Princípios da Rede Brasileira por Justiça ambiental, como sendo o conjunto de práticas e princípios que:

- a) asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico, racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões políticas e de programas federais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas;
- b) asseguram acesso justo e equitativo, direto ou indireto, aos recursos ambientais do país;
- c) asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhe dizem respeito;
- d) favorecem a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu voto. (ACSERLRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 15)

Esse movimento teve origem nos Estados Unidos, no ano de 1978, quando um grupo de moradores de um conjunto habitacional da cidade de Niagra Falls, localizada no Estado de Nova York, reuniu-se para reivindicar seus direitos quando descobriram que suas casas haviam sido construídas em um aterro de produtos químicos (LEVINE, 2004).

Após, esse primeiro episódio, que resultou na compra das referidas casas pelo governo, outras manifestações foram realizadas nos Estados Unidos, na maioria das vezes insurgindo-se contra a permanência ou alocação de resíduos químicos e maléficos à saúde em locais próximos ou em comunidades de baixa renda ou vulneráveis sobre outros aspectos.

Alier (2007, p. 230) define justiça ambiental como

(...) o movimento organizado contra o “racismo ambiental”, isto é, a distribuição desproporcional de resíduos tóxicos junto às comunidades latinas ou afro-americanas em situações urbano-industriais, no interior dos Estados Unidos. (...) Na realidade, a terminologia “justiça ambiental” poderia ser aplicada aos conflitos históricos associados ao dióxido de enxofre, aos casos de Chipko e de Chico Mendes, à utilização dos reservatórios e dos depósitos temporários de dióxido de carbono, aos conflitos relacionados aos atingidos por barragens, à luta pela preservação dos mangues e muitos outros casos ao redor do mundo, que às vezes possuem ligação com a questão racial e eventualmente não.

O que se busca evitar com a efetivação da justiça ambiental é que parcela vulnerável da população, seja financeiramente, por falta de conhecimento ou por outros motivos, suporte os riscos e malefícios ambientais (FORMENTINI, 2010). Para isso, é necessário a união e organização de várias

instituição e grupos, com vistas ao compartilhamento de conhecimento e experiências para a busca da efetivação da justiça ambiental.

Ademais, Leite e Ayala (2004) destacam que está relacionada à ideia de Justiça Ambiental a visão transdisciplinar do direito ambiental, na medida em que para a sua compreensão e para a busca de soluções mais adequadas e que tenham mais efetividade é preciso que diversos campos do conhecimento como a biologia, a sociologia e a bioética se conectem ao direito.

Importante destacar que a busca por justiça ambiental está intrinsecamente relacionada com o exercício da cidadania, compreendida sob o aspecto de exercício dos direitos humanos:

A cidadania enquanto vivência dos direitos humanos é uma conquista da burguesia: direitos de cidadania são direitos humanos, que passa a constituir-se em conquista da própria humanidade. A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente. (CORRÊA, 2000, p. 217).

A justiça ambiental é, portanto, condição essencial para que os grupos e indivíduos afetados diretamente pelo racismo ambiental e distribuição desproporcional dos danos ambientais resgate ou conquiste a condição de cidadão, tendo seus direitos constitucionalmente consagrados.

Gould (2004) entende que através da distribuição dos malefícios ambientais também aqueles que diretamente são responsáveis pela criação e expansão dos instrumentos (indústrias, fazendas de monoculturas, hidrelétricas para gerar energia para grandes consumidoras, dentre outros) de aceleração dos resultados negativos ambientais, ou seja, os integrantes das elites dominantes, indivíduos que tomam as decisões referentes aos grandes investimentos em construções, grandes projetos e demais empreendimentos, será despertada uma conscientização

à medida que a lógica da justiça ambiental faça recuar a lógica distributiva do capitalismo, as ameaças ao meio ambiente e à saúde pública tornar-se-ão socialmente mais visíveis e politicamente mais relevantes para aqueles segmentos da sociedade com maior acesso aos mecanismos de tomada de decisão estatais e empresariais. À medida que o dano ambiental se tornar uma realidade social crescente para os detentores de poder e suas famílias, então necessariamente aumentará sua atenção para as consequências ecológicas e sanitárias negativas das suas decisões de produção.

Para a análise e enfrentamento das injustiças ambientais apontadas são diversos e complexos os desafios a serem enfrentados, sob os aspectos social, político e jurídico.

Sob o aspecto social emerge a necessidade de implementação de políticas públicas, que objetivam adequar às comunidades discriminadas, promovendo e criando programas que afastam os indivíduos das situações marginalizadoras e desumanas. Para isso, importante o contato direto com as comunidades afetadas, a fim de descobrir suas necessidades e suas perspectivas.

No que tange aos aspectos políticos, cabe ao Estado tomar ciência da gravidade dos problemas decorrentes do desenvolvimento tecnológico irresponsável e despreocupado com os efeitos por ele

provocados aos mais diversos e indivíduos e grupos, diretamente ou indiretamente, em menor ou maior grau.

Na verdade, é preciso que o poder público redimensione os seus objetivos primordiais, pois nas últimas décadas tem demonstrado maior preocupação com o crescimento econômico do que com a questão ambiental e com as condições socioambientais de grupos marginalizados e vulneráveis, os quais ficam à mercê das decisões e atitudes adotadas para privilegiar os interesses econômicos e industriais. Não há dúvidas de que o progresso econômico seja importante para o desenvolvimento do país, no entanto, há que observar que tal progresso, em muitos momentos, está sendo alcançados às custas da parcela marginalizada da população, a qual sequer usufruirá das consequências positivas alcançadas (FORMENTINI, 2010).

No plano jurídico cabe aos legitimados ativos, dentre eles o Ministério Público, adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis, inclusive ingressar judicialmente com medidas protetivas, o que pode contribuir para cessar situações que de riscos a comunidades e grupos vulneráveis e, em algumas situações, até mesmo para evitar a ocorrência dos atos e fatos geradores do racismo ambiental, bem como a ocorrência e/ou minimização de desastres ambientais (FORMENTINI, 2010).

Nesse sentido, as ações civis públicas são um importante instrumento de proteção ambiental, inclusive com a utilização de tutelas de urgência, na medida em que em se tratando de meio ambiente o fator tempo é de extrema importância.

Gould (2004, p. 78) salienta que a efetivação da justiça ambiental pode começar pelo fortalecimento das comunidades mais vulneráveis, para que redimensionem a degradação ambiental “para os segmentos superiores do sistema de estratificação, movendo-a dos menos responsáveis pelo dano ecológico em direção aos mais responsáveis.”

Para isso, é fundamental a difusão de informações e propagação dos direitos constitucionalmente previstos⁸, bem como oportunizar a participação da população no processo decisório, com “(...) a possibilidade de influenciar na tomada de decisões sobre as questões referentes ao meio ambiente.” (OLIVEIRA;GUIMARÃES, 2004, p. 106).

Apesar de o cenário não ser favorável é importante olharmos o futuro com esperança, pois, segundo Morin (2011, p. 15) a humanidade, assim como o organismo humano, “também possui em si

8 O princípio da informação está previsto no inciso XIV da CF/88 e no princípio 10 da Declaração do Rio de 1992, que estatui que: “A melhor maneira de tratar questões ambientais e assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo deve ter acesso adequado a informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações sobre materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar de processos de tomada de decisões. Os Estados devem facilitar e estimular a conscientização e a participação pública, colocando a informação à disposição de todos.”

as virtudes genéricas que permitem criações novas”, sendo as crises uma oportunidade de “permitir a metamorfose que se tornou algo vital”.

4 Conclusão

Situações de injustiça ambiental são cada vez mais comuns em nossa sociedade. Em decorrência disso, comunidades arcam com os mais brutais riscos e prejuízos ambientais, dos quais decorrem até mesmo óbitos (direta ou indiretamente) e risco de morte para elevado número de pessoas, bem como submetem grupos a precárias condições socioambientais, as quais estão muito longe do que preceitua o Estado Democrático de Direito Brasileiro e os direitos humanos.

Superar esses inúmeros casos de injustiça ambiental, nos quais incluem-se o racismo ambiental, é desafio difícil de superar, pois a lógica do capitalismo a todo custo predomina, no entanto, é necessário enfrentar esse desafio e o diálogo é um dos primeiros passos a ser dado, pois permite o compartilhamento de informações, experiências e de conhecimento.

Com o diálogo torna-se possível divulgar as incidências de sobrecarga de malefícios e riscos ambientais a grupos determinados, enfrentando essas questões a partir de movimento e discussões com os demais interessados e conflitantes, a fim de demonstrar que não são aceitáveis todas as imposições em prol do avanço financeiro, tecnológico e/ou industrial, que os grupos vulneráveis também tem voz e merecem respeito e a concretização de seus direitos.

Nessa seara também tem importante papel na proteção ambiental e dos grupos vulneráveis o Ministério Público, uma vez que este tem legitimidade para adotar medidas cabíveis para evitar ou fazer cessar ações que degradam o meio ambiente e/ou que submetam grupos a riscos diretos ou indiretos.

Assim, há muito a ser feito, e os instrumentos processuais existentes podem ser utilizados para construir alternativas imediatas para os problemas que não podem esperar, mas é preciso projetar o futuro a partir da construção de uma relação entre homem e natureza fundada em um paradigma que não tenha como fundamento a exploração da natureza pelo homem.

Referências

- ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valoração**. Tradução de Maurício Waldman. São Paulo: Contexto, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed., 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad.** Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e María Rosa Borrás. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- BULLARD, Robert. Enfrentando o racismo ambiental no século XXI. **Justiça ambiental e cidadania.** Organizadores Henri Acselrad, Selene Herculano e José Augusto Pádua. Rio de Janeiro.: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004, p. 41 – 68.
- DECLARAÇÃO DO RIO DE JANEIRO. In: **Estud. Av.** São Paulo, v. 6, n.15, maio/ago. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40141992000200013&script=sci_arttext>. Acesso em: 07 mar. 2016.
- CORRÊA, Darcísio. A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas. Ijuí: Editora Unijuí, 2000.
- FALK, Richard. **Globalização predatória: uma crítica.** Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Insituto Piaget, 1999, p. 231-302.
- FENSTERSEIFERT, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente:** a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.
- FORMENTINI, Francieli. **Racismo ambiental: ação civil pública e tutelas de urgência como alternativas de minimização das consequências ambientais negativas.** Ijuí/RS, 2010. – 118 f.
- GT COMBATE ao Racismo Ambiental da RBJA. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br>>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- HERCULANO, Selene. **Lá como cá:** conflito, injustiça e racismo ambiental. Disponível em: <http://sinop.unemat.br/site_antigo/prof/foto_p_downloads/fot_8304injustiya_e_bacismo_ambiental_pdf.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- HERCULANO, Selene. **Riscos e desigualdade social:** a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2016.
- GOULD, Kenneth A. Classe social, justiça ambiental e conflito político. In: Henri Acselrad; Selene Herculano; José Augusto Pádua (org.) **Justiça ambiental e cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004. p. 69-79.
- LEVINE, Adeline. Campanhas por justiça ambiental e cidadania: o caso de Love Canal. In: Henri Acselrad; Selene Herculano; José Augusto Pádua (org.) **Justiça ambiental e cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará: Fundação Ford, 2004. p. 97-108.
- MORIN, Edgar. **Rumo ao abismo?: ensaio sobre o destino da humanidade.** Tradução Edgard de Assis Carvalho, Marisa Perassi Bosco. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.
- OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de.; GUIMARÃES, Flávio Romero. **Direito, Meio Ambiente e Cidadania: uma abordagem interdisciplinar.** São Paulo: Madras, 2004.
- OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PACHECO, Tânia. **Racismo ambiental urbano:** a violência da desigualdade e do preconceito. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/taniapacheco/racismo-ambiental-urbano/>>. Acesso em: 05 nov. 2009.
- PACHECO, Tânia; RIBEIRO, Tereza. **Mapa de conflitos causados por racismo ambiental no Brasil:** levantamento inicial junho de 2007. Disponível em: <<http://www.cppnac.org.br/wp-content/uploads/2013/11/Mapa-do-Racismo-Ambiental-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 06 mar. 2016.
- WANDERLEY, Luiz Jardim. Índícios de Racismo Ambiental na Tragédia de Mariana: resultados preliminares e nota técnica. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/Wanderley-2015-Ind%C3%ADcios-de-Racismo-Ambiental-na-Traq%C3%A9dia-de-Mariana.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2016.



CONFLITOS SOCIAMBIENTAIS NO DISTRITO DE SÃO JOAQUIM: aterro sanitário, degradação ambiental e tensões sociais

Tauã Lima Verdan Rangel¹

RESUMO: Em um cenário de achatamento da população, sobretudo aquela considerada como vulnerável, condicionada em comunidades carentes e bolsões de pobreza, diretamente afetada pelos passivos produzidos, diante das ambições de desenvolvimento econômico, constrói-se um ideário de justiça ambiental, buscando, a partir de um crescimento que conjugue anseios econômicos com preservação socioambiental, assegurar a conjugação de esforços a fim de minorar os efeitos a serem suportados. Justamente o presente debruça-se, ambicionando explicitar, a partir do exame da situação retratada no Distrito Industrial de São Joaquim, localizado em Cachoeiro de Itapemirim-ES, um cenário “propício” para o agravamento da injustiça social e ambiental, aguçando, ainda mais, os passivos socioambientais a serem suportados pelas populações diretamente afetadas pelo empreendimento.

Palavras-chave: Injustiça Ambiental. Conflitos Socioambientais. Aterro Sanitário.

ABSTRACT: In a flattening scenario of the population, especially those considered vulnerable, conditioned in poor communities and pockets of poverty, directly affected by the products liability, given the ambitions of economic development, it builds an ideology of environmental justice, seeking to from a growth combining economic aspirations with social and environmental preservation, ensure the conjunction of efforts to mitigate the effects to be supported. Precisely, this focuses, aiming to explain, from the examination of the situation portrayed in the San Joaquin Industrial District, located in Cachoeiro de Itapemirim-ES, an "enabling" scenario for the worsening social injustice and environmental, sharpening, even more, the social and environmental liabilities to be borne by the population directly affected by the project.

Keywords: Environmental Injustice. Socio-environmental conflicts. Landfill site.

1 Considerações Iniciais

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente.

¹ Bolsista CAPES. Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (2013-2015). Especialista em Prática Processuais Civil, Criminal e Trabalhista pelo Centro Universitário São Camilo - ES (2014-2015). E-mail: taua_verdan2@hotmail.com.

Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao *status* de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos ambientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais.

2 O espaço urbano em uma perspectiva ambiental: a ambiência do homem contemporâneo em análise

Ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrihar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981 (2016), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Salta aos olhos que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de *meio ambiente*, descreve-o como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na

contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea.

Denota-se que a acepção ingênua do *meio ambiente*, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobretudo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ademais, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. “Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente” (THOMÉ, 2012, p. 116).

Diante do alargamento da concepção do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acepção o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifestações e modificações propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extrai-se que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo.

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, “aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial” (BRITO, 2013, s.p.). Neste cenário, o proeminente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação, evidencia que aquela “deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”.

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida” (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma *ordem urbanística*, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos. “A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma ‘ordem urbanística’ como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça” (Machado, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobretudo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambientes urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma *ordem* na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e “a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva ‘estável’ (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço” (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

3 O fenômeno da industrialização como elemento agravador da injustiça ambiental: o embate entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica privada e mercado, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. “Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza” (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verifica-se, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, numa aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservas petrolíferas, além do comprometimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível, neste cenário, verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população

aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes. Selene Herculano, por sua vez, coloca em destaque:

Por Justiça Ambiental entenda-se o conjunto de princípios que asseguram que nenhum grupo de pessoas, sejam grupos étnicos, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais e locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas [...] Complementarmente, entende-se por Injustiça Ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, grupos raciais discriminados, populações marginalizadas e mais vulneráveis. (HERCULANO, 2002, p. 03).

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte uma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. “Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo *justiça ambiental* afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas.

Mais que uma expressão do campo do direito, *justiça ambiental* assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeito e entidades, tais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, “até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem”, conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebela contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países. É aspecto tradicional dessas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras formas de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a

configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupos sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. Selene Herculano coloca em destaque que:

A temática da Justiça Ambiental nos interessa em razão das extremas desigualdades da sociedade brasileira. No Brasil, o país das grandes injustiças, o tema da justiça ambiental é ainda incipiente e de difícil compreensão, pois a primeira suposição é de que se trate de alguma vara especializada em disputas diversas sobre o meio ambiente. Os casos de exposição a riscos químicos são pouco conhecidos e divulgados, [...], tendendo a se tornarem problemas crônicos, sem solução. Acrescente-se também que, dado o nosso amplo leque de agudas desigualdades sociais, a exposição desigual aos riscos químicos fica aparentemente obscurecida e dissimulada pela extrema pobreza e pelas péssimas condições gerais de vida a ela associadas. Assim, ironicamente, as gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam a exposição desigual à poluição e o ônus desigual dos custos do desenvolvimento. (HERCULANO, 2008, p. 05).

Verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de *desenvolvimento*. Neste aspecto, a acepção de “desenvolvimento” traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

“O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento” (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A reestruturação da questão “resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social” (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Neste espaço, a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligência no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderações de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais.

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a *disfarçada* promessa de geração de postos de emprego e dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. “É assim

que a força econômica das grandes corporações transformou-se em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais” (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo a ampliação das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas. Ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou “são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos” (FRAGA, 2007, p.08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado *desenvolvimento sustentável*, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual, devido à industrialização e instalação de empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. “A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento” (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

4 Injustiça ambiental no Distrito de São Joaquim: a instalação de aterro sanitário e a potencialização de conflitos socioambientais

Em um primeiro momento, o conflito envolvendo a instalação do aterro sanitário de Cachoeiro do Itapemirim é um caso clássico de injustiça ambiental, como bem destacou o Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, desenvolvido pela Fundação Osvaldo Cruz (2016, s.p.). Ao lado disso, tradicionalmente, a política locacional de empreendimentos altamente poluidores - como estações de tratamento de lixo, esgoto, incineradores, indústrias químicas e aterros sanitários – tem

seguido a uma lógica estruturada na desigualdade social e de acesso às instâncias decisórias, que “opta” por áreas majoritariamente habitadas por minorias étnicas ou grupos sociais vulneráveis como áreas privilegiadas para receber tal espécie de instalação. A lógica norteadora busca estabelecer uma transferência para as populações mais vulnerabilizadas os custos sociais e ambientais advindos da produção capitalista e do modelo vigente de desenvolvimento e consumo.

Nesse contexto, se considera como aceitáveis os riscos que esses empreendimentos representam para o meio ambiente local e para a saúde da população. Geralmente distantes dos locais de habitação das camadas mais privilegiadas da sociedade, essas áreas, também conhecidas como “zonas de sacrifício”, são em geral destituídas de qualquer tipo de infraestrutura e serviços públicos, e a presença do Estado é rarefeita. (FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ, 2016, s.p.).

Ao se analisar especificamente a situação retratada no distrito de São Joaquim, é importante destacar que o Estado assumiu uma atitude essencialmente formal em relação à participação da população local na autorização da instalação do aterro sanitário. “Entre 2007 e 2008, o Instituto Estadual de Meio Ambiente (IEMA) obedecendo à legislação ambiental vigente - realizou duas audiências públicas na localidade, para apresentar os detalhes do projeto” (FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ, 2016, s.p.). Segundo relatos dos moradores, as audiências desenvolvidas se caracterizaram como meras formalidades exigidas no processo de licenciamento ambiental do empreendimento. No mais, consoante o Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil informa, perguntas direcionadas aos representantes do Poder Público não foram respondidas, análises técnicas que contrariavam os interesses do empreendedor não foram levadas em consideração e a implantação do projeto foi autorizada à revelia da oposição da população, claramente declarada durante as audiências. Nesse sentido, ainda, é importante consignar que, no decurso das audiências públicas, até mesmo informações incorretas foram transmitidas, objetivando convencer a população dos possíveis benefícios advindos da instalação do empreendimento.

Conforme relatos do empreendedor, o projeto do aterro sanitário não traria maiores consequências para a população local, nem mesmo atrairia animais, sendo uma alternativa “limpa” em comparação com os lixões tradicionais. Entretanto, reportagens divulgadas pela imprensa capixaba davam conta de que em outros aterros sanitários administrados pela mesma empresa eram comuns o vazamento de chorume, a presença de urubus e outros possíveis vetores de doenças infecciosas e a existência de doenças respiratórias na população do entorno. O que significava que os argumentos apresentados não condiziam com os fatos. É oportuno, ainda, apontar que

Os principais danos e riscos à saúde são as doenças transmissíveis como a dengue e leptospirose, decorrentes do aumento da quantidade de vetores presentes nas áreas de lixões como baratas, moscas, mosquitos, além das diarreias decorrentes da transmissão através da água contaminada; e as doenças não-transmissíveis como o câncer e as doenças respiratórias decorrentes da poluição química. Além desses problemas, há os acidentes, seja entre os catadores de material reciclável ou quando ocorrem vazamentos, deslizamentos atingindo a

população residente no entorno, a falta de assistência médica adequada e a falta de estudos que associem tais problemas de saúde com os problemas ambientais na região (CARVALHO; SCHÜTZ, 2014, p. 08).

Essa atitude conivente diante do empreendedor e a negligência do Estado quanto a seu dever de fiscalizar e garantir da saúde coletiva e ambiental do lugar obrigou a população local a levar o caso à esfera jurídica, tendo em vista que na arena administrativa era visível que não haveria diálogo. Nesse sentido, é importante destacar o papel do Ministério Público enquanto guardião da lei e garantidor dos direitos difusos. Conforme a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993), é papel do MP, entre outras coisas, agir no sentido da “prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos”. O principal instrumento do qual o Ministério Público dispõe para cumprir essa responsabilidade é a proposição de ações civis públicas (ACP). Acionado pela população local, o Ministério Público Estadual (MP-ES) ajuizou uma ação civil pública com pedido de liminar junto à Vara da Fazenda Pública Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, em agosto de 2008.

Em resposta a essa ACP, o magistrado da Vara da Fazenda Pública Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, concedeu liminar suspendendo a construção do aterro sanitário até julgamento definitivo da ação. Em maio de 2009, o mesmo juiz convocou moradores da localidade para uma audiência na qual iria realizar uma consulta pública junto à população do distrito, conforme informa o Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil (2016, s.p.). Isso significa que a resolução do conflito permanecia indefinida e, dadas à morosidade da justiça brasileira e a existência de grande número de possibilidades de recursos, não havia perspectiva de que isto acontecesse em um futuro próximo. Contudo, no dia 28 de janeiro de 2010, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) concedeu a liberação para a instalação do aterramento sanitário. Denota-se, em tal cenário, que a omissão do Estado, por mais uma vez, invisibilizou os grupos sociais vulneráveis que residem na região do Distrito de São Joaquim, reafirmando que as populações, sem voz e representatividade na arena administrativa da tomada de decisões, são os alvos mais comuns da injustiça ambiental e da degradação social em prol da instalação de empreendimentos, apesar dos ofuscantes riscos que o aterro sanitário causa para o seu entorno.

5 Considerações finais

Ainda incipiente, a discussão consciente dos processos de industrialização e instalação de empreendimentos econômicos com potencial poluidor elevado, à luz de uma moldura caracterizada pela justiça ambiental, faz-se necessária. Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior

destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem caracterizadores, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente. Ao lado disso, em um território dotado de uma intrincada e complexa realidade social, na qual a segregação advinda da constituição de populações carentes, renegadas à margem da sociedade, formando bolsões de pobreza, é algo cada vez mais corriqueiro, salta aos olhos que o agravamento da injustiça social é uma realidade tangível, fruto da concentração histórica de renda e a suplantação de um contingente populacional robusto, atraído por promessas de desenvolvimento econômico. Sobretudo nas áreas urbanas mais frágeis, despidas de planejamento urbano, as quais passam a ser ocupadas desordenadamente por aqueles atraídos pela esperança de melhoria nas condições sociais vivenciadas.

Os conflitos envolvendo os lixões e aterros sanitários são casos emblemáticos da materialização de injustiça ambiental, pois a localização desses empreendimentos altamente poluidores, assim como, as estações de tratamento de esgoto, incineradores e indústrias químicas tem obedecido à lógica pautada na desigualdade social que elege as áreas majoritariamente habitadas por minorias étnicas, grupos sociais vulneráveis e populações de baixa renda como áreas privilegiadas para receber tais empreendimentos. A lógica busca transferir para as populações mais vulnerabilizadas os custos sociais e ambientais da produção capitalista e do atual modelo de desenvolvimento e consumo. Dessa forma, são considerados aceitáveis os riscos que estes empreendimentos representam para o meio ambiente local e para a saúde desta população. Essas áreas são conhecidas como zonas de sacrifício e em geral são destituídas de serviços públicos e infraestrutura estando bem distantes dos locais de habitação das camadas mais privilegiadas da sociedade.

Referências

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

ACSELRAD, Henri. Território, localismo e política de escalas. *In*: _____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). **Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local**. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

ACSELRAD, Henri. HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martínez. **O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização**. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. **Manual de Direito Ambiental**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. *In*: MOTA, Maurício (coord.). **Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

BROWN, Lester R. **Por uma Sociedade Viável**. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

CARVALHO, Márcia Aparecida Ribeiro de; SCHÜTZ, Gabriel Eduardo. Conflitos envolvendo lixões e aterros sanitários no Brasil: casos clássicos de injustiça ambiental. In: 2º Simpósio Brasileiro de Saúde e Ambiente. **ANAIS...**, 12-22 out. 2014. Disponível em: <<http://www.sibsa.com.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. **Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania**. Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. **Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. **Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente**, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em: <<http://www.interfacehs.sp.senac.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

HERCULANO, Selene. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. **Revista Nova América**, n. 111, s.d. Disponível em: <<http://www.novamerica.org.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

HERCULANO, Selene. Encontro Nacional da Anppas. **ANAIS...**, 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br>>. Acesso em 19 fev. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). **Ordenamento Territorial e Ambiental**. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.



Constitucionalismo Global e Sistemas Supranacionais de Proteção de Direitos Humanos



A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS NA IMPLEMENTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL

Caroline Alves Montenegro¹

Renata Santa Cruz Coelho²

RESUMO: O presente artigo pretende analisar a audiência de custódia no Brasil, que tem sua aplicação com respaldo em normas internacionais. O PL nº554/2011 tem o escopo de alterar a redação do §1º do art.306 do CPP, como uma tentativa de combater a tortura e maus tratos dos presos em flagrante, permitindo um contato imediato do preso com o juiz, na presença do Ministério Público e com defensor. A ADPF 347 pede providências para solucionar a crise do sistema prisional de nosso país e adota a audiência de custódia sem demora. Sabe-se que mesmo sem ainda ter sido aprovada no Congresso Nacional, a audiência de custódia tem sido utilizada como uma sugestão do CNJ para ser implementada em todo país, com fundamento no que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu §5º, art.7º.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Respaldo em normas internacionais. Aplicação da Convenção Americana.

ABSTRACT: This article aims to analyze the custody hearing in our country, which has its application with support for international standards. The (PL 554/2011) with the scope to change the wording of paragraph 1 of art.306 of CPP, as an attempt to combat torture and ill-treatment of prisoners in the act, therefore, there is a hearing without delay after the arrest in the act, allowing an immediate prisoner's contact with the judge in the presence of the prosecutor and defender. The ADPF 347 requesting action to resolve the crisis in the prison system of our country and adopt without delay custody hearing. It is known that even without yet being approved in Congress, the custody hearing has been used as a hint of CNJ to be implemented throughout the country, guaranteed in the possession of the American Convention on Human Rights, in its paragraph 5, Article 7.

Keywords: Custody Hearing. Support in international standards. Application of the American Convention.

1 Mestra em Direito pela UNICAP. Especialista em Ciências Criminais pelo UNIPÊ. Especialista em Processo Civil pela mesma Universidade. Graduada em Direito pelo Unipê. Advogada. E-mail: cacamontenegro@hotmail.com.

2 Mestra em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada. E-mail: renatasantacruzcoelho@hotmail.com

1 Introdução

O processo penal brasileiro e especificamente as condições relativas à aplicação da custódia em seu conceito formal e operacional, visa que os atos processuais ocorram de forma célere, eficaz e efetiva, contribuindo assim, para a desburocratização da Justiça. Por isso, a orientação predominante é no sentido de que os trâmites processuais devem ocorrer em um prazo não demasiadamente longo, para que não venha a causar dano, nem mesmo um prolongado estado de insatisfação.

No entanto, tem-se verificado que esses procedimentos não são cumpridos à risca, à luz do direito, e tem como consequência contribuído negativamente para o aumento da população carcerária, onde se verifica um conjunto desordenado e ineficiente de atos relacionados ao cumprimento de prazos para o tratamento isonômico e equitativo dos apenados.

Hoje em dia, o devido processo legal é alcançado não apenas com base na legalidade e constitucionalidade, assim como, na convencionalidade, pois o Brasil é um país com competência jurisdicional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos desde 1998, devendo cumprir as obrigações acordadas.

A audiência de custódia tem sido aplicada em várias comarcas jurisdicionais no Brasil, é considerada uma forma de o juiz, na presença do MP e do defensor, analisar se deve manter o condenado preso, enquanto aguarda o julgamento do processo, ou se, seria o caso da concessão da liberdade provisória. Essas audiências são realizadas, em média, 24 horas após a prisão em flagrante. Essa técnica começou a ser implantada em fevereiro do ano passado por determinação do CNJ, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica.

O que está sendo atualmente facultativo, dependendo de um entendimento ou não do juiz e do Ministério Público, precisa ser sistematizado com base na Convenção Americana, enquanto não é criado pelo poder legislativo norma interna que se direcione a este objetivo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise do sistema prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante à autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

Há também, o projeto de lei do Senado Federal (PL nº554/2011) com o fim de alterar a redação do §1, do art.306 do CPP, esse projeto não foi aprovado, no entanto, o Conselho Nacional de Justiça e os Tribunais dos Estados têm aplicado a audiência de custódia através de resoluções e provimentos por se tratar de uma garantia convencional.

As normas legislativas do Congresso Nacional determinam que o Projeto de lei originário, tanto da Câmara quanto o do Senado, que é apresentado em uma legislatura e não aprovado, deve passar para

a seguinte. De acordo com informação do Senado, o referido projeto foi incluído como ordem do dia em 12/07/2016.

Quando não se utiliza esta audiência de custódia, o preso em flagrante é levado à delegacia para registro de ocorrência em cadeias ou centro de detenções provisórios, permanecendo neste local, por um longo prazo, aguardando por uma audiência judicial, o que além de ser considerada uma forma desumana, acaba contribuindo para a superlotação carcerária, pois em muitas situações essas prisões são tidas como injustas e desnecessárias.

O sistema de carceragem policial vive uma situação de superlotação, mantendo pessoas detidas e mesmo com prisão decretada pela autoridade judicial aguardando julgamento antes de ser condenado ou não. A virtude da audiência de custódia corresponde à tipificação do crime cometido e qualificação do indiciado (ligação entre o aparelho policial e judicial), bem como, um contato mais próximo do réu com o magistrado. Por outro lado, sem este procedimento, o juiz relaxa ou prorroga a prisão com base no inquérito policial ou denúncia do MP, não tendo, portanto, um momento para ouvir o indiciado e as testemunhas deste.

A audiência de custódia é uma garantia de direito fundamental, com aplicabilidade imediata, nos termos do art.5º,§1º da Constituição Federal. De acordo com pesquisa feita pela Anistia Internacional, o Brasil é considerado o primeiro lugar entre outros países, onde as pessoas têm mais medo de terem seus direitos violados nos casos de prisão.

Esta audiência de custódia surgiu como uma forma de ajuste do processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos, em razão da insuficiência de ordenamento jurídico interno e necessidade de se viabilizar, judicialmente e no plano legislativo, a implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

As novas interpretações jurisprudenciais no ambiente interno, em razão da releitura de determinados casos com enfoque no que diz o Pacto de São José da Costa Rica, é uma forma do Brasil cumprir com as obrigações acordadas no Sistema Interamericano, como exemplo, ressalta-se o caso da audiência de custódia. Relembrando que, até o momento, a Convenção Americana é considerada como uma norma jurídica supralegal pela maioria do Supremo Tribunal.

No Brasil tem ocorrido com maior frequência a morte de infratores pela polícia e o oposto (a morte de policiais). Essas chacinas têm um papel fundamental para repensarmos o Sistema Penitenciário Brasileiro. O fato da Convenção Americana de Direitos Humanos ser considerada pelo STF como norma supralegal colabora para tornar a audiência de custódia uma realidade no nosso país, apesar de, ainda existirem muitas discussões com relação ao custo benefício desta audiência, assim como, muitos operadores do direito ainda não querem reconhecer o Brasil como membro efetivo do Sistema Regional Interamericano, pois precisa cumprir as obrigações internacionais ajustadas para todos os membros.

Enfim, pretende-se com esta pesquisa analisar o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e impor uma série de medidas que tenham a finalidade de melhorar, tanto o processo de hiperencarceramento, quanto combater eventuais casos de violência policial na prisão, já que não se admite continuarmos com um elevado número de vítimas de tortura, agressão e rebeliões nestes ambientes.

2 O caso da ADPF 347

O Supremo Tribunal Federal (STF) concedeu parcialmente cautelar, solicitada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que pede providências para a crise do sistema prisional do país, a fim de determinar aos juízes e tribunais que passem a realizar audiências de custódia, no prazo máximo de 90 dias, de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão.

O ministro Ricardo Lewandowski seguiu totalmente o voto do relator na ADPF 347, reconhecendo o "estado de coisas inconstitucional", ao explicar que essa foi uma medida desenvolvida pela Corte Nacional da Colômbia, a qual identificou um quadro insuportável e permanente de violação de direitos fundamentais a exigir intervenção do Poder Judiciário de caráter estrutural e orçamentário. A Corte Europeia de Direitos Humanos também se vale de técnica interessante. Ao identificar reiteradas denúncias similares de violação de direitos humanos por um Estado europeu, busca, através das "decisões piloto" (*arrêt pilot*), apontar problemas sistêmicos e indicar aos Estados soluções genéricas, que podem envolver a reformulação de políticas públicas, indicando prazos para a sua implementação. Esta técnica foi usada também para enfrentamento da questão da superpopulação carcerária na Itália, no caso Torregiani e outros v. Itália, julgado em 2013. Diante da superlotação dos presídios italianos, que atingia à época o índice nacional de 151%, a Corte concedeu o prazo de um ano para que as autoridades responsáveis implementassem um ou mais remédios visando à correção do problema.

A Itália adotou diversas medidas nesta linha, com bastante sucesso, tais como a ampliação das penas alternativas e das hipóteses de prisão domiciliar, e a criação de mecanismo para a redução da pena daqueles que já estavam cumprindo a pena em condições degradantes. Tais exemplos demonstram que cenários de grave e massiva violação de direitos, decorrentes de falhas estruturais em políticas públicas – que caracterizam o estado de coisas inconstitucional –, demandam muitas vezes soluções complexas dos tribunais, que não se afeioam à sua função tradicional, de invalidação de atos normativos. Nestas hipóteses, o papel de guardião da Constituição exige uma postura diferenciada, sob pena de frustração dos direitos fundamentais e inefetividade da Constituição.

2.1 Estado de coisas inconstitucionais e a audiência de custódia

Na constituinte para a CF/88 existia autorização para o Brasil fazer parte de um Tribunal Internacional de proteção de Direitos Humanos, assim, diz o ADCT, art.7º: “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional de direitos humanos”. A Constituição Federal de 1988 possui cláusulas abertas aos direitos e garantias previstos em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que complementam o texto constitucional. Ademais, salta-se aos olhos novas interpretações legislativas e jurisprudenciais no nosso país, através do emprego do Pacto de São José da Costa Rica, sem olvidar, aplicação de algumas recomendações da Comissão Interamericana, e também as consultas encaminhadas ao Sistema Interamericano que deram origem às importantes modificações legislativas em nosso ambiente jurídico interno.

A competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi reconhecida pelo Brasil através do Decreto legislativo nº89, de 03/12/1998. Nosso país tem o caso do depositário infiel e a edição da Súmula Vinculante n. 25, que por força da Convenção Americana de Direitos Humanos, considera a prisão civil do depositário infiel ilegal, qualquer que seja a modalidade do depósito.

O Direito Constitucional Comparado fornece exemplos interessantes de intervenção da jurisdição constitucional diante de graves falhas estruturais nas políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais. Há experiências fecundas nesta área, em países como os Estados Unidos, África do Sul e Índia. Uma das construções mais férteis neste campo tem origem na Corte Constitucional da Colômbia: o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional. Como se verá adiante, a Corte Colombiana se vale desta categoria quando reconhece a presença de uma violação maciça de direitos fundamentais de um número significativo de pessoas, cujo equacionamento dependa de um conjunto complexo e coordenado de medidas a serem adotados por diversas entidades. Nestas hipóteses, a Corte pode inclusive reter a sua jurisdição para monitorar, em procedimento público, o cumprimento das medidas que estabelecer.

A Anistia Internacional (2003), em documento intitulado “Combatendo a Tortura. Manual de Ação” ressaltou:

A exigência de apresentar os detentos a uma autoridade judicial (...) após a prisão é uma salvaguarda essencial para que se preservem os direitos humanos dos prisioneiros. É um meio de garantir que as detenções sejam legais e necessárias. É também uma salvaguarda contra a tortura: um juiz pode verificar se há algum sinal perceptível de maus-tratos e pode ouvir algo que o prisioneiro queira dizer. É ainda uma maneira de supervisionar a detenção por meio de controle judicial, eliminando o poder absoluto sobre um prisioneiro, que, do contrário, os funcionários poderiam exercer (LONDON AMNESTY INTERNATIONAL, 2003).

A ideia do estado de coisas inconstitucional é perfeitamente aplicável à jurisdição constitucional brasileira, podendo ser empregada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Assim, na ADPF 347 postulou-se, em síntese, que o STF reconheça e declare o estado de coisas

inconstitucional do sistema prisional brasileiro, e, diante disso, imponha a adoção de uma série de medidas voltadas à promoção da melhoria das condições carcerárias do país e a contenção e reversão do processo de hiperencarceramento que o Brasil vivencia.

3 O Projeto de Lei nº554/2011

O Projeto de Lei nº554/2011 é da autoria do Senador Antonio Carlos Valadares (PSB/SE), que trata da superlotação carcerária como um grave problema social brasileiro. A partir da análise deste projeto, constatou-se que no Brasil há muitos casos de prisões irregulares, e, que o custo ao Estado por mês é muito elevado. A audiência de custódia teria a finalidade de corrigir as injustiças verificadas nos cárceres e poderia também reparar a situação de dispêndio desnecessária. A razão do projeto é transformar aquela medida em um instituto legal.

Outro ponto importante do projeto descrito acima corresponde ao que foi mencionado pelo relator Senador João Capiberibe (PSB/AP) que busca garantir que o cidadão preso não sofra violência ou tortura.

Dentre os operadores do direito não há consenso quanto ao uso da audiência de custódia, pois as garantias do preso em flagrante, dentre elas, a preservação de sua integridade física e avaliação de sua prisão, para um grande número de juristas já estão previstas em lei. Além disso, muitos são da opinião que esta medida sobrecarrega o sistema judicial que já é lento e pesado, como também, não há recursos físicos e humanos para que se adote esta medida de forma efetiva.

A Defensoria Pública da União no Estado de São Paulo, ao divulgar uma audiência de custódia, elenca algumas razões para o seu uso, dentre elas: combate a superlotação carcerária, pois alguns casos não se tornam legal a prisão; inibe a execução de tortura, tratamento cruel e degradante em interrogatórios policiais; respeito às garantias constitucionais, dentre elas, o respeito ao princípio constitucional do contraditório, conforme o art.5º, LV, CF/88 e o projeto de lei nº554/11 propõe a mudança do art.306§1º do CPP, incluindo a obrigatoriedade desta audiência no processo penal brasileiro, nesse sentido, reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos, adequando o ordenamento jurídico interno ao cumprimento das obrigações internacionais. Além disso, eles também mencionam que organismos internacionais como a ONU já sinalizaram a importância da audiência de custódia. Por fim, a DPU/SP alertou que esta audiência reforça a integração jurídica latino-americana, pois este instituto já faz parte de diversos países da América Latina.

Assim, é de suma importância, ressaltar o que dispõe Renato Brasileiro (2015) sobre o projeto de Lei nº554/2011:

Esta audiência de custódia é objeto do Projeto de Lei do Senado Federal de nº554/2011, cujo objetivo é alterar a redação do §1º do art.306 do CPP, que passaria a dispor: "No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, ocasião em que deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública." Após apresentação de relatório pelo Senador João Capiberibe, a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal (CDH) emitiu parecer favorável ao PLS, aprovando contudo, um substitutivo com a seguinte redação:"Art.306 (...) §1º No prazo máximo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, o preso será conduzido à presença do juiz para ser ouvido, com vistas às medidas previstas no art.310 e para que se verifique se estão sendo respeitados seus direitos fundamentais, devendo a autoridade judicial tomar as medidas cabíveis para preservá-los e para apurar eventual violação. §2º na audiência de custódia de que trata o §1º, o juiz ouvirá o Ministério Público, que poderá, caso entenda necessária, requerer a prisão preventiva ou outra medida cautelar alternativa a prisão, em seguida ouvirá o preso e, após manifestação da defesa técnica, decidirá fundamentadamente, nos termos do art.310.§3º A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente sobre a legalidade e necessidade de prisão; a prevenção da ocorrência da tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados pelo preso e ao acusado.§4º A apresentação do preso em juízo deverá ser acompanhada do auto de prisão em flagrante e da nota de culpa que lhe foi entregue, mediante recibo, assinada pela autoridade policial, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os nomes das testemunhas.§5º A oitiva do preso em juízo sempre se dará na presença de seu advogado, ou , se não o indicar, na de Defensor Público, e na do membro do Ministério Público, que poderá inquirir o preso sobre os temas previstos no parágrafo 3º, bem como manifestar previamente à decisão judicial de que trata o art.310 deste código." (BRASILEIRO, 2015, p.926-927).

Segundo dados dos informativos da justiça criminal (2016), há 04 anos tramita no Senado o projeto de lei da obrigatoriedade da audiência de custódia. Nesse período ocorreram discussões e deliberações em três comissões diferentes. O Senado aprovou em setembro de 2015, mas com a apresentação de recursos de emendas. Em outubro, o projeto voltou para análise nas três comissões citadas e está pronto para apreciação no plenário do Senado Federal.

Para Brasileiro (2015) apesar do projeto de lei ainda não ter sido aprovado, a audiência de custódia vem sendo adotada pelo Conselho Nacional de Justiça e alguns Tribunais dos Estados brasileiros com sucedâneo no art.7º, §5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos que dispõe: "toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais".

Conforme notícias do CNJ (2016), o Presidente do STF e do CNJ, ministro Ricardo Lewandowski, em fevereiro do ano passado assinou uma carta com a finalidade de promover ações de capacitação e o desenvolvimento do Judiciário na área de direitos humanos. Além disso, foi à sede da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em Washington, apresentar dados da recente implantação da audiência de custódia no Brasil.

Segundo Luchete (2016) houve a publicação em dezembro de 2015, da Resolução 213/2015 do CNJ, que determina a todos os tribunais de Justiça e tribunais regionais federais, a implantação em suas jurisdições da audiência de custódia, até o final de abril. Essa medida determina o dever do preso ser

ouvido em 24 horas, acompanhado por um advogado ou defensor público, e sem a presença de nenhum policial. Ela tem a finalidade de dar mais oportunidade para o juiz avaliar se a prisão é necessária ou pode ser substituída por outras medidas.

Ainda conforme Luchete (2016), a resolução 213/2015 está em conformidade com algumas decisões do STF sobre o tema: ADI 5240 e a ADPF 347 em que os ministros reconheceram os problemas carcerários e determinaram a organização de audiências de custódia pelo Brasil.

4 A aplicação da Convenção Americana sobre direitos humanos nas decisões jurídicas brasileiras

O ponto nevrálgico da internacionalização dos direitos humanos ocorre através do reconhecimento entre os países do estado de direito e da mutação dos estados autocráticos para o democrático. Associado a tais elementos surge a afirmação da dignidade humana como meio para respeitar cada ser humano, do seu jeito, com suas diferenças, aptidões, que vive em uma sociedade mundial cada vez mais complexa e plural. Além disso, há uma necessidade das constituições nacionais estarem mais vinculadas a princípios e regras de direitos internacionais.

A Corte Interamericana é um órgão judicial do Sistema Interamericano, cujas decisões possuem como finalidade a proteção dos direitos fundamentais. Os Estados que admitiram a jurisdição dessa Corte precisam reconhecer gradativamente suas decisões internamente, já que o art.68, I da Convenção Americana, contém a obrigatoriedade de seu cumprimento, principalmente através de uma participação mais ativa dos operadores do direito que devem apoiar uma maior integração e abertura constitucional ao direito internacional dos direitos humanos, para que ocorra um adequado cumprimento das obrigações internacionais acordadas entre os países que fazem parte daquele Sistema, como o Brasil, em prol de um maior fortalecimento das relações no ambiente regional latino americano.

Atualmente, constata-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CrIDH) é um caso típico de uma entidade regional do Sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos, constituído por relações entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em que estes podem através de assuntos apresentados inicialmente na comissão interamericana (CIDH) buscar a solução de suas demandas, ou mesmo, outro Estado, que tenha reconhecido a jurisdição da Corte apresentar uma petição interestatal.

Ressalta-se também o papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pois sua função precípua em termos genéricos consiste em acompanhar a aplicação dos tratados de direitos humanos do Sistema Interamericano. Ela consiste em um importante órgão de monitoramento, assim, os indivíduos, diretamente, ou, em nome de outrem, podem peticionar em casos de violação de direitos humanos, e não apenas instituições ou os Estados, sendo, portanto, distinto do que ocorre na CrIDH que, apenas concede este direito aos Estados ou a CIDH.

Sobre a competência da Corte Interamericana convém mencionar as palavras de Galindo (2014), a saber:

Desde o princípio de sua atividade judicial, a Corte Interamericana tem compreendido que possui competência para interpretar e aplicar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em todos os casos que lhe são submetidos. É o que deflui do art.62 (1) e (3) do referido tratado,[...]. (GALINDO, 2014, p.242)

A obrigação do juiz do Estado parte da Corte Interamericana ter a obrigação de fazer uma espécie de controle de convencionalidade em suas normas internas, surgiu a partir do caso *Almonacid Arellano y Otros vs.Chile*. No caso *Gomes Lund vs. Brasil* a Corte Interamericana afirmou a obrigação de o juiz estatal brasileiro ser obrigado a exercer um controle de convencionalidade (Galindo, 2014).

Nesse sentido, eis o que afirma Galindo (2014), da seguinte maneira:

É por essas razões que alguns comentaristas tentam resgatar o sentido dos primeiros casos da Corte Interamericana para afirmar que o que juízes e tribunais internos fazem é, sim, apenas uma “espécie de” controle de convencionalidade que, na prática, significaria uma interpretação de direitos e liberdades feita em conformidade a tratados. Isso permitiria a autoridades internas competentes levar tanto em conta normas internas constitucionais como a norma convencional sobre um caso de violação de direitos humanos ou fundamentais (GALINDO, 2014, p.246)

Devido ao conjunto de rebeliões, em virtude do excesso carcerário e da heterogeneidade dos presos por seus delitos e condições econômicas se faz necessário o emprego da audiência de custódia para reduzir a população carcerária e a adoção de outras medidas alternativas, bem como, uma maior relatividade dos julgados, o que evitaria que a prisão contribuísse para o aumento da criminalidade, pela convivência com grandes delinquentes e não a ressocialização, como se espera ao se cumprir as penas, seja através da detenção ou reclusão.

Dentre as principais rebeliões que ocorreram nos presídios brasileiros, vale mencionar o caso da chacina de Urso Branco em janeiro de 2002, em Porto Velho (RO), onde morreram 27 presos, vários foram decapitados e torturados. Ocorreram dentro da prisão, atos de canibalismo, esquartejamento, estupro coletivo, decapitação, “jogo de bola” com cabeças, sevícia com cabo de vassoura, olhos vazados, ida para cela sem luz e com escorpião. Este acontecimento chegou no Sistema Interamericano de Direitos Humanos por meio de uma denúncia na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Foram emitidas dez resoluções pela Corte Interamericana entre o ano de 2002 e o ano de 2011, onde foram determinadas uma série de medidas, entre elas a adaptação física do presídio, a separação dos presos em celas de acordo com aspectos pessoais e do crime cometido.

Recentemente, ocorreram rebeliões no sistema penitenciário de Fortaleza com fuga de apenados; no de Natal os presos colocaram fogo e promoveram uma grande chacina; em Olinda/PE – Barreto Campelo; em Recife/PE no Complexo Prisional do Curado e no Complexo de Pedrinhas no Maranhão.

Desde 2008, o Estado brasileiro é denunciado por problemas como o da superlotação carcerária no Curado, no estado de Pernambuco. Em setembro de 2015, a Corte Interamericana julgou o governo de Pernambuco por denúncias de superlotação e maus tratos. Em outubro de 2015, a Corte ordenou ao país a adoção de medidas como a eliminação do tráfico de armas no presídio e das figuras dos “chaveiros”, o fim da superlotação, acabar com as inspeções vaginais e anais nos visitantes, assegurar acesso aos serviços de saúde, evitar propagação de doenças contagiosas e, por fim, que o Estado brasileiro retomasse o controle do complexo prisional. A inspeção da Corte Interamericana ao Curado, em junho deste ano, teve como objetivo acompanhar de perto a implementação dessas resoluções.

Um dossiê sobre os casos de violência e maus tratos dos presos no Complexo Prisional do Curado, em Pernambuco, cujo processo tramita na Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi divulgado no Recife no ano de 2015. De acordo com o documento, os autos do processo internacional contêm centenas de denúncias, incluindo as referentes às 87 mortes violentas e 74 mortes não violentas ou por causas desconhecidas. Ao todo são 268 denúncias que envolvem assassinatos, torturas e detenções arbitrárias.

Assim, não são raros os casos em que o Brasil foi processado e condenado, perante o Sistema Interamericano de direitos humanos, por conta de sua péssima gestão prisional e de sua política de encarceramento e superlotação dos presídios. Cenas de brutalidade e assassinatos em diversos complexos prisionais, propiciaram ao Sistema Interamericano, Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, a determinar uma série de medidas ao Brasil, por conta da situação de extrema precariedade no Presídio Central de Porto Alegre/RS, no Complexo Penitenciário de Pedrinhas/MA, no Presídio de Urso Branco/RO e no Complexo do Carandiru/SP, no caso do massacre do Carandiru e no Complexo do Curado/PE.

Sabe-se que ainda há dificuldade na implementação das decisões da Corte Interamericana no campo da investigação e punição dos culpados pelas violações dos direitos humanos.

Para tentar mudar o quadro de superlotação do sistema prisional brasileiro, um dos caminhos que o Judiciário tem tomado é a realização de audiências de custódia, em que o preso precisa ser levado à presença de um juiz em até 24 horas. Assim, mesmo sem ainda ter sido aprovada no Congresso Nacional, a audiência de custódia tem sido utilizada como uma sugestão do CNJ para ser implementada em todo país, com fundamento no que dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

5 Considerações finais

O STF vem reconhecendo que direitos fundamentais previstos em tratados internacionais têm aplicabilidade imediata e preponderam sobre a legislação infraconstitucional conflitante. É o que a Corte

afirmou em relação à vedação de prisão do depositário infiel, estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de San Jose da Costa Rica.

Contudo, a jurisprudência brasileira vem se orientando no sentido contrário à aplicação imediata da garantia convencional da audiência de custódia. As decisões judiciais até mencionam o art. 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas afirmam que, diante da inexistência de lei no mesmo sentido, a audiência de custódia não seria exigível. Assim, agem como se tratados internacionais sobre direitos humanos, devidamente internalizados, fossem inteiramente desprovidos de força normativa.

Saliente-se que a simples comunicação da prisão ao juiz, nos termos previstos no art. 306 do CPP, não basta para a satisfação do direito à audiência de custódia. É necessário que haja o comparecimento pessoal do preso, que deve ter a oportunidade de se dirigir ao magistrado, com a presença do MP e defensor.

Destaca-se que o relatório final da Comissão Nacional da Verdade, entregue à presidenta Dilma Rousseff em dezembro de 2014, recomendou a introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal, em iniciativas de reformulação normativa. (CNV, 2014, p. 11 e 12).

A orientação jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos coaduna-se com o objetivo de que as primeiras declarações da pessoa presa se deem para um juiz, afastando ou minorando a possibilidade de que ela venha a ser torturada para a obtenção de confissão.

Assim, deve ser louvada a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, de buscar a implementação das audiências de custódia nos tribunais nacionais. Contudo, destaca-se que a audiência de custódia é um direito fundamental, de aplicabilidade imediata. Portanto, é necessário universalizar prontamente o instituto, de modo a viabilizar sua efetiva fruição por todos os presos, de acordo com o Sistema Interamericano de direitos humanos.

Referências

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

ANISTIA INTERNACIONAL. Combatendo a tortura. Manual de ação. Londres (RU), Amnesty International, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 24 fev.,2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF347 MC/DF**. Audiência de Custódia – observância Obrigatória. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. Acesso em: 20 set.,2015.

BRASIL. Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias//materia/102115>> . Acesso em: 17.07.16

CNJ. **Presidente da CIDH defende diálogo para enfrentar encarceramento provisório.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81625-presidente-da-cidh-defende-dialogo-para-enfrentar-encarceramento-provisorio>> Acesso em: 01 mar., 2016.

CNV. Relatório final da Comissão Nacional da Verdade. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Capitulo%2018.pdf>> páginas 11 e 12. Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal.** Salvador: editora juspodivm, 2015, p.926 - 930.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Proteção Multinível dos Direitos Humanos na América Latina?** O valor da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Manual 2014 – dhes. Red. De Direitos Humanos e Educação Superior. Barcelona: ISBN:97-84-617-1782-8.

LUCHETE, Felipe. **CNJ nega pedido de associação de juízes contra regras de audiência de custódia.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-25/cnj-nega-pedido-juizes-mantem-norma-audiencia-custodia>> Acesso em: 27 jan., 2016.

REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL. **Pressione o Senado para aprovar o projeto que regulamenta Audiência de Custódia.** Disponível em: <<http://global.org.br/programas/pressione-o-senado-para-aprovar-o-projeto-que-regulamenta-audiencia-de-custodia/>> Acesso em: 04mar., 2016.



UMA REFLEXÃO PRINCIPOLÓGICA CONTEMPORÂNEA ACERCA DOS COSTUMES INTERNACIONAIS: quando as práticas consuetudinárias ferem os direitos humanos

Cássio Malta Scuccato¹

Jonathan Matheus de Castro Vaz²

Kenia Magalhães Rodrigues Guimarães³

Flávio Venício da Costa⁴

RESUMO: Os costumes internacionais, fontes de Direito Internacional, são práticas reiteradas que, devido ao seu uso de forma constante, tornam-se um direito. A cultura é a identidade de um povo, e, muitas vezes, diversos povos dentro de um mesmo Estado possuem culturas variadas. Como o Estado, através do Direito, deve resguardar os interesses dos povos, impossível seria (re) pensar o Direito sem levar em consideração os costumes dos povos. Eis um dos grandes desafios do Direito Internacional: adequar os tratados, preservando os direitos humanos, mas sem ferir os costumes dos povos. Isto porque, situações que em determinada região, graças às influências culturais, são perfeitamente “normais”, causam espanto em outros, e por vezes são tidas como violação aos direitos humanos universais. Nesse diapasão, esta pesquisa visa uma análise acerca da mutilação genital feminina, prática corriqueira em países da Ásia, África e Oriente Médio, porém vista como uma violação dos direitos humanos pelos povos de cultura ocidental. Busca-se com a pesquisa analisar tal ato, passando pelo sentido sociológico da linguística, uma vez que para a corrente defensora do direito à cultura, tal prática é vista como um ritual de iniciação, de passagem para a vida adulta, ao passo que para aqueles que defendem os direitos humanos, é um ritual de violência, e que fere os direitos humanos das mutiladas. Neste sentido, busca-se ainda analisar o caráter de universalidade dos direitos humanos, que é posto em cheque, na medida em que existem culturas e costumes diferentes, ocasionando conflitos entre a tradição e as leis.

Palavras-chave: Circuncisão Feminina. Costumes Internacionais. Direitos Humanos.

1 Pós Graduado *Scrictu Sensu*, em nível de Mestrado em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós Graduação *Lato Sensu* em Direito Educacional pelas Faculdades Integradas de Jacarepaguá. Pós Graduação *Lato Sensu* em Metodologia do Ensino na Educação Superior pela Uninter e Graduação em Direito pela Universidade FUMEC. Docente na Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Diamantina.

2 Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais- UEMG. Bacharel em Turismo pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM. Técnico em Enfermagem pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC. Especialização Técnica em Enfermagem do Trabalho pela Escola Técnica Saúde e Vida.

3 Pós Graduado *Scrictu Sensu*, em nível de Mestrado em Direito “Heremênutica e Direitos Fundamentais” pela UNIPAC/JF. Docente na Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Diamantina. Pesquisa temática do reconhecimento da identidade transexual com projetos fomentados pela FAPEMIG e UEMG. Docente do Mestrado em Ensino em Saúde da UFVJM.

4 Graduado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina, em 2009. Advogado atuante na Comarca de Diamantina.



ABSTRACT: International customs, sources of international law, are repeated practices which, due to its use of steadily become a right. Culture is the identity of a people, and often several people within a state have different cultures. As the State, by law, should protect the interests of the people, would be impossible to (re) think the law without taking into account the customs of the people. Here is one of the great challenges of international law: treaties suit, preserving human rights, but without hurting the customs of the people. This is because situations in a given region, thanks to cultural influences, are perfectly "normal", cause astonishment in others, and are sometimes regarded as violation of universal human rights. In this vein, this research aims at an analysis of female genital mutilation, common practice in countries in Asia, Africa and the Middle East, but seen as a violation of human rights by the people of Western culture. Search up to research to analyze this act, through sociological linguistic sense, since for the current defender of the right to culture, the practice is seen as an initiation rite of passage to adulthood, whereas for those who defend human rights, is a ritual of violence, which violates human rights of maimed. In this sense, we seek to further analyze the universal character of human rights, which is put in check to the extent that there are different cultures and customs, causing conflicts between tradition and laws.

Keywords: Female Circumcision. International customs. Human rights.

1 Introdução

A circuncisão feminina, também conhecida como cliteridectomia, excisão ou infibulação, é a prática ritualística consistente na retirada de partes ou de toda a genitália feminina, ou seja, o clitóris, os pequenos e os grandes lábios. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, pode ser definida como sendo qualquer procedimento que envolva a remoção total ou parcial dos órgãos genitais femininos externos e/ou que provoque danos infligidos aos mesmos por motivos não médicos (BRADDY; FILES, 2007; APF, 2009)

Tal procedimento pode ocorrer com a remoção da pele sobre o clitóris ou sobre a extremidade do clitóris, remoção do clitóris por inteiro e do lábio menor, mas sem fechamento da vulva, ou ainda com a remoção do clitóris, do lábio menor e de partes do lábio maior, costurando as laterais e deixando apenas uma pequena abertura para a passagem de urina e fluxo menstrual.

Trata-se de um ato, na grande maioria dos casos, efetuado sem anestesia em que a criança, adolescente ou mulher é presa na posição ginecológica por outras pessoas. Os instrumentos utilizados são desde tesouras, facas, pedaços de vidros, pedras pontiagudas e até lâminas e não são esterilizados. O fato de se tratar de um procedimento comum e contínuo, os mesmos utensílios são usados para mutilar outras garotas e isto pode levar à transmissão de doenças ou, em casos mais graves, à morte (BRADDY; FILES, 2007).

Em todas as sociedades em que é praticada, a mutilação genital feminina é uma manifestação de desigualdade de gênero que está profundamente enraizada em estruturas de ordem social, econômica e política. Assim como a já extinta prática de enfaixamento dos pés, na China, a prática de dote e o casamento de crianças, a mutilação genital feminina representa uma forma de controle social sobre a mulher. Tais práticas têm o efeito de perpetuar papéis de gênero normativos que são desiguais e prejudiciais para as mulheres (APF, 2009).

De acordo com Maria C. Moreira:

As origens deste costume não são firmemente estabelecidas, mas não existe dúvida de que se trata de uma prática milenar. Seu nome popular no Sudão dá uma ideia de sua antiguidade: circuncisão faraônica. Outros afirmam que se originou na Eritreia pré-monoteísta se espalhando posteriormente pela Somália, Sudão, Egito e demais países da África (MOREIRA).

Ocorre que ainda nos dias atuais, tal prática, considerada um costume milenar para uns, mas tida para muitos como uma violação aos direitos das mutiladas, ainda persiste, o que nos convida a refletir se a circuncisão feminina vem a ferir os direitos humanos ou se deve ser tratado pela sociedade internacional como uma prática consuetudinária de determinados povos.

2 Os direitos humanos na esfera internacional

Os Direitos Humanos estão intrinsecamente ligados à ideia de proteção, principalmente no que diz respeito à ordenamentos jurídicos internacionais, e na forma como a sociedade internacional titula tais direitos. Neste sentido, os Direitos Humanos são de fato direitos protegidos e resguardados pela ordem internacional, por meio de tratados, com objetivo de combater violações e arbitrariedades que determinado Estado venha a cometer, ou permita que se cometam às pessoas sujeitas a sua Jurisdição, ou seja, trata-se de direitos que estabelecem um nível protetivo mínimo em que todos os Estados devem obedecer e respeitar, e, em caso de descumprimento, ficarão sujeitos à responsabilização internacional.

Levando em consideração o fator histórico dos Direitos Humanos, destaca-se também a chamada “concepção contemporânea de Direitos Humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e também pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993”. (PIOVESAN, 2010, p.51)

Nesse diapasão:

A declaração de 1948 vem a inovar a gramática dos Direitos Humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de Direitos Humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos Direitos Humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição Humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os Direitos Humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz

de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVEZAN, 2010, p. 52)

A partir dessa reflexão em prol da defesa dos Direitos Humanos Universais, é válido adentrar no aspecto ligado a questão de igualdade. Numa concepção de ser humano, será necessário também pautar-se não somente na ideia de igualdade, mas também em uma ideia de dignidade onde: “será esse valor que dará ao homem o caráter de fim em si mesmo, do qual trata Kant, e não de meros meios para outros fins”. (RAWLS, 1997, p. 183)

Não justifica em hipótese nenhuma, um indivíduo que mora em uma localidade em que seus direitos são resguardados, protegidos e reconhecidos por suas leis vigentes, enquanto outros grupos de pessoas vulneráveis e menos favorecidas, seja por um fator histórico ou cultural, ficarem à mercê de seus próprios costumes e práticas consuetudinárias, inaceitáveis e que ofendem e ferem a dignidade de seus próprios integrantes, como exemplo claro a circuncisão feminina. Daí a grande necessidade de reflexão e atenção voltadas a esses grupos vulneráveis.

De acordo com Piovesan:

Torna-se, insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica geral e abstrata. Faz-se necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em sua peculiaridade e particularidade. Nesta ótica, determinados sujeitos de direitos, ou determinadas violações de direitos, exigem uma resposta específica e diferenciada. Neste cenário as mulheres, as crianças, as populações afro-descendentes, os migrantes, as pessoas com deficiência, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito a diferença. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial. (PIOVESAN, 2010, p.49)

Esforços têm sido realizados em prol de uma universalização dos Direitos Humanos, a fim de que determinadas culturas entendam, que algumas de suas práticas ou atividades são de fato altamente lesivas a dignidade humana, dando exemplo a circuncisão, leva-se em consideração que na visão de Panikkar (1982, p.101), “na arena política contemporânea, como é definida pelas correntes tendenciosas socioeconômicas e ideológicas, a defesa dos Direitos Humanos é um dever sagrado”.

Contudo, alguns pensadores e doutrinadores criticam esse tipo de culturalismo existente no sentido que: “o conceito iluminista de cultura que a considera como a liberdade de pensar e agir, está sendo ameaçado por um culturalismo romântico que, a custa da liberdade, quer prender as pessoas a posturas de valor e papéis preestabelecidos”. (BIELEFELDT, 2000, p. 25)

O ser humano de fato deve ter sua dignidade e igualdade preservadas, mesmo que existam as diferenças, sejam elas principalmente em âmbitos culturais. É mister salientar essa grande importância, de proteção aos direitos e garantias fundamentais, inerentes ao ser humano, uma vez que ocorrendo todo um processo de evolução ao redor do mundo, principalmente no tocante aos próprios direitos civis e

políticos, há de haver também todo um cuidado e atenção especial na tutela destes direitos, não se olvidando das diferenças e do multiculturalismo.

O multiculturalismo é a existência de várias culturas, numa localidade, cidade ou país, sem que não haja predominâncias entre elas, porém são separadas de forma geográfica. Muitos defendem o multiculturalismo, no sentido que cada cultura possui seus devidos valores e costumes, mesmo que estes sejam diferentes. Para esses defensores, pelo fato de haver diferentes culturas, nenhuma cultura poder ser considerada superior à outra, todas as demais pessoas, devem tolerá-las e respeitá-las, mesmo sendo contra todas as suas preferências.

De acordo com Boaventura de Souza Santos:

o multiculturalismo, tal como eu entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo (SOUZA SANTOS, 2003, p.13)

Ainda vale sustentar o argumento de que como todas as pessoas são iguais, uma dada cultura pode vir a não aceitar o comportamento de outra cultura, sendo assim, deve haver o respeito mútuo entre elas. Caso existam considerações de que uma cultura seja melhor ou superior à outra, estaríamos diante de um imperialismo cultural, deste modo, faria-se necessário, na visão dos multiculturalistas, que cada cultura fosse absolutamente considerada igual a outra.

Segundo Pascal Bruckner citado por Piovezan:

No multiculturalismo, cada grupo humano possui uma singularidade e uma legitimidade que formam a base do seu direito de existir, condicionando a sua interação com os outros. O critério justo e injusto, criminoso e bárbaro, desaparece diante do critério absoluto de respeito à diferença. (BRUCKNER, 2007 apud PIOVEZAN, 2007, p.218)

O respeito à diferença está intimamente ligado ao multiculturalismo, uma vez que cada cultura, possuindo seus valores, costumes e práticas, sejam elas de qualquer natureza, devem ser amplamente respeitados. Ser diferente corresponde ao processo de evolução que cada cultura atingiu ou atinge.

Conforme Boaventura de Souza Santos e João Arriscado Nunes:

Multiculturalismo, justiça multicultural, cidadanias plurais e direitos coletivos são algumas das expressões que definem as tensões entre o reconhecimento da diferença e a realização da igualdade, que estão no centro de lutas emancipatórias de movimentos e grupos que reivindicam um novo ideal de cidadania e a construção de um multiculturalismo emancipatório. (SANTOS; NUNES, 2003)

Adentrar em uma cultura e dizer para todos seus componentes que determinadas práticas são erradas, que fogem dos padrões éticos e provar que existem determinados direitos, os Direitos Humanos propriamente ditos, nas quais devem ser obedecidos e respeitados, não é, nunca foi e nunca será uma tarefa fácil.

Neste sentido, a ideia de intervir em determinadas culturas e estabelecer um critério de proteção à dignidade humana, é algo extremamente importante, neste caso, refere-se que a intervenção não seria em hipótese alguma por meio de qualquer conflito, mas sim através de intensos diálogos interculturais e processos de reeducação.

Em consonância com este ponto de vista, segundo Boaventura de Souza Santos (2010, p.13), “para poderem operar como forma de cosmopolitismo insurgente, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceitualizados como interculturais”.

Portanto, se determinada cultura, assim como em países do continente africano, onde ocorre a prática de circuncisão feminina, que por sua vez viola a integridade física e psíquica da mulher, da criança e da adolescente, nos países do ocidente e outros demais países, existirá sempre a necessidade de interação, com objetivo de resolver tais conflitos violadores de direitos. Daí a necessidade de se pensar, com o grande intuito de ampliação da consciência desses povos que resulta por fim na preservação da dignidade da pessoa humana.

3 Circuncisão feminina: direito consuetudinário ou violação aos direitos humanos?

Segundo Rigoldi e Montanha, a cada dia, seis mil mulheres são mutiladas em todo mundo; e algumas das justificativas para a prática são a purificação do corpo feminino, preparação para o casamento, controle da sexualidade, e, no que tange ao corte do clitóris, a garantia da virgindade.

No que tange aos motivos socioculturais, algumas sociedades acreditam que as meninas não se tornam mulheres maduras enquanto não forem submetidas a esta prática. Uma prática considerada necessária para a educação de uma menina e preparação para a sua vida adulta e casamento. É crença comum de que garotas que não são excisadas têm um desejo sexual incontrolável e, neste sentido, uma maior probabilidade de perder a virgindade prematuramente e conseqüentemente não poderão casar (APF, 2009; BRADDY & FILES, 2007; Gruenbaum, 2005).

Embora países como Inglaterra e Estados Unidos tenham um alto índice de mulheres mutiladas, os países do continente africano reúnem o maior número de vítimas dessa prática.

De acordo com Amanda Campos (2015), estima-se que na Somália, exista o maior número de casos: 98% das mulheres entre 15 e 49 anos já tiveram a genitália mutilada. Guiné vem em segundo lugar, com 96%. Djibouti e Egito têm, respectivamente, 93% e 91% da população feminina mutilada. Na Eritreia e no Mali, este número chega a 89%. Em Serra Leoa e no Sudão, a prevalência é de 88%.

Segundo a OMS, estima-se que entre 100 e 140 milhões de meninas e mulheres em todo o mundo tenham sido submetidas a estes processos e que, anualmente 3 milhões de meninas corram o risco de sofrer uma mutilação genital.

Dúvidas não pairam acerca do enraizamento desta tradição na cultura de diversos povos, e a erradicação de um costume tão firmemente arraigado é extremamente difícil. Mas ao abordarmos o tema, é mister evidenciar as consequências da mutilação genital feminina.

Não são conhecidos quaisquer benefícios para a saúde advindos da mutilação genital feminina. Pelo contrário, é do conhecimento comum que a prática prejudica das mais diversas formas meninas e mulheres. Antes de mais, é dolorosa e traumática. A remoção ou lesão de tecido genital saudável interfere com o funcionamento natural do corpo e tem, quer no imediato quer a longo prazo, consequências na saúde. Por exemplo, recém-nascidos cuja mãe tenha sido submetida a mutilação genital feminina sofrem de uma taxa de mortalidade neonatal superior, quando comparada com recém-nascidos de mulheres que não foram submetidas a este procedimento. (APF, 2009)

A Dra. Elise Johansen, médica do departamento de Saúde Reprodutiva da Organização Mundial da Saúde (OMS), em uma entrevista a Agência Efe sobre o assunto no Dia Internacional de Tolerância Zero contra a Mutilação Genital Feminina, afirmou:

Que o risco de complicações psicológicas a longo prazo, incluindo depressão, estresse pós-traumático, desordens mentais e ansiedade são semelhantes aos sofridos pelas meninas que foram abusadas sexualmente. A médica acrescentou que inclusive as meninas que nunca tiveram uma destas complicações sofreram com dor e com uma violência que obriga a ficarem quietas durante o procedimento da amputação, o que representa um trauma. (JOHANSEN, 2012 apud HURTADO, 2012, p. s/n)

Por outro lado, há relatos de que algumas garotas desejam ser submetidas ao procedimento de circuncisão, pois temem a rejeição de suas comunidades caso não sigam a tradição. Além disso, na maioria dos locais onde é praticada, a mutilação genital feminina é encarada como uma cerimônia onde são concedidas celebrações, reconhecimento público e ofertas, tais como presentes, dinheiro e até mesmo comida (APF, 2009).

Como se não bastasse a pressão social a que as garotas são submetidas, há ainda o temor de que, se não passarem pelo procedimento de circuncisão, não consigam um “bom” marido, pois temem que os homens queiram se casar apenas com mulheres circuncisadas. Acreditam ainda que, a mulher, ao ser circuncisada tem o orifício vaginal mais apertado, o que aumentaria o prazer sexual deles prevenindo o divórcio, a infidelidade e o comportamento sexual promíscuo. No entanto, a mutilação genital feminina leva à frieza das suas vítimas e os seus maridos evitam o relacionamento sexual com estas, procurando relações extraconjugais (APF, 2009).

Por outro lado, as consequências nefastas da circuncisão são inquestionáveis.

Neste sentido, o doutor em história social e professor do Instituto de Estudos Estratégicos da Universidade Federal Fluminense, Adriano de Freixo afirma:

Que os países que recebem imigrantes devem respeitar suas culturas e tradições sem criminalizá-las, com exceção daquelas que ferem os direitos humanos, como é o caso da mutilação genital. O respeito às tradições se aplica à liberdade de culto, de expressão, ao ensino bilíngue, costumes e tradições. Mas certos limites devem ser levados em consideração. E esses

são justamente aqueles relacionados à preservação dos direitos humanos. (FREIXO, 2014 apud CAMPOS, 2015)⁵

No mesmo sentido, a socióloga Olga Garcia, afirma que:

a mutilação genital é uma violação dos direitos humanos e herança das sociedades patriarcais e, por isso, não deve ser mantido apenas por seu "questionável valor cultural". A prática, além de violar a dignidade humana, também viola os direitos da criança, já que meninas entre quatro e oito anos também são violadas, ainda afirma a Socióloga que não podemos legitimar crueldades e desigualdades com a desculpa da tradição. (GARCIA, 2015 apud CAMPOS, 2015)⁶

Por fim, o Relatório da Associação para o Planejamento da Família concluiu que qualquer tipo de mutilação genital feminina está reconhecido como prática nociva e uma violação dos direitos humanos das meninas e mulheres:

A mutilação genital feminina viola uma série de princípios, normas e padrões de direitos humanos bem estabelecidos que incluem os princípios da igualdade e não discriminação com base no sexo, o direito à vida – quando dos procedimentos resulta a morte – e o direito a estar livre de tortura, punição ou tratamento cruel, desumano ou degradante, assim como os direitos subsequentes. Uma vez que altera tecido genital saudável na ausência de necessidade médica e pode provocar consequências graves na saúde física e mental da mulher, a mutilação genital feminina é uma violação do direito da pessoa aos mais altos padrões de saúde (APF, 2009).

Isto posto, sem a pretensão de esgotar o tema, e sim de fomentar mais discussões sobre o assunto, resta claro que a mutilação genital feminina fere de sobremaneira os direitos humanos das mulheres excisadas, porquanto devemos estudar as maneiras de conscientizar os povos que ainda utilizam tal costume, sem interferir na soberania de seus Estados.

4 Considerações Finais

Este estudo tem como objetivo propor uma ampla discussão sobre a universalidade dos Direitos Humanos e o multiculturalismo, que, no caso discutido deve nortear o diálogo intercultural com o objetivo maior de transformação no tocante aos Direitos Humanos, dentro de uma política universal que reconheça e ligue diferentes culturas de forma igualitária, em prol da proteção da dignidade humana; neste caso da mulher, da criança e da adolescente, vítimas de circuncisão.

As comunidades que praticam a mutilação genital feminina apresentam uma variedade de razões de índole social e religiosa para a sua continuação. Do ponto de vista dos direitos humanos, a prática reflete uma desigualdade entre sexos profundamente enraizada e constitui uma forma extrema de discriminação contra as mulheres. A mutilação genital feminina é quase sempre exercida sobre menores,

5 Reportagem do meio eletrônico IGSãoPaulo, do dia 25 de abril de 2015. Disponível em: <<<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-25/mutilacao-genital-ao-emigrarem-africanos-exportam-pratica-a-eua-e-europa.html>>>

6 idem

sendo, por conseguinte, uma violação dos direitos da criança. Do mesmo modo, a prática viola os direitos à saúde, à segurança e integridade física da pessoa, o direito de estar livre de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante e o direito à vida, quando daí resulta a morte (APF, 2009).

Não se pretende aqui esgotar o tema, mas provocar uma discussão sobre o respeito à cultura dos povos, aos costumes que passam de geração a geração. Da mesma forma, há que se levar em consideração a dignidade da pessoa humana, mormente quando as práticas consuetudinárias insculpem traumas que acompanharão as mulheres por toda a vida.

Neste sentido, procurou-se entender a forma arcaica como a circuncisão feminina ainda é feita, a dor causada, as consequências advindas de tal costume, o risco de vida que causa às mulheres excisadas, questionando se tal costume não fere os direitos humanos das mulheres.

Mais estudos são necessários para analisar os motivos que levam à manutenção da prática de culturas que ofendam os direitos humanos, em especial a mutilação genital feminina, sobretudo quando os danos e traumas sofridos pelas mulheres excisadas são cristalinos.

Referências

Associação para o Planejamento da Família (APF) (2009). **Eliminação da Mutilação genital feminina**: Declaração Conjunta OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, OMS. Lisboa: APF.

BIELEFELDT, Heiner. **"Western" versus "Islamic" Human Rights Conceptions?: A Critique of Cultural Essentialism in the Discussion on Human Rights**". *Political Theory* 28 (1): 90–121, 2000.

BRADDY, C.M., & Files, J.A. **Female genital mutilation: cultural awareness and clinical considerations**. *J Midwifery Womens Health*, 52(2), 158-163, 2007.

CAMPOS, Amanda. **Mutilação genital**: ao emigrarem, africanos “exportam” prática a EUA e Europa. Revista eletrônica IG. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-25/mutilacao-genital-ao-emigrarem-africanos-exportam-pratica-a-eua-e-europa.html>> Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

CAMPOS, Amanda. **Mutilação genital**: ao emigrarem, africanos “exportam” prática a EUA e Europa. Revista eletrônica IG. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/2015-04-25/mutilacao-genital-ao-emigrarem-africanos-exportam-pratica-a-eua-e-europa.html>> Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

GREUNBAUM, Ellen. **Socio-cultural Dynamics of female genital cutting**: research findings, gaps, and directions. *Culture, Health and Sexuality*, 7(5), 429-441, 2005.

HURTADO, Maria. Reportagem sobre **“Mutilação genital tem efeitos semelhantes a abuso sexual, diz OMS”**, do dia 06 de fevereiro de 2012. Na revista eletrônica IG. Disponível em <<http://delas.ig.com.br/saudedamulher/mutilacao-genital-tem-efeitos-semelhantes-a-abuso-sexual-diz-ms/n1597616682375.html>> Acesso em: 19 de fevereiro de 2016.

LUZ, Natália da. **Se a cultura fere o seu corpo, por que manter esse costume?** In: Por dentro da África. 2014. Disponível em: < <http://www.pordentrodafrica.com/default/circuncisao-feminina-se-a-cultura-fere-o-seu-corpo-por-que-manter-esse-costume-diz-ativista-fardhosa-mohamed.>> Acesso em: 23 de fevereiro de 2016

MOREIRA, Maria. **A circuncisão feminina**. <http://islamicchat.net/fgm.html> Acesso em: 10 fev. 2016.

ONU. **Assembleia Geral das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php> . Acesso em 19/2/2016.

ONU. **Declaração Final e Plano de Ação**. Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos. Viena, 1993.

- PANIKKAR, Raimon. **Is the notion of human rights a western concept?** Interculture: Vol. XVII, nº 1, Cahier nº 82, p 28-47, 1982.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- RIGOLDI, Vivianne; MONTANHA, Rafaela. **Direitos humanos e sua abordagem cultura na mutilação genital feminina**: universalismo, relativismo cultural, diálogo intercultural e hermenêutica diatópica. Revista Eletrônica, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0533a888904bd486> Acesso em: 05/03/2016
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Reconhecer para Libertar**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- SOUZA SANTOS, Boaventura de; NUNES, João Arriscado. **Introdução**: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SOUZA SANTOS, B. de. (Org.). *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, p. 13-59, 2003.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção Internacional dos Direitos Humanos – Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 1991.



“COMUNIDADE GLOBAL DE CORTES”? limites e possibilidades da “fertilização cruzada” nos diálogos entre tribunais a partir da experiência norte-americana e brasileira

Flávia Danielle Santiago Lima⁴³

Arthur de Arruda Carvalho⁴⁴

Eduarda Peixoto da Cunha França⁴⁵

RESUMO: As relações dialógicas estabelecidas pelos tribunais nacionais e cortes internacionais são um fenômeno analisado em suas causas e condicionantes jurídicos e políticos, além das consequências para os ordenamentos. Se o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas propõe uma análise mais ampla, a contemplar os conflitos entre “instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas” (NEVES, 2014, p. 193), a noção de diálogos entre tribunais contempla a discussão da internalização das sentenças de cortes internacionais – e, eventualmente, a tutela multinível de direitos. A problemática oferece mais um importante aspecto: as influências recíprocas entre tribunais ao redor do mundo, com invocação do direito transnacional, conceitos e teorias nas decisões locais, em uma troca de experiências (WALDRON, 2005, p. 129). A “fertilização cruzada” já era reconhecida nas relações entre os antigos impérios e suas colônias, hoje potencializada pelos influxos inerentes à globalização, no reconhecimento de que magistrados são participantes de um “empreendimento judicial comum”, porque aprendem com as experiências dos demais, e cooperam diretamente para resolver demandas específicas”. Vislumbra-se, assim, o estabelecimento de uma “comunidade global de cortes” (SLAUGHTER, 2003, p. 193-195) ou um “constitucionalismo global” (ACKERMAN, 1997, p. 796). Neste contexto, o trabalho questiona, a partir da profícua discussão em torno das vantagens (JACKSON, 2005; 2005; DIXON, 2011; LEVINSON, 2004) e rejeição do cosmopolitismo constitucional (SUNSTEIN, 2009, p. 37) pela Suprema Corte dos EUA (ROBERTSON, 2010, p. 35), cujos aportes influenciam os todo o mundo (TATE, 1995, p. 28-36), a receptividade às doutrinas e decisões de outros países pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, a questionar se não ocorre, neste novo momento, a reprodução das relações de colonialidade.

Palavras-Chave: Transconstitucionalismo. Diálogo entre Cortes. Comunidade Global. Fertilização Cruzada.

43 Doutora e Mestre em Direito Público (Faculdade de Direito do Recife). Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada da União. E-mail: flavia-santiago@uol.com.br.

44 Graduando do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisador Bolsista do PIBIC/UNICAP. E-mail: arthurarruda.carvalho@gmail.com.

45 Graduanda do curso de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisadora Bolsista do PIBIC/UNICAP. E-mail: eduardacunhapf@gmail.com.



ABSTRACT: Dialogical relations established by national and international courts tribunals are a phenomenon analyzed in their legal and political causes and conditions, in addition to the consequences for the systems. If the transconstitutionalism between legal systems offers a broader analysis, to contemplate the conflict between "state agencies, international, supranational and transnational (arbitration), as well as native local legal institutions" (NEVES, 2014, p. 193), the notion of dialogue between courts includes the discussion of the internalization of judgments of international courts - and eventually the multilevel protection of rights. The issue provides another important aspect: the mutual influence between courts around the world, with invocation of transnational law, concepts and theories in local decisions in an exchange of experiences (WALDRON, 2005, p. 129). A "cross-fertilization" was already recognized in the relationship between the ancient empires and their colonies, now boosted by inflows inherent in globalization, the recognition that judges are participants in a "common legal enterprise," because they learn from the experiences of others, and cooperate directly to solve specific demands. "is glimpsed, thus, the establishment of a" global community of courts "(SLAUGHTER, 2003, p. 193-195) or a" global constitutionalism "(ACKERMAN, 1997, p. 796) . in this context, the work questions from the fruitful discussion on the advantages (Jackson, 2005; 2005; DIXON, 2011; LEVINSON, 2004) and rejection of the constitutional cosmopolitanism (SUNSTEIN, 2009, p. 37) by the Supreme Court USA (ROBERTSON, 2010, p. 35), whose contributions influence worldwide (TATE, 1995, p. 28-36), the receptivity to the doctrines and decisions of other countries by the Brazilian Supreme Court to question if it occurs in this new time, the reproduction of coloniality relations.

Keywords: Transconstitutionalism. Global Community. Dialogue among courts. Cross-fertilization.

1 Introdução

O fenômeno da globalização ganhou espaço desde o início do século XX, e fortaleceu-se ainda mais no presente século XXI, implica na integração econômica, cultural, política e social entre os países ao redor do mundo. Ao mesmo tempo em que aquece a economia mundial e facilita o comércio sem fronteiras, também gera conflitos no plano internacional, que necessitam de juízes capazes de proferir decisões mais complexas que aquelas tomadas em âmbito meramente nacional. A globalização presente nos dias atuais é a mais acentuada de todos os tempos. A modernidade tende a aproximar os continentes com o intuito de tornar suas relações mais práticas, mais eficazes e mais rápidas.

O diálogo entre cortes, a fertilização cruzada (SLAUGHTER, 2003) e o transconstitucionalismo (NEVES, 2012), são, de certa forma, fenômenos conexos a outro fenômeno que também se encontra em expansão: a judicialização da política (TATE, 1995). Esta é um fenômeno que se caracteriza pelo grande crescimento do poder atribuído ao judiciário, de forma que este vem exercendo um papel protagonista

quando comparado aos outros poderes. A ideia de compartilhar e debater a fim de encontrar uma melhor solução para uma problemática comum, não se restringe a analisar legislações meramente. Preocupa-se, porém, em analisar também e, sobretudo a jurisprudência das cortes ao redor do mundo. Cortes, essas, que vêm ganhando mais força e poder nos últimos anos, devido, justamente, a judicialização, que se expande pelo mundo com grande velocidade. Com o poder judiciário em evidência na grande maioria dos países, estabeleceu-se uma corte internacional, capaz de realizar debates e discussões a cerca de todos os problemas comuns ao judiciário ao redor do mundo, a fim de dar maior unanimidade a certas questões, como, por exemplo, as concernentes aos direitos humanos e fundamentais. E é logo aí que se encaixa a eficiência da ideia do diálogo entre cortes, pois este irá possibilitar a análise de direitos extremos e divergentes, o que proporcionará aos juízes, membros da Corte Internacional, a possibilidade de dar uma maior unanimização a esses direitos e até habilitando-os a levar ideias mais abrangentes e benéficas a seus países.

O presente artigo se propõe a analisar conceitos como: Transconstitucionalismo, Comunidade Global entre Cortes, Tutela Multinível e os Diálogos Institucionais; conceitos que estão inteiramente conexos e cuja proposta final consiste em analisar as vantagens e desvantagens da interação hoje existente entre os tribunais ao redor do globo, e como algumas cortes exercem influência sobre outras. O que ocorre, notadamente, no caso da Suprema Corte Americana, que dificilmente se utiliza da jurisprudência alheia, mas cujas decisões são citadas em peso, pela grande maioria dos juízes nacionais em diversos países, inclusive no Brasil. Visa, ainda, estudar essas influências a fim de compreender se estas seriam positivas, ou se viriam a trazer à tona retrógrada relação "colônia- metrópole".

Parte-se do estudo de autores que debatem a respeito da significação desses institutos e suas implicações. Especialmente de: Marcelo Neves, criador do termo "Transconstitucionalismo"; Bruce Ackerman, que em seu artigo "The Rise of the World Constitutionalism", descreve como a globalização gerou a necessidade do diálogo entre cortes, visto que questões de âmbito internacional não poderiam ser resolvidas por tribunais de um só dos países envolvidos; Anne-Marie Slaughter, que compartilha da visão de Ackerman, utilizando-se, todavia, de um teor mais crítico e explorando o fenômeno da "fertilização cruzada"; Rosalind Dixon, Sanford Levinson e Vicky Jackson, que, a partir de diferentes argumentos, defendem a benesse dos diálogos institucionais e criticam posicionamentos restritivos, contrários às perspectivas comunicacionais entre instituições.

2 As diversas formas de diálogos: constitucionalismo global, tutela multinível, transconstitucionalismo

2.1 Constitucionalismo Global

Com o fim da Segunda Grande Guerra, o sentimento ao redor do mundo foi de pertencimento a uma grandiosa “teia” que envolvesse e facilitasse as relações econômicas e sociais, por exemplo. Com dificuldades enfrentadas pelos ordenamentos nacionais diante de questões juridicamente complexas, houve também, o desenvolvimento da observação e análise de perspectivas de constituições estrangeiras.

Surgiram diversos tratados internacionais, sendo a Declaração Universal dos Direitos Humanos o maior expoente. Inspirou diversos outros documentos e tem servido de modelo para construção de questionamentos dentro de organizações e de projetos institucionais de governos. A carta foi resultado da necessidade de proteção de tais direitos uma vez que foram manipulados de acordo com pretextos consagrados por constituições totalitárias no período belicoso.

Adentra-se nessa questão, o ponto controvertido; uma discussão ideológica a respeito de como as possibilidades coletivas afetam a soberania de cada Estado. A Soberania não seria dispensada, mas sim, repensada, como capaz de sintonizar as cartas estrangeiras e inserir seus objetos também em seus ideais. Não visando diminuir ou conflitar com posições de nenhum ordenamento nacional, muito menos pretendendo tratamento diferenciado a algum ou alguns países.

Segundo Ackerman (1997), Constituições que possuem uma maior abertura para articulação de novas fontes, demonstram alcançar a finalidade que se espera desse novo modo de enxergar o Constitucionalismo. Amplo, não limitado a fechar-se em seu âmbito, mas rígido em cumprir os propostos pelo âmbito internacional. Pautado na integração entre duas visões de realidades distintas com o mesmo fim, uma vez que o destino do Constitucionalismo Global é encontrar modos de estabelecer uma base ideológica universal - a ser seguida por todas as nações - com vias a efetiva garantia dos direitos fundamentais.

2.2 Tutela Multinível

Os direitos humanos e os fundamentais partem de um mesmo princípio: ambos estão ligados à liberdade e a igualdade. Através desses, a lei institui uma espécie de “freio” para as ações das autoridades. A Constituição de 1988 estabeleceu uma série de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, que envolvem pontos relativos à dignidade da pessoa humana e as garantias e liberdades individuais. A diferença entre eles é simplesmente o fato dos primeiros estarem estabelecidos no plano internacional, enquanto que os segundos encontram-se positivados na norma dos diferentes Estados individualmente. Os dois têm a pessoa humana como foco de sua preocupação, a

diferença é que um deles concerne a um direito interno, enquanto que o outro se estende a uma perspectiva externa.

Os direitos fundamentais podem vir a se chocar, visto que não possuem caráter absoluto. Caso isso aconteça, deve haver o sopesamento de um sobre o outro, a fim de decidir-se qual dos dois é o mais adequado para aquela situação específica; aplica-se o "princípio da proporcionalidade". Este princípio trabalha em cima da razoabilidade, pois visa equilibrar os direitos individuais com as diversas situações que surgem. Trata-se de um princípio de ordem germânica que foi extremamente utilizado na Alemanha no seu período pós-guerra. Defende que nenhuma garantia constitucional pode ser suprema de forma a excluir outra garantia que tenha um grau equivalente ao seu.

Se existem colisões entre direitos que foram instituídos dentro de uma mesma legislação, é certo que existem conflitos entre os direitos de proteção à pessoa humana instituídos no plano nacional e no internacional. Afinal, cada nação possui uma cultura, uma crença e hábitos diferentes. Portanto, por mais que se busque uma coexistência harmônica entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, nem sempre estes irão convergir.

A importância dos Direitos Humanos é de indiscutível relevância. Eles possibilitam que as sociedades sejam regidas de forma mais humanizada, de forma a colocar a pessoa humana em primeiro plano e garantir seus direitos essenciais, dos quais não pode abrir

mão, posto que são inerentes à ela. O fato destes serem colocados nas pautas de discussões de ministros de todo o mundo, é benéfico. Afinal, essa troca de pensamentos e opiniões, provavelmente fará com que o campo desses direitos torne-se mais abrangente, mais unânime, garantindo, assim, com mais vigor, que eles sejam respeitados. Isso porque, sendo estabelecidas em tratados internacionais questões relativas a esses, ficará mais fácil para uma nação "regular" a outra, de forma que as autoridades atuarão, com o objetivo de não feri-los, e, dessa forma, não serem repreendidos pela sociedade internacional hoje existente. Quanto mais vigias e defensores os Direitos Humanos tiverem, mais força e eficácia terão.

2.3 Transconstitucionalismo

Segundo Marcelo Neves, O Transconstitucionalismo é fenômeno que vai além do diálogo entre cortes. Antes, preocupa-se em englobar, também, questões de âmbitos nacionais e supranacionais, de natureza constitucional e, especialmente, no concernente aos Direitos Fundamentais. Resumem-se as relações entre as instâncias do Poder Judiciário; aquele vai mais além, alcançando perspectivas dos outros poderes (Leia-se Legislativo e Executivo, nos mais variados âmbitos) além de outros atores sociais, como se vê em:

O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais (NEVES, 2014, p.194)

Interessante apontar as situações que envolvem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos) responsável pela Corte Interamericana de DH diante das Cortes Nacionais dos Estados membros. A globalização, o diálogo entre cortes e, conseqüentemente, os tratados internacionais, acabam por trazer para o país normas que, muitas vezes, se chocam com a legislação nacional. Nesse sentido, a partir da análise em um destes casos; instituiu-se no Brasil que os tratados internacionais teriam uma hierarquia supralegal, mas infraconstitucional, isto é, inferior a Lei Maior. Tensão existe na relação entre o Estatuto de Roma e o Brasil. O primeiro prevê a aplicação de pena perpétua, algo que é proibido pela Constituição Federal em seu Art 5º, §4. Além do mais, o Art. 60, §4, IV, considera a evitação à medida como uma garantia fundamental, sendo assim extremamente protegida por ser *clausula pétrea*. Em momentos envolvendo extradição, por exemplo, vê-se como solução dita “paliativa” a exigência do Brasil de que o Tribunal Penal Internacional comute a pena perpétua para uma pena de até 30 anos, uma vez que este é o número máximo de pena aceitável no país.

Há um aumento na quantidade de citações a tribunais estrangeiros, não só como complementação de argumentos, mas até mesmo quando das razões determinantes para fundamentar as decisões. Em alguns casos, as referências foram pouco necessárias, como no HC 82.424/RS. Assim expõe Marcelo Neves: “ Nos votos dos ministros, houve uma ampla discussão sobre precedentes jurisprudenciais, dispositivos constitucionais e legislação de estados estrangeiros, tendo sido relativamente insignificante a referência à jurisprudência nacional e internacional” (2014, p.199).

Em outros, porém, a menção ao estrangeiro, mostrou-se fundamental, auxiliando inclusive, na chamada *ratio dicendi*. Contudo, O autor deixa aqui um alerta: Deve-se evitar uma nova espécie de colonialismo. Evitar uma subjugação das leis nacionais diante das internacionais. Citar a lei estrangeira em sua integralidade, sem usar da razoabilidade e parcimônia, tornar-se-á o julgamento com sua construção ideológica diminuída, reduzida a sua essência. Afinal, faltará o conteúdo contextual que deve lhe preencher, o que transformará a decisão em vazia; alheia a realidade do país. Além disso, salutar lembrar que não pode existir dialogo com apenas uma parte. Se a jurisprudência nacional fosse substituída pela simples absorção do estrangeiro, não haveria algo a caracterizar a visão do país, faltaria algo que servisse como contraponto, elemento que se espera ao tratar do tema.

Ao final de um caso envolvendo um atleta mexicano, a sua federação representada por FMF e uma comissão (CAAD), um tribunal de arbitragem (TAS) e um órgão de análise anti-doping (WADA) foi

rejeitada a própria decisão em âmbito nacional, prevalecendo a decisão estrangeira.

O Conflito de ações revolveu em cima de:

(...) o problema potencial de uma colisão entre o princípio constitucional da igualdade, afirmado pela ordem jurídica esportiva transnacional, e o princípio da ampla defesa, baseado na ordem interna do Estado de direito e alegado de maneira implícita pelo jogador. (NEVES, 2014, p.201).

O Transconstitucionalismo pode ocorrer, de forma paradoxal, no mesmo âmbito; no raio de incidência nacional. Isso se dá entre o Estado nacional e instituições nativas, que estão à margem dos moldes do Estado Constitucional. Para estes, inexistem os regramentos que regem o Estado Nacional, eis o ponto controvertido. Como utilizar do sistema para atuar sobre uma esfera que não se limita a seu controle? Quem deve prevalecer? Como se dá a ocorrência do diálogo? Em verdade, a pergunta mais específica que se pode ter é: “De quem é a palavra final quando de uma controvérsia a respeito de direitos fundamentais?”.

Das situações apontadas pelo autor, envolvem comunidades indígenas que, culturalmente, praticam o homicídio contra crianças que nascem com deficiência. Por estar à margem, desconhecem o direito a vida como direito fundamental na perspectiva constitucional. Portanto, há um conflito entre este direito e a autonomia que tais comunidades possuem em preservar sua cultura. Subjugar os nativos por ideais religiosos prova-se ser um erro; algo que extermínio de cultura.

Coube a Antropóloga Rita Segato, a missão de encontrar mecanismos para que a relação de interação entre os dois polos ocorresse. Dessa forma, “(...) enfatizando a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo”. (NEVES, 2014, p. 204).

Nota-se, portanto que, além de não possibilitar a imposição de preceitos do Estado nacional sobre essas comunidades; a elas deve ser garantida a autonomia, porém, de forma controlada, supervisionada, para que seus próprios líderes não procedam com abuso e a noção de legitimação de suas atividades se perca. Tal é a função que o Estado deve possuir diante desta prática, aos poucos, de forma a averiguar momentos com equilíbrio e a longos passos, na esperança de que, futuramente, os nativos possam repensar seu sistema e adaptar suas crenças ao da sociedade geral, de forma livre; se assim for de sua vontade.

Neves apresenta aqui, as teorias propostas por Jackson: Convergência, Resistência e Articulação sendo que esta última, mostra ser a mais adequada.

Verifica-se a interferência como o ocorrido no Paraguai, sobre o direito de propriedade em relação às comunidades indígenas com presença da Corte Interamericana de Direitos Humanos: “ a CortelDH argumentou favoravelmente aos direitos de comunidade local extraestatal sobre o seu território, para assegurar direitos humanos garantidos no nível internacional”. (NEVES, 2014, p.208)

Tal não seria capaz de ocorrer, se espaço não fosse dado; se o Estado paraguaio não tivesse anteriormente, permitido essa abertura a possibilidade de participação de órgãos internacionais.

Conclui-se que, na atualidade, as diversas problemáticas apresentadas em cada nação, a elas não se limitam, passam a ser de interesse internacional, provendo uma discussão, verdadeiro diálogo com potencial interesse as demais nações. Utilizar a ideia do Transconstitucionalismo com equilíbrio, faz-se mister. Afinal, radicalismos na preferência pela lei nacional ou pela lei estrangeira demonstram absurdos e riscos a soberania nacional e a estagnação, exclusão do país da "teia" mundial; respectivamente. É, portanto, prática de potencial benéfico, se de maneira adequada for utilizada: como reconhecimento dos limites de alcance, aceitando ideias externas, novos argumentos de forma a desenvolver melhores resultados.

Ou seja, o mesmo problema pode ser debatido, concomitantemente, por diversos juízos, diversas ordens. Apesar de não serem iguais, possuem uma conexão, de forma que ambos abordam a temática da "troca de ideias", conhecimentos e jurisprudência entre cortes, visando sempre o aprendizado e a busca pela melhor solução para as questões em pauta. Ambos procuram ampliar o campo de visão daqueles que se encarregam de tomar importantes decisões, se encarregam de encontrar um ponto de equilíbrio entre as divergências das diferentes legislações ao redor do globo, a fim de conferir, na medida do possível, uma maior unanimidade ao direito, de forma que " o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro". (NEVES, 2014, p.211). Percebe-se, assim, que o tema abordado não objetiva a imposição de um direito sob outro, e sim a compreensão da razão de ser do direito, a fim de possibilitar uma conexão de maneira articulada entre ambos ou uma decisão plausível e devidamente justificada.

3 Comunidade Global entre Cortes e Fertilização Cruzada

A comunidade entre cortes tem sido construída através de diferentes formas. Os juízes se reúnem frequentemente em conferências nas quais eles leem e citam as suas próprias opiniões e vão colocando como alicerce de seus princípios os conhecimentos obtidos nas trocas de argumentos e informações ao longo de seus encontros. Através dessa convivência, os magistrados passam a ver uns aos outros não só como representantes individuais de uma política restrita e específica, e sim como colegas de profissão, como participantes de um mesmo sistema, o que os permite achar soluções conjuntas para problemas institucionais semelhantes, compartilharem experiências e, obviamente, cooperar diretamente para a resolução de disputas internacionais. Essa perspectiva de unitariedade tornou-se concreta ao ponto de que os membros dessa corte, ao invés de criarem disputas entre si, preferirem celebrar acordos e, dessa forma, agir de maneira unitária e coletiva, privilegiando o diálogo ao invés da discórdia.

Abrir espaço para que o Direito Estrangeiro preencha alguma lacuna ou até mesmo substitua o Direito Natural, gera um questionamento sobre se a adoção daquele converge, de alguma forma, com este, ou se divergem completamente. Juízes que se utilizam do Direito Natural, realizam autoquestionamentos morais, mas surgem as dúvidas: Por que seriam necessárias as análises de juízes estrangeiros para estas perguntas? Mais simples não seria o juiz nacional questionar a si próprio? A resposta para essa prática, como argumentou Jeremy Waldron, acontece pelo “receio” de serem os juízes envolvidos em sua pessoalidade quando julgarem, utilizando-se das opiniões externas com forma de darem embasamento e/ou riqueza substancial. Lembra o autor que, a prática não é construída por meio de individualidades, mas sim, de um conjunto de conhecimento resultado de questionamentos. O real intuito seria a construção coletiva através da análise de casos reais do cotidiano. “[...] from the decisions of judges and lawmakers grappling with real problems in a non-academic way” (WALDRON, 2005, p.10).

Todavia, apesar da ideia de uma comunidade global de cortes parecer inclusiva e igualitária, existem juízes representantes de grandes potências mundiais que parecem deter mais o poder da palavra e das próprias decisões em si, que outros, representantes de países com uma menor força no cenário global. Havendo convergência de opiniões, a comunidade aparenta ser um cenário onde todos os membros têm voz e cujas opiniões são equivalentes. Porém, nem sempre os juízes chegam a um consenso, de forma que, apesar de existir certo respeito entre eles, os magistrados detentores das opiniões majoritárias, estão dispostos a julgar o desempenho e a qualidade do parecer emitido por seus colegas cuja decisão não siga o “modelo padrão” estabelecido pela maioria.

Anne-Marie Slaughter, (2003), aborda um conceito “Transnational Litigation” (Litigância Transnacional). Este, trabalha em cima do cruzamento entre tribunais internos e internacionais, litígios entre particulares e estados e, ainda, lides capazes de atravessar fronteiras, o que não era provável de acontecer há um tempo atrás, visto que a ideia de internacionalização de cortes, ainda não era viável. Arelado a isto, explora a ideia de existir uma “comunidade entre cortes”, de forma que os juízes não mais se restringiriam a pautar suas decisões na lei interna, como também em leis alheias, de outros Estados, ou até mesmo, realizar uma mistura de leis internas com as internacionais. A troca de informações entre os magistrados membros dessa corte gerou um fenômeno que foi intitulado por Slaughter como “Fertilização Cruzada”.

Ocorre, em especial pela citação de julgados estrangeiros por órgãos locais, numa forma de “troca e absorção de conhecimentos alheios aos já conhecidos por aquela corte especificamente. Ela possibilitou que os membros da Corte Internacional, passassem a olhar de forma diferente para as outras, visto que pararam de enxergar seus colegas como meros representantes de uma política particular, e começaram a vê-los como profissionais que enfrentariam e resolveriam litígios concernentes

a casos que atravessam fronteiras. De forma que os casos internacionais, agora, passariam a ser da alçada de cada um desses magistrados, seriam um "problema comum" a ser resolvido por todos, após longos debates que encorajariam a mistura da aplicação de direitos de localidades diferentes, que juntos acabariam por resolver o caso concreto.

A ideia de Fertilização Cruzada é, também, uma forma de tentar evitar a interferência de um Estado na soberania do outro, visto que, via de regra, não há a submissão de um tribunal a outro, não há a aplicação de um só direito e a decisão não está fundada na percepção de um só magistrado. Muito pelo contrário, um juiz, ao utilizar-se de precedentes internacionais, está se valendo de um artifício extremamente válido e pertinente para embasar sua decisão, de forma que esta não será baseada num entendimento só, e sim, numa pluralidade deles. O magistrado vai analisar uma questão que já foi vivenciada por outro tribunal, e, se seu entendimento for conexo a este (ou estes), formatará sua decisão.

A Fertilização Cruzada, assim, gera uma ideia de uma "empresa judicial internacional", na qual os magistrados de diferentes lugares do mundo são participantes (Slaughter, 2003, p.193). Todavia, para que haja um diálogo e não um monólogo entre essas instituições é necessário que as cortes estejam abertas tanto a exportar quanto a importar ideias, ou seja, o diálogo é, obrigatoriamente, uma via de mão dupla, pois, se assim não o for, seu principal propósito, que é de funcionar de forma dinâmica, será distorcido. Também é necessário, algumas vezes, que os juízes pensem e debatam essas ideias que serão trazidas do exterior, a fim de adaptá-las a realidade de seu Estado.

Dixon (2011, p.1), ao citar Jackson, afirma que esta aponta para um dos pontos "complicados" da comunidade global entre cortes e, conseqüentemente, da fertilização cruzada: a receptividade de emendas constitucionais internacionais nos ordenamentos jurídicos dos diferentes países ao redor do mundo. Isso porque essas emendas se chocariam com elementos processuais estabelecidos pela constituição daquela localidade, ou até com alguns princípios e disposições desta; podendo, inclusive, vir a chocar-se com ambos. Essa questão é delicada, razão pela qual a aceitação de uma emenda, demanda um procedimento cauteloso e exigente.

As Cortes devem, assim, avaliar o que seria mais benéfico para o direito interno, especialmente porque algumas constituições preveem dispositivos que ferem os princípios democráticos, o que Dixon, mencionando David Dyzenhaus, chamou de "Wicked Legal Systems" (Sistemas Legais Cruéis), enquanto que os tratados internacionais, em sua grande maioria, buscam respeitar e enfatizar não só o princípio democrático, como também princípios de direitos humanos e fundamentais. Dixon aponta dois tipos de legislações: os Autônomos e os Híbridos. Os primeiros fazem referência a países como a Índia, nos quais a adoção de Tratados Internacionais são mais facilmente incorporados ao sistema legal, visto que a constituição desses locais, facilitam essa aceitação. Os segundos, por sua vez, tem menor aceitação

desses tratados. Trata-se de países como a Alemanha e a Bósnia, nos quais a incorporação e adesão do entendimento exterior passam por um critério mais rígido no crivo dos juízes (judicial review), visto que possuem um sistema legal mais afunilado (DIXON, 2011, p.2).

O problema em dar uma grande abertura para que os juízes invalidem emendas constitucionais, é que esta prática atribui aos magistrados um poder, de certa forma, ilimitado (DIXON, 2011, p.5). Mesmo partindo do pressuposto da imparcialidade jurisdicional, o Poder Judiciário é composto de seres humanos passíveis a deixar seus entendimentos pessoais, mesmo que subconscientemente, interferirem em suas decisões, o que acarretaria, em algumas ocasiões, uma "imparcialidade subclínica". (DIXON, 2011, p.5) afirma que quase todas as decisões que declaram uma emenda constitucional, como sendo inconstitucional, baseiam-se no que é "fundamental", "básico" ou "essencial", em uma única constituição em particular. Além disso, a grande maioria das constituições explicita de forma muito genérica questões referentes a direitos básicos e fundamentais, o que gera uma dificuldade extrema na hora de saber se os princípios internacionais dos tratados podem ou não ser aceitos naquele ordenamento.

Obviamente, ao aceitar uma doutrina estrangeira, o Poder Judiciário deve avaliar a compatibilidade daquela norma com o ordenamento jurídico do local. O entendimento global é muito diverso e abrangente, e, por vezes, não podem ser utilizados em uma determinada localidade sem que seja feita uma adaptação aos costumes e ao caso concreto, como já explicitado acima. Um Tratado Internacional pode ser falho, mas é muito mais difícil que isso aconteça, visto que esse visa atender a problemas mundiais comuns, inerentes a quase todas as nações ou a boa parte delas, além dele passar pela regulação de uma quantidade significativa de autoridades capacitadas e instruídas, o que torna menos provável a incidência de vícios. A pluralidade de magistrados também serve, de certa forma, como uma espécie de fiscalização, tornando muito mais difícil a implementação de atos arbitrários em um Tratado. Enquanto que, normas de certas localidades estão sendo regidas por um grupo bem menor de autoridades, e, portanto, estando mais suscetíveis a possíveis atos que distorcem o propósito da norma ao interpretá-la de forma muito individual e até corrupta. Além dos argumentos acima expostos, é muito mais provável que um ordenamento jurídico interno esteja mais desatualizado que o internacional, visto que este busca sempre atualizar-se e adaptar-se a realidade mundial momentânea.

A questão problematizada por Dixon é: como minimizar as divergências entre os sistemas autônomos e os híbridos? A resposta parece estar na própria causa criadora do problema, como dispõe Vicki Jackson (Unconstitutional Amendments): o processo de engajamento transnacional. Ao avaliar proposições e pensamentos divergentes dos seus, mas que convergem no sentido de tentar apresentar uma solução para um mesmo problema, os juízes começam a adotar posturas menos absolutas e passam a aprender a dialogar e interagir, quebrando com o mito de que somente um posicionamento seria o certo. E assim, após estudar outros pontos de vista, os juízes teriam mais chances de declarar

como constitucionais as emendas internacionais (DIXON, 2011, p.3).

A Fertilização Cruzada não é um fenômeno exatamente novo. Ela está voltando à tona, mas já ocorreu no passado, em circunstâncias diferentes das atuais: a relação entre colônia e metrópole. É o que ocorreu, por exemplo, no século dezenove, nos EUA, visto que o país "importava" dispositivo da lei inglesa (sua metrópole). Desde 1945, todavia, a situação mudou completamente. Os estados Unidos dificilmente importam decisões alheias e, no entanto, a Suprema Corte Americana é citada demasiadamente ao redor do mundo (SLAUGHTER, 2003, p.196). Isso ocorreu porque, ao fim da Segunda Guerra Mundial, o país tornou-se uma espécie de "metrópole internacional", apresentando ao mundo o modelo do "American Way of Life", que influi de forma significativa até hoje na realidade de muitos países, inclusive no Brasil. Essa Fertilização Cruzada é histórica, de forma que sempre o Estado detentor de maior poder, acaba por influenciar os demais, que terminam, muitas vezes, por incorporar tacitamente essas influências. No entanto, estudiosos e observadores apontam argumentos relevantes a fim de defender que a Fertilização Cruzada atual não seria igual a de antigamente. Ou seja, não estaria baseada numa mera relação de colônia-metrópole. Os argumentos são os seguintes: A identidade dos participantes, a dimensão da interatividade do processo, os motivos pelos quais se "pega emprestado" a jurisprudência alheia e a consciência da construção de uma Comunidade Global entre Cortes (SLAUGHTER, 2003, p.196).

Os juízes passam a analisar outros julgados ao redor do mundo, a fim não só de decidir sobre questões que suas legislações não preveem como também questões que estão previstas em suas legislações. Isso porque desejam avaliar como outros magistrados trataram, de acordo com suas leis, questões semelhantes. A intenção ultrapassa o simples fato de querer se utilizar de julgados estrangeiros e passa a almejar uma deliberação comparativa. Ou seja, estudar, comparar e basear-se em direito alheio, deixa de ser somente uma necessidade e passa a ser um desejo dos magistrados, uma busca por mais aprendizado sobre certo tema referente a uma determinada situação, de forma que quanto mais abrangente for o campo de conhecimento do juiz, maior tende sua capacidade de explorar as diversas respostas as problematizações do caso concreto.

A proposta da Fertilização incentiva o diálogo entre as cortes ao invés de um monólogo no qual uma empresta e a outra pega emprestado, o que gera um debate, ao invés de simplesmente um preenchimento de lacunas quanto a lei. Busca superar a figura do "doador" e do "receptor", tentando fazer com que ambos tenham paridade e possam, juntos, discutir e chegar a uma melhor solução, algo mais completo (SLAUGHTER, 2003, p.198).

4 Argumentos contrários x favoráveis

Interessante caso que suscita muitas reflexões foi *Roper v. Simmons* (2005).

Aqui, por meio de verificação da lei estrangeira, identificou-se a pena de morte juvenil como sendo um tratamento “cruel e incomum”, que está previsto pela Oitava Emenda. O Justice Scalia se posicionou contra, afirmando que, apenas o âmbito nacional é que deve considerar o que vem a ser “tratamento cruel e incomum”, não cabendo determinação de outros países.

Jeremy Waldron aponta o caso ser indicativo de como a lei estrangeira é praticamente ignorada na Suprema Corte Americana, sendo por muitos membros considerada apenas uma boa medida. Alguns Chief Justice deram crédito, porém sem deterem mais atenção ao tema. “The justices who cited foreign law simply gave the impression they thought it was a good idea.” (WALDRON, 2005, p.1). Citou outros exemplos como o do Chief Justice Kennedy que considerou a opção como algo instrutivo a Corte, sem, porém, dar base a este argumento e principalmente a posição do Chief Justice Scalia, quem mais se aproximou de formular uma teoria. Porém, o fez apenas para negá-la, uma vez que era contrário a incorporação de lei estrangeira no entendimento do tribunal. Ele questiona: “why should American courts cite anything other than American law? Above all, it has to be a theory of law.” (WALDRON, 2005, p.2). Aponta como exemplo para a formulação da teoria de uso da lei estrangeira, o princípio do Stare Decisis, a vinculação aos precedentes. Este é um princípio sólido, que possibilita base para argumentos. É o que se espera também quando da citação da lei estrangeira.

Waldron conclui expressando seu lamento de que, apesar de tantas ideias de argumentação em defesa da citação a lei externa e ideias para formalizar teorias sobre sua utilização, nenhuma destas foi verificada no mencionado caso (Roper).

Vicky Jackson aprovou o desfecho do caso Roper, e considerou-o um avanço de perspectiva. Afirma que, embora tenha sido marcante, houve momentos entre as décadas de 1940 e 1970 que a Declaração Internacional de Direitos Humanos também foi citada. Não sendo esta, portanto, uma discussão recente. Segundo a autora, existem três modelos de se enxergar o tema do Transconstitucionalismo: O da Convergência (Convergence), que simplesmente inclui a lei estrangeira e/ou a usa como substitutiva

(o que o Justice Scalia critica de forma veemente, em que pese interpretar a Constituição por meio de comparações com o exterior como práticas inaceitáveis, inadequadas). Alguns países como a África do Sul, seguem este modelo de forma bem explícita, onde a Constituição quase que obriga a usar a lei estrangeira quando de decisões de teor Constitucional, além de outras situações em outros países: “ Even without so explicit a mandate, courts in a number of other countries look to foreign or international law for guidance in resolving domestic constitutional questions” (JACKSON, 2005, p. 113).

O da Resistência (Resistance), proposto por Scalia, de forma oposta ao anterior, prevê evitar o uso da citação, como se a lei doméstica lutasse para resistir aos ataques iminentes do âmbito internacional. Alguns que defendem esta teoria criticam que, haveria um aumento indesejável na

discrição judicial. Analogicamente, o Direito Estrangeiro seria o “escudo” que possibilitaria posições cada vez mais tendenciosas e com capacidade de serem prejudiciais.

O da “Articulação” (Engagement) apontado como, o tecnicamente mais aceito, que visa um diálogo entre a lei interna e a lei exterior. Este modelo retira as “vendras” que encobrem a visão do mundo exterior e prevê a entrada de interlocutores que possibilitam reflexões, questionamentos novos. Estas novas informações e pontos de vista são apresentados e postos em discussão, contudo, sem que exerçam controle sobre a interna. Este modelo estaria de acordo com o previsto por David Strauss de que o método de interpretação em common law deve ir até os limites da Carta Maior e deve ser realizada com cautela, para que não interfira nos interesses majoritários, no processo democrático. Portanto, a lei estrangeira deve ser avaliada segundo a forma de visualização nacional; ou seja, de acordo com os costumes locais, bem como o seu histórico. Em suma: O método de análise há de ser o comum ao âmbito nacional, de forma que não haja uma invasão na zona própria da lei doméstica. “Foreign law cannot, by itself, represent what is “deeply rooted in this Nation’s history and tradition,” (JACKSON, 2005, p. 123). Por seu caráter de parcimônia, de equilíbrio, no meio de convergências e divergências, é este o modelo mais propenso ao sucesso ao ser utilizado pela Suprema Corte Americana.

Algumas vantagens seriam a possibilidade de “iluminação” quando da escolha da interpretação mais adequada ao caso concreto, além de vir a ser útil por representar (em perspectiva contrária ao mencionado no modelo de Resistencia), um distanciamento; uma dissociação dos juízes de suas impressões pessoais, resultando em uma maior imparcialidade. Embora que, como já referido, com a globalização, não raro é ter ideias preconcebidas, influenciadas por meios externos. Isso pode vir a ser um bom ponto, como se lê: “ comparisons with what judges think they know about other systems are inevitable, and illustrates that overt references can be a form of accountability, permitting correction of errors” (JACKSON, 2005, p. 120).

Jackson finaliza opinando que, dentro de certos limites, o Transconstitucionalismo possibilita novas experiências em que o diálogo, se feito calcado na ideologia nacional (leia-se, além de outros, seguindo o princípio do Stare decisis) será ótima opção para resolução de casos complexos.

Rosalind Dixon fala em seu trabalho, analisando o de Jackson, sobre as emendas constitucionais e o quanto seu uso em uma perspectiva ampla pode resultar em um processo de discrição judicial, prática de possível risco. Apresenta uma nova posição; uma quarta em relação as três apresentadas por Jackson: A da “não divergência”. Segundo ela, esta variante da *engagement* pode significar uma relação ainda mais aberta entre a lei doméstica e a estrangeira, de modo que possa haver o entendimento da existência de duas normas e com isto, a consideração de ambas como possíveis soluções. Este modelo prevê que as decisões estrangeiras podem ser verificadas não como coercitivas, abstratas superiores, mas sim, com concretude, próximas da realidade e em um nível horizontal. Sobre a vantagem desta

integração, Jackson apud Dixon:

(...) if courts engage with transnational sources appropriately, there is no reason, why the citation of foreign law should lead to an increase in either judges' actual discretion or their perception of discretion.⁶⁸ In fact, as noted at the outset, it may actually help cabin inappropriate or unthinking uses of judicial discretion. (DIXON, 2011, p.13)

Sanford Levinson defende que exista a integração dialógica entre a lei doméstica e a lei internacional, porém o faz com ressalvas: Não se pode presumir que aquela se submeterá integralmente a esta. Não haverá coerção por parte do âmbito externo, mas, um reconhecimento de experiências além das fronteiras nacionais.

5 Fertilização cruzada: para quem?

Há um tempo, seria inapropriado não beneficiar os EUA quanto a sua experiência com o constitucionalismo quando comparada a experiência de outros países, que eram simplesmente muito recentes para que pudessem ser confiadas. Como os EUA foram pioneiros em apostar efetivamente numa constituição escrita (Bill of Rights) e adotar a revisão judicial, estes não parecem ter sido impactados, de forma positiva, pela hegemonia do constitucionalismo. Isso porque os juízes, advogados e até mesmo estudantes e estudiosos, sequer consideram a possibilidade de se utilizarem ou até mesmo de aprenderem através de uma opinião emitida por um juiz de alguma outra corte que não a americana. A Suprema Corte Americana, assim, está acostumada a ser a fonte das decisões importadas dos outros sistemas legais. Ela está muito mais propensa a "emprestar" que a "pegar emprestado":

The typical American judge would not think of learning from an opinion by the German or French constitutional court. Nor would the typical scholar- assuming contrary to fact, that she could follow the natives reasoning in their alien tongues. (ACKERMAN, 1997, p. 2).

Mas qual a origem desse forte constitucionalismo? Como a Suprema Corte Americana se consolidou de tal modo? Para responder tais questões, devemos realizar um esboço histórico:

Após a Declaração de Independência de 1776, respostas e planos de ação eram esperados. As reflexões tramitavam quanto aos modelos a serem implantados em uma nova ordem jurídica.

O modelo da época, ainda com muita influência da antiga metrópole britânica, possibilitava muita autoridade ao Legislativo, representante da vontade do povo. Madison, um dos autores de "O Federalista", contudo, alertou para um possível e provável risco: A vontade do povo utilizada pelos parlamentares poderia se transformar na simples vontade destes representantes, ao "esquecerem" de desempenhar a função esperada.

Destarte, a nova fórmula pretendia uma limitação a soberania popular, na figura do Constitucionalismo, que possibilitaria decisões e verificações mais justas, e protegeria as minorias, o que reduziria o impacto dos imperativos da maioria sobre estes. A Constituição representa conjunto de

vontades do povo em diversos momentos, com tendência a perpetuidade. Por isso, leis simples de uma maioria em um momento isolado, não podem ser capazes de modificá-la com usualidade e liberalidade. Com o sistema de freios e contrapesos, caberia ao Judiciário verificar e restringir excessos dos outros poderes. Esta interferência se encontrou constituída no instituto da revisão judicial (*judicial review*), em que, aquele poder averiguaria a conformidade da produção normativa com a Lei Maior.

O fim da Segunda Guerra Mundial e a ascensão dos EUA como a maior potência mundial, foi a época perfeita para que o resto do mundo, que aspirava por paz e organização em suas pátrias, quisessem ter uma estrutura política semelhante ao melhor dos modelos democráticos da época: O americano. Assim, aos poucos, as nações passaram a adotar um modelo de constituições escritas como sendo estas as leis supremas que as regem, a fim de garantir que nenhum outro regime arbitrário fosse instituído. Com isso, conseqüentemente, o Judiciário, que tem como função maior a proteção das leis e a defesa das minorias, tornou-se o protagonista dentro de um elenco no qual, teoricamente, todos os poderes deveriam ter atuações de igual importância.

Com toda a situação criada, os EUA estabeleceram - se como um modelo original, que servia de base de inspiração para o resto do mundo. Apesar das mudanças que ocorreram com o tempo, e das consolidações e conquistas dos modelos constitucionais de outras nações, os americanos parecem ainda considerar todos esses outros modelos como meras "cópias", incapazes de contribuir de alguma forma, para com o original. Afinal, que legislação seria mais bem estruturada que o "Bill of Rights"?

Por mais globalizado que o mundo esteja, cada país tem uma pluralidade especial. Por mais que o direito internacional vise a unanimidade, a originalidade, muitas vezes, é um fator fundamental para que a cultura de cada nação seja respeitada e preservada. Logo, estudar a Corte Americana e as demais cortes que também são destaques mundiais (como a da Alemanha, Itália e Canadá), é importante; mas é necessário um olhar crítico para saber até onde essa influência deve ir, para que esta não afete a essência do produto final. Se esse olhar não existir, as cortes não serão instituições pensantes e ativas, e sim, meras cópias capazes apenas de reproduzir o direito estrangeiro.

A ideia, então, do diálogo entre cortes, não é que uma incorpore as decisões da outra, e sim que todos sejam capazes de aprender, partilhar e aplicar, depois dos conhecimentos obtidos, o direito em cada caso concreto. Obviamente, algumas decisões serão semelhantes, e isso não virá a ser um problema, desde que algumas cortes não se restrinjam a reproduzir outras. Como prova de que as legislações são diferentes e, portanto cada país possui uma peculiaridade, vale frisar-se o fato dos EUA, em alguns estados, apesar de já ter sido comprovado que essa prática não diminui a o índice de criminalidade, adotar a pena de morte. Se alguns estados brasileiros, por exemplo, fossem adotar essa prática, ela se chocaria bruscamente com os direitos fundamentais instituídos na Constituição Federal de

1988, que autoriza a pena de morte apenas em casos de guerra. Além disso, o Brasil ainda possui um sistema penal falho e suscetível a erro, visto que muitos são condenados sem sequer serem julgados. Se o Brasil instituísse a pena de morte, inúmeros indivíduos inocentes, acusados de algum crime (provavelmente hediondo), morreriam injustamente. Ou seja, essa prática não se adaptaria a realidade brasileira, apesar de para 31 dos 50 estados americanos, ser completamente viável. Cada país possui uma cultura e uma estrutura diferente, razão pela qual uma corte não deve simplesmente importar as decisões de outras, sem fazer as necessárias adaptações a sua própria realidade.

Nenhuma instituição composta por seres humanos está insuscetível a errar, nem mesmo a Suprema Corte Americana. Um claro exemplo dessa afirmação é o caso de *Dred Scott vs. Sandford*, no qual a Corte Americana sentenciou que as pessoas de ascendência africana, sendo estes escravos ou não, não estavam protegidos pela Constituição dos EUA e nunca se tornariam cidadãos daquele país. Além disso, ainda decidiu que o congresso não poderia proibir a escravidão nos territórios federais da união, que os escravos, visto que não eram cidadãos, não poderiam requerer em tribunais e que os escravos não poderiam ser tomados de seus donos sem que houvesse o devido processo legal. A corte só veio a consertar seu erro, e parcialmente, mais tarde, nos casos *Slaughter-House*, onde revogou em parte, através da décima quarta emenda, o posicionamento anterior. De forma que esta declarou todas as pessoas nascidas no país como cidadãos, e, portanto, indivíduos sujeitos à jurisdição deste. O caso *Dred Scott vs Sandford*, ocorreu em 1857, mas até os dias de hoje serve como exemplo para alertar que não existe jurisdição perfeita.

Entretanto, uma nova era chegou, e esse privilégio exclusivo não mais se justifica. Há sessenta anos, dificilmente alguém acreditaria que o constitucionalismo e o "judicial review" seriam tão presentes e atuantes quanto nos dias de hoje. Com o fim do Nazismo, visualizou-se uma crescente no seguimento de orientações protetivas de Direitos Humanos. O Constitucionalismo parece ter o domínio o mundo de forma hegemônica. Os franceses, ingleses e até mesmo a América Latina em geral, por exemplo, não acreditavam que constituições escritas pudessem ser a base de uma forte democracia. Hoje, a fé e a confiança que tem se depositado em constituições escritas, causou imensurável impacto no mundo, de forma que cortes constitucionais de grande peso foram instauradas em diversos países. Hoje, podemos observar que lugares como a Alemanha, a Itália, a Índia e a União Europeia ultrapassaram o marco de 50 anos de experiência com constituições escritas e cortes constitucionais, o que os atribui credibilidade e, certamente, já os torna aptos a serem estudados e até mesmo utilizados como referência ou solução para casos concretos ao redor do mundo. Até que no futuro essas legislações viessem a despencar, ainda assim mereceriam ser objeto de estudo e comparação. Os EUA, definitivamente, são um caso especial pelo fato de terem sido os primeiros na adoção desse modelo. Mas o passar dos anos fez com que outras poderosas e admiráveis cortes surgissem, de forma que a Suprema Corte Americana perdeu

seu caráter de quase exclusividade e não deve mais ser vista ou tida como um modelo absoluto, impenetrável e insuscetível a influências externas.

6 Conclusões

O comportamento separatista de alguns juízes pode prejudicar o próprio país, que por causa de seu descaso com a lei estrangeira, comporta-se como um império autossuficiente e impenetrável. Olhar além de sua própria legislação, ajuda os juízes a fazerem um trabalho melhor e mais eficaz, pois passam a ver os problemas com outros olhos, de forma mais abrangente e menos restrita, o que os permite formarem decisões que antes, nem se quer estavam em suas pautas. Ao invés de rejeitar o conteúdo vindo do exterior, a Suprema Corte Americana deveria estudar cautelosamente os posicionamentos que se diferenciam dos seus, a fim de enriquecer sua experiência e até mudar seus conceitos: "It is the simple desire to look around the world for good ideas, rather than regarding some judges as "givers" and others as "receivers" of the law, that is new and striking" (SLAUGHTER, 2003, p. 201,202).

No entanto, a experiência da existência de uma comunidade global de cortes, não é de todo uma mera encenação, e, obviamente, também traz aspectos positivos para o cenário mundial. Essa troca de ideias e opiniões enriquece o conhecimento dos magistrados participantes e expande seus horizontes de forma que passam a enxergar determinadas situações, como jamais enxergariam sozinhos, sem a ajuda de seus colegas. Cada vez mais, especialmente se tratando de países que adotaram o sistema do "common law", os juízes estão considerando decisões precedentes de jurisdições de outros países, especialmente quando o caso concerne a direitos humanos.

Hodiernamente, o Direito Internacional tem se expandido de forma que, em realidade, tem influído nos ordenamentos nacionais. Em alguns casos, alegar afronta a soberania nacional não é impeditivo suficiente para a atuação da lei estrangeira.

Principalmente em matéria de direitos humanos. Os juízes conduzem esses diálogos citando-se mutuamente, e também através de interações diretas, tanto pessoalmente, quanto através de computadores. Além de importarem ideias de jurisdições alheias, eles também, quando querem fundamentar as decisões tomadas baseadas em outras cortes, procuram buscar argumentos que interliguem semelhanças históricas e culturais entre o país daquela determinada corte estrangeira, e o seu próprio país.

A proposta busca um só escopo: a paz mundial. Entretanto, percebe-se que a ideia de uma comunidade global entre cortes, até o momento, ainda é um ideal a ser atingido, visto que o que se tem agora, nada mais é do que um cenário armado para aparentar equilíbrio e inclusão. A Corte Internacional é uma instituição disfarçadamente seletiva, que emergiu nos últimos anos. Sua proposta de estabelecer a justiça é um ideal promissor, mas que ainda se encontra distante, visto que, por enquanto, nada mais é

que uma instituição dominada por aqueles que detêm o poder.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **The rise of world constitutionalism**. Virginia Law Review, v. 83, 1997. Disponível em:

<http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Faculty/TheRiseofWorldConstitutionalism.pdf>

DIXON, Rosalind, **Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments**. Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series, n. 349, 2011

JACKSON, Vicki C. **Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement**. Harvard Law Review, v. 119, 2005.

LEVINSON, Sanford. **Looking abroad when interpreting the U.S. Constitution: some reflections**. Texas International Law Journal, v. 39, 2004.

NEVES, Marcelo. **Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina**. Revista de Informação Legislativa, n. 201, jan/mar 2014

SLAUGHTER, Anne-Marie. **A global community of courts**. Harvard International Law Journal, v. 44, 2003.

WALDRON, Jeremy. **Foreign law and the modern ius gentium**. Harvard Law Review, v. 129, 2005.



ENSAIO SOBRE O CONSTITUCIONALISMO ANGOLANO E BRASILEIRO: análise dos princípios da legalidade e da segurança jurídica

Rayane Gomes Dornelas Alcoforado Sukar¹

RESUMO: O presente estudo tem, por via de análise, comparar as constituições do Brasil e da Angola, trazendo os textos magnos dos referidos estados para a égide dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, inserindo-os no modelo do neoconstitucionalismo. A importância deste trabalho se justifica pela intensa cooperação econômica entre os dois países no século XXI. Ademais, enquanto o ordenamento jurídico brasileiro já apresenta sinais de maturação constitucional, o angolano ainda procura firmar as bases de um Estado Democrático de Direito. Desta forma, com o desenvolvimento do presente estudo, pretende-se aprimorar os conhecimentos a respeito deste assunto no Direito Constitucional Comparado.

Palavras-chave: Direito Comparado Constitucional. Constituição. Brasil. Angola.

ABSTRACT: On the course of the XXI century, the economic relation between Brazil and Angola has been improved and became stronger. Therefore, this study compares both countries constitution, specially the principles of legality and judicial security, which make a part in the new constitutionalism doctrine. While Brazilian law order presents maturation signals, Angola seeks to establish the foundations of a democratic state. Thus, with the development of this study, it is intended to improve the knowledge regarding this matter in the Constitutional Comparative Law.

Keywords: Constitutional Comparative Law. Constitution. Brazil. Angola.

1 Introdução²

A relação entre o Brasil e a África, em especial com a Angola, é marcada, na antiguidade, pelas cruéis e infelizes lembranças do tráfico negreiro, mas, atualmente, é pelo diálogo.

No século XXI, a Angola se tornou prioridade na agenda internacional brasileira, a qual atribuiu especial relevância aos países lusófonos, com os quais o Brasil divide laços históricos.

A estratégia brasileira pode ser vista de forma paradoxal, na medida em que o país estaria, em momento de crise financeira, fomentando esforços diplomáticos em direção a um país pobre e com pouca influência no contexto geopolítico global.

1 Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Advogada.

2 Agradeço ao meu amado esposo, Matheus Sukar, pelo seu apoio incondicional.

Como argumento contrário a essa ideia, observa que o Brasil começa a se tornar exportador de capital e tecnologia, além da tradicional exportação de produtos primários, de serviços e de manufaturas. Nesse sentido, a Angola é uma das regiões mais adequadas aos investimentos das empresas brasileiras.

Ademais, a Angola é uma das poucas fronteiras naturais ainda abertas para a expansão dos negócios em setores como petróleo, gás e mineração, sendo palco de uma disputa global por acesso a matérias-primas cada vez mais escassas, e o Brasil, com a adoção dessa política de parceria, pode alcançar espaço privilegiado nesta competição.

Neste cenário, é que o presente estudo pretende, em seu objetivo geral, demonstrar através do Direito Comparado as constituições brasileira e angolana, verificando a aplicação e o respeito ao princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Para realizar tal intento, faz-se necessário compreender, através dos objetivos específicos, a plenitude do fenômeno do Constitucionalismo, comparando o neoconstitucionalismo brasileiro e o novo constitucionalismo angolano, estudando os princípios da legalidade e da segurança jurídica no Brasil e na Angola.

2 o neoconstitucionalismo brasileiro: o princípio da legalidade e o da segurança jurídica

2.1 O Estado Democrático de Direito e a Carta Magna de 1988

A Constituição Federal de 1988, especialmente, em seu Preâmbulo e no artigo 1º, propõe expressamente a formação de um Estado Democrático de Direito, o qual tem a sua tônica voltada para o homem, compreendido como um cidadão ativo que participa das decisões políticas que refletem na coletividade. Sendo assim, as leis criadoras de direitos e deveres em uma sociedade devem ser frutos da vontade popular e não instrumentos de dominação utilizados pelo Estado.

Neste sentido, assevera-se que a plataforma ideológica contida no Preâmbulo da Constituição vigente expõe a instalação de "um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais", orientados pela realização de "valores supremos de uma sociedade fraterna", ou seja, reconhece a instituição de Estado constituído por representantes do povo e com finalidades predeterminadas. E em seguida, o artigo 1º reforça tal proposta de ação ao dispor que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, que consiste na dimensão jurídico-normativa, por excelência, do valor originário da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Vislumbra-se, diante da citada Carta Magna, uma exacerbada necessidade de proteção para aplacar o medo da sociedade brasileira, temerosa por causa das outras Constituições, uma vez que a ideia dominante era que a nova Constituição:

Não deveria marcar somente a volta ao Estado de Direito, mas a desmontagem das estruturas políticas, econômicas e ideológicas que foram consolidadas durante a ditadura. Ela não exerceria apenas o papel de tradutora dos valores predominantes, mas também o de propulsora de transformações sociais. Não poderia ser igual às outras. Nem na forma, nem no estilo, nem nas afirmações e nas formulações fundamentais. O de que se tratava era fazer uma Constituição realmente libertadora de nosso povo, que pudesse garantir ao mais humilde cidadão ter seus direitos totais assegurados, inclusive o direito de simplesmente não aceitar o fato de não ter nada quando alguns poucos têm tudo. (ABRAMO, 1985, p. 23).

Neste contexto, convém lembrar que o anseio por uma nova Constituição surgiu em um momento de transição. Os brasileiros lutavam pela redemocratização do Brasil. Ou seja, os cidadãos almejavam o fim da ditadura, as eleições diretas e a revogação, por inteiro, da Constituição de 1969. Este desejo não ficou apenas no coração dos brasileiros, multidões reunidas em grandes comícios enfrentaram o sistema político autoritário vigente e exigiam “Diretas-já”.

Desta forma, salienta-se que os “fundamentos sociológicos da Constituição são os *fatores reais do poder*, constituídos pelo conjunto de forças politicamente atuantes na conservação das instituições jurídicas vigentes”. (NOVELINO, 2008, p.39). Isto significa dizer que tais fatores formam a Constituição *real* de um país que é, em essência, “*a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*”. (LASSALLE, 2000, p.10 apud NOVELINO, 2008, p.39). Ferdinand Lassalle ainda adverte que:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas de poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar. (LASSALLE, 2000, p.40 apud NOVELINO, 2008, p.39).

Diante disso, compreende-se o Estado Democrático de Direito como sendo àquele que representa maior equilíbrio entre os dois principais sistemas governamentais apresentados no século passado, a saber, o comunismo e o liberalismo. Ou seja, ele é fruto da experiência da maioria dos países acerca da bipolaridade vivida no cenário pós Segunda Guerra Mundial, significando uma solução prática proposta pela sociedade para ultrapassar as barreiras e superar os desafios da atualidade.

A moderação entre os dois sistemas encontra respaldo justamente no binômio democracia e direito, em que, pelo primeiro, tem-se o povo como voz não apenas essencial, mas principal, para definição dos rumos do Estado. Ora, o sufrágio e o direito de escolher do cidadão ganham ênfase quando, de forma direta e com garantias de respeitabilidade, podem definir o representante popular. Por sua vez, os direitos, de maneira geral, dizem respeito a uma série de princípios, e não apenas de normas legislativas, que concedam uma base saudável para alicerçar a relação entre a soberania estatal e pessoa humana. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Diante deste contexto, percebe-se que, hodiernamente, continua-se vivendo em um tempo histórico de grandes questionamentos constitucionais, sobretudo no âmbito da sociologia do direito.

As raízes do nosso sistema, cravadas no Texto Supremo acima comentado, fazem com que a atenção dos estudiosos seja convocada para o inevitável debate sobre o conteúdo de princípios fundamentais, conduzindo os feitos à apreciação do Supremo Tribunal Federal. (CARVALHO, 2011). E isto está intimamente relacionado ao princípio da segurança jurídica e ao da legalidade.

2.2 O princípio da segurança jurídica e o da legalidade

No Direito em geral e, principalmente, no Direito Constitucional, seja ele angolano ou brasileiro, a utilização dos princípios sempre esteve relacionada à problemática das lacunas da lei, servindo, desta forma, como fonte subsidiária do Direito.

Desta forma, Miguel Reale, em seu profícuo magistério, ensina que: “princípios são verdades ou juízos ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”. (REALE apud ASSUNÇÃO, 2000, p.14). Existem várias destinações, uma delas é o princípio constitucional da segurança jurídica o qual Dirley da Cunha Jr. define como:

O valor segurança jurídica é consagrado por vários outros princípios: direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, irretroatividade da lei, entre outros. Este princípio enaltece a idéia de proteger o passado (relações jurídicas já consolidadas) e tornar o futuro previsível, de modo a não infligir surpresas desagradáveis ao administrado. Visa a proteção da confiança e a garantia da certeza e estabilidade das relações ou situações jurídicas. (CUNHA JÚNIOR, 2009, p.56).

Entre as grandes diretrizes que formam o estrato axiológico das normas jurídicas no Brasil, algumas se apresentam como conteúdo de enunciados expressos, enquanto outras se encontram na implicitude dos textos do direito posto. Todas, todavia, com a mesma força vinculante. (CARVALHO, 2011).

O princípio da segurança jurídica, no ordenamento pátrio, encontra-se implícito na legislação brasileira. No entanto, cumpre registrar que não se tem notícia de que algum ordenamento o contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de outros princípios, como o da legalidade, da universalidade da jurisdição, entre outros. Isso, no entanto, em termos de concepção estática, de análise das normas, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. (CARVALHO, 2011).

Nesta senda, o princípio da segurança jurídica funciona como sustentação do Estado Democrático de Direito, estando especialmente vinculado aos direitos fundamentais. Paulo de Barros Carvalho leciona que o princípio da segurança jurídica é verdadeiro meio de coordenar o fluxo das relações inter-humanas, pois promove a manutenção da organização social e a estabilidade da ordem jurídica, uma vez que tutela a proteção da obrigatoriedade e vigência do direito (implícitas no valor da justiça). Neste sentido, o autor complementa que:

A circunstancia de figurarem no texto, ou no contexto, não modifica o teor da prescritividade da estimativa, que funciona como vetor valorativo que penetra as demais regras do sistema, impregnando-lhes, fortemente, a dimensão semântica. Por isso mesmo são colocadas no altiplano da Constituição. De lá, precisamente onde começam todos os processos de positividade das norma jurídicas, descem aqueles primados para os vários escalões da ordem legislada, até atingir as regras terminais do sistema, timbrando os preceitos que ferem diretamente as condutas em interferência intersubjetiva, com a força axiológica dos mandamentos constitucionalmente consagrados. (CARVALHO, 2011, p. 277).

Por outro lado, no contexto da Constituição de 2010, a Angola ainda “engatinha” no primado em comento, a ponto de o presidente da corte constitucional angolana afirmar publicamente a necessidade de padronização das decisões, especialmente de tribunais inferiores, conforme se verifica:

[...] Cristiano André, reconheceu [...] em Luanda, que o país carece de cobertura para assistência e segurança jurídica dos cidadãos. Segundo o juiz presidente, que teceu tais considerações durante a cerimónia de abertura do seminário “Para uma nova geografia da Justiça”, organizado pelo Ministério da Justiça, é indispensável que os tribunais sejam capazes de dar corpo ao postulado Constitucional para assegurar a defesa dos direitos e interesse legalmente protegidos. (Cristiano André reconhece insuficiência na assistência e segurança jurídica dos cidadãos, 2012).

Há, portanto, dois momentos distintos quanto à segurança jurídica. Por um lado, se o sistema brasileiro vive um momento de amadurecimento, cujas bases parecem estar bem alicerçadas; por outro, os angolanos ainda tentam fincar as bases do princípio dentro do ordenamento.

Nesta senda, o princípio da legalidade é constitucionalmente garantido, no Brasil, através do artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, pois que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. (BRASIL, 1988).

Na Constituição angolana de 2010 (ANGOLA a, 2010), o parágrafo 6º traz o seguinte teor, nos seus três itens:

1. A Constituição é a lei suprema da República de Angola.
2. O Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade, devendo respeitar e fazer respeitar as leis.
3. As leis, os tratados e os demais actos do Estado, dos órgãos do poder local e dos entes públicos em geral só são válidos se forem conformes à Constituição.

Mas como se aplicam e se interpretam tal princípio nos dois países? Necessário comentar que as bases da legalidade, tanto no Brasil quanto na Angola, são bastante similares inclusive em seus objetivos precípuos, quais sejam, retirar do Estado a arbitrariedade, fazendo com que o governo e seus respectivos poderes sejam regidos pela lei.

Pela legitimidade, exige-se que a lei seja formal apenas no sentido de que emane, em sua formação, dos órgãos representativos. Ademais, tomou-se consciência de que não se pode ignorar seu conteúdo, que também há de corresponder aos valores consubstanciados no ordenamento jurídico. Abandona-se, pois, como se vê, a noção puramente formal da lei, para ir mais longe e exigir que a lei

corresponde, em seus mandamentos, à ideia de justiça encampada pela ordem constitucional, com o respeito à dignidade da pessoa humana, da liberdade, entre outros. (TAVARES, 2008).

Verifica-se, portanto, que o princípio da legalidade é um dos pilares da democracia hodierna. Qualquer Estado que se julgue democrático precisa se submeter ao primado em comento. Ademais, vale ressaltar que o termo legalidade não se restringe apenas à criação ou à submissão do Estado à letra da lei, porém insere, em seu bojo, outro princípio dele derivado: a inafastabilidade do judiciário, disposto no mesmo artigo 5º, no entanto, no inciso XXXV, da Constituição da República. Afinal, trata-se da instituição de um Poder – o Judiciário – específico, capaz de discernir o cumprimento ou não da legalidade por parte do governante. Não obstante, também o próprio sistema instaurado no Brasil permitiu que tal controle seja exercido internamente por cada Poder, através de procedimentos e órgãos criados para tal propósito.

Bom ressaltar que o Estado regido pela Constituição não deve ficar apenas sob a lei, mas deve ser pela lei, como no Brasil e na Angola. A diferença jaz no fato de que, sob a lei, a Administração Pública – em sentido amplo – só poderia governar através do que está estabelecido; todavia, pela lei, a soberania popular encontra voz nos governantes. Estes, além de submeterem a princípio e regramentos consagrados, como normas constitucionais e tratados internacionais, têm a permissão de criar novos textos legais para que se modifique o que for permitido, acrescentando novas bases à Administração estatal.

Então, chega-se em um ponto crucial: a instituição das leis. Do ponto de vista abstrato, pode-se até defender a pureza do princípio da legalidade. Contudo, na concretude do mundo jurídico, sobretudo no viés de análise da Sociologia do Direito, sabe-se, a lei é criada pelo ser humano para reger a coletividade humana. Logo, seria inviável pensar no princípio da legalidade sem levar em consideração a variável humana, com suas ideologias e seus conceitos firmados.

Por isso, não é exagero afirmar que o princípio da legalidade e o governo democrático se retroalimentam, reafirmando seus limites e suas concessões, criando não apenas novos deveres, mas também novos direitos por meio do instrumento, a lei. Esta deve ser compreendida nos diferentes níveis hierárquicos: ordinária, complementar, constitucional e, inclusive, medida provisória.

Destarte, a lei designada pelo princípio da legalidade abrange o sentido estrito, no que se refere às criações do Poder Legislativo, e o sentido amplo, quando constitucionalmente permite que os outros poderes também participem da criação de novos regramentos. Pois, o que seriam a coisa julgada e as súmulas vinculantes, senão normas legais com nomenclatura diferenciada?

Neste diapasão, como primado, a legalidade resta em uma esfera de aplicação vasta, podendo entrar em conflito com outros princípios, por exemplo, o da discricionariedade da Administração Pública. Como leciona André Ramos Tavares, discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade. Enquanto a

primeira se refere à possibilidade de o Estado agir livremente dentro dos limites da lei, a outra permite que o governante aja até mesmo em sentido contrário à lei. (TAVARES, 2008).

No mesmo sentido, António Francisco de Sousa (2014, p. 200) explica em relação ao princípio da legalidade na Angola:

[...] a subordinação ao princípio da legalidade (princípio da juridicidade) não implica sempre a necessidade de uma autorização formal e expressa da lei escrita. É o caso da atribuição legal de funções através da cláusula geral, como por exemplo: 'competete à polícia assegurar a ordem e a segurança públicas'. Mais do que uma submissão à lei escrita, a legalidade exige uma submissão ao direito como um todo, abarcando normas e princípios, pelo que o princípio da legalidade se converte num princípio da juridicidade.

Vislumbra-se, assim, que em ambos os países, a doutrina e a jurisprudência chegaram a um marco em que o princípio da legalidade não é mais interpretado como um grilhão preso ao administrador, mas precisa ser entendido como um primado aplicado pela proporcionalidade.

2.3 Neoconstitucionalismo brasileiro

Como visto, encontra-se na Constituição brasileira a principal fonte do direito nacional, possuindo dois liames para que normas subsequentes dela emanem. De um lado estão os princípios constitucionais; do outro, a própria norma, com seu conteúdo incidindo concreta e diretamente nas relações jurídicas.

De acordo com Walber de Moura Agra (2014), a Carta Magna de 1988 é a Constituição Cidadã. Distribuindo deveres e concedendo e limitando direitos não apenas aos cidadãos, mas também aos entes federativos, outorgando-lhes condições de regular o próprio contexto funcional para melhor servir aos anseios da população.

O neoconstitucionalismo é propulsionado pelos seguintes aspectos: a) falência do padrão normativo, que fora desenvolvido no século XVIII, baseado na supremacia do parlamento; b) influência da globalização; c) pós-modernidade; d) superação do positivismo clássico; e) centralidade dos direitos fundamentais; f) diferenciação qualitativa entre princípios e regras; g) revalorização do Direito. (AGRA, 2010, p. 44).

Nesta senda, no contexto de modernidade, o neoconstitucionalismo se apresenta como a melhor forma de interpretar o modelo normativo nos tempos atuais. Com ele, a distinção entre as normas constitucionais e infraconstitucionais também é feita sob a ótica da axiologia e não apenas pelos graus. Com isso, a Constituição reafirma o seu valor normativo, operando como uma verdadeira norma jurídica com eficácia direta e imediata (ARIZA, 2003), "transformando-se em mandamento vinculante para o legislador". (AGRA, 2014, p. 46).

Se aqui no Brasil o neoconstitucionalismo chegou somente no fim do século XX, o movimento teve início no cenário europeu logo após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, o emprego da corrente

neoconstitucional, ainda que tardio, tem promovido, na ordem jurídica brasileira, tempos de estabilidade e segurança.

Basicamente, as normas da Constituição deixaram a frieza do texto e ganharam uma espécie de vida, classificação em gêneros e espécies. A isso, impõe-se determinada qualificação a cada um dos dispositivos, fazendo com que um se sobreponha a outro em momentos de conflitos ou se complementem, a fim de somar suas diferentes características.

No Brasil, o órgão específico para valoração das normas e medição de seus conteúdos é o Supremo Tribunal Federal, instituído a partir da Carta de 1988 – tal como os modelos alemão, de 1951, e italiano de 1956. Já na Angola, o Tribunal Supremo veio com a Constituição de 2010.

Por que tais egrégios ganham destaque no novo modelo de constitucionalismo? Ora, é deles que parte a essência interpretativa das normas constitucionais; e a interpretação desses dispositivos, com sua razoabilidade e proporcionalidade, é o eixo do neoconstitucionalismo.

Poder-se-ia afirmar que é justamente através das decisões dos tribunais constitucionais que a letra da lei ganha vida.

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral). (BARROSO, 2005, p.8).

Vale destacar que, a partir dessas interpretações, as normas constitucionais se espalham por normas hierarquicamente inferiores. É por elas que são guiadas as ações da legalidade e da segurança jurídica – princípios vistos acima.

3 Angola: o novo constitucionalismo e a aplicação do princípio da legalidade

A essência constitucional de Angola, sob a perspectiva da África e dentro do cenário global, tem merecido cada vez mais atenção neste novo milênio. Permeada por guerras e conflitos internos intensos, a nação angolana conheceu a paz em 2002. A partir de então, a Angola tem dirigido esforços para a consolidação e o fortalecimento de um Estado de Direito cujo bojo é a legalidade, a racionalidade das normas, deixando para trás a truculência, a coerção das armas, outrora necessárias para modificar o *status quo* opressor.

De modo lento, foi instaurado o Tribunal Constitucional em 2008. O Egrégio veio acompanhado, ainda, do pleito para a Assembleia Nacional e do início do processo que gerou a promulgação da Constituição da República de Angola (CRA), dois anos mais tarde.

Ao pensar na necessária articulação entre o texto da Constituição da República Angolana (CRA) e o contexto social da população, percebe-se, entre os pressupostos que, em concreto, mais condicionam a realização efetiva da Constituição angolana, pode-se arrolar: a tradição de legalidade autocrática, desde logo herdada do período colonial, com expressão visível na compressão da liberdade política e da liberdade econômica; a persistência de uma normatividade aparente, também neste caso um traço simultaneamente herdado; a opção da personalização do poder e da preferência pela chefia unipessoal; os múltiplos efeitos causados por um longo período de guerra; a fragilidade dos partidos políticos; a existência de pelo menos dois públicos bem diferenciados (um mais ocidentalizado e outro profundamente africano), acrescendo a isso a presença de formas de autogoverno por poderes tradicionais em amplos espaços do território. No final, há um elemento comum a unir cada um destes fatores: o fato de todos eles terem projeção significativa sobre o mais importante de todos os pressupostos da vigência efetiva da nova Constituição – o consenso fundamental (ALEXANDRINO, 2012).

A despeito de suas características sociais e de sua interseção entre os períodos históricos, a novel Constituição de Angola possui características comuns à Constituição do Brasil: ambas são escritas, podem ser consideradas rígidas e dão forma ao que se denomina de Estado Democrático de Direito, como se pode observar através do artigo 2º da Carta angolana. Claro, embora os dois países possuam similitudes no âmbito geral, há situações específicas do país africano, resultantes da era que se chamou de Primeira República e durou quase vinte anos.

Ademais, de maneira geral, o constituinte da Angola primou por aspectos humanos, quando colocou o Estado em segundo plano, e o indivíduo em primeiro; preferiu a democracia; e permitiu o liberalismo econômico. No mesmo diapasão, tem-se na República o modo escolhido para governar, estabelecendo a unidade estatal como forma administrativa e distributiva. Curioso que essas características apontam para o que, de início, pode parecer contraditório, mas acabam por se completar: enquanto os pilares tradicionais do poder são reforçados pela Constituição, esta permite, simultaneamente, um momento jurídico inovador e diversificado.

Decerto que todas essas diretrizes importam, porém, ao tratar do aspecto constitucional de Angola, há que levar em conta o historicismo da Constituição como matéria e dos princípios do ordenamento jurídico. Do contrário, o que se viu no parágrafo anterior seria um conjunto de conceitos vazios e que, por si somente, não se preencheriam.

Ora, na Primeira República, cujos anos foram de 1975 a 1991, a divisão do Estado na Angola era basicamente dividida em dois grandes blocos institucionais: os gerais e os regionais. O órgão geral, também chamado de central, aglutinava decisões políticas mais importantes, necessárias ao

funcionamento do país. Já os órgãos regionais, periféricos ou locais se encarregam do cumprimento das decisões do órgão geral, agindo como mero reprodutor e fiscalizador.

Conforme ensinamentos de Freitas do Amaral (2001), nos regimes autoritários de direita substituiu-se a noção de Estado de direito pela noção de Estado de legalidade, que se consiste na ideia de que a administração pública deve obedecer à lei, mas deixa de ser a expressão da vontade geral votada no Parlamento representativo da Nação, para sê-la toda e qualquer norma geral e abstrata decretada pelo Poder, inclusive pelo Poder Executivo. Os governos adquirem a possibilidade de fazer leis, a que se chama na terminologia jurídica decretos-leis. Portanto, o princípio da legalidade já não é necessariamente a subordinação do Poder Executivo ao Parlamento, mas, sobretudo a subordinação da administração pública ao governo.

Entende-se, desta forma, que os regimes comunistas, deram uma interpretação muito própria do princípio da legalidade, como o princípio que exige a subordinação da administração pública à lei, mas entendiam que o objetivo da construção do socialismo, conduzida sob direção do partido único (ou hegemônico), é que devia comandar a interpretação e aplicação das leis; as leis deviam ser interpretadas e aplicadas de acordo com as diretivas e instruções formuladas pelo partido, com vista à construção do socialismo. Assim, à noção de legalidade socialista, que não consistia necessariamente na legalidade que resultaria de uma interpretação jurídica das leis em vigor, mas era a legalidade que resultava da interpretação vivificada e norteada pelo objetivo da construção só socialismo, tal como era entendido e aplicado pelo Partido Comunista.

Diferentemente do que acontece na (nova) Constituição da República de Angola (CRA), em que o artigo 198º consagra, diretamente, o princípio da legalidade, como postulado específico de atuação da administração, sob a égide da (antiga) Lei Constitucional este só era enunciado num diploma ordinário, designadamente, no DL nº 16-A/95- Lei do Procedimento, ainda em vigor, no seu artigo 3º onde se diz: “Na sua atuação os órgãos da Administração Pública devem observar estritamente a lei e o direito nos limites e com os fins para que lhe forem conferidos os poderes”. (ANGOLA b, 1995).

À luz do novo texto constitucional (particularmente dos artigos 1.º, 2.º, 8.º e 236.º), verifica-se que a organização e o funcionamento da administração local do Estado estão alicerçados em determinados princípios, tais como desconcentração administrativa, constitucionalidade e legalidade, diferenciação, transferência de recursos, transitoriedade, participação, colegialidade, proibidade administrativa, simplificação administrativa e aproximação dos serviços às populações um avanço. Salienta-se que neste ensaio serão observados apenas o princípio da legalidade.

O princípio do Estado democrático de direito é a matriz do ordenamento angolano, consoante preceitua o artigo 2º da CRA:

A República de Angola é um Estado Democrático de Direito que tem como fundamentos a soberania popular, o primado da Constituição e da lei, a separação de poderes e interdependência de funções, a unidade nacional, o pluralismo de expressão e de organização política e a democracia representativa e participativa. (ANGOLA a, 2010).

Em uma verificação liminar ao elemento textual, descobre-se que dentro do princípio do Estado democrático de direito na CRA existe a juridicidade (submissão do Estado ao Direito) que significa o respeito de princípios como os da justiça, da igualdade, da proibição do arbítrio, da proporcionalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, e, sobretudo, o princípio da legalidade.

No tocante à Administração Pública, esta deve se submeter aos ditames legais, consoante preceitua o referido artigo, o qual é a base legal do princípio da legalidade (da juridicidade). Ademais, os atos por ela praticados, estão sujeitos ao controle de legalidade que é realizado nos tribunais, os quais têm por função fiscalizar a correta interpretação e aplicação da lei ao caso concreto.

Observa-se, porém, que a subordinação ao princípio da legalidade não implica sempre a necessidade de uma autorização formal e expressa da lei escrita. Mais do que uma submissão à lei escrita, a legalidade exige uma submissão a direito como um todo, abarcando normas e princípios, pelo que o princípio da legalidade se converte em um princípio da juridicidade. A “legalidade” aqui descrita não envolve apenas a lei escrita, mas o direito como um todo (lei escrita e princípios jurídicos).

Por fim, ressalta-se que, assim como no Brasil, o princípio em comento se desdobra em dois subprincípios: o primado da lei e a reserva de lei. Neste a Administração Pública só pode agir quando para tal esteja habilitada por uma autorização legal, seja por lei nacional, seja por lei internacional. E com relação ao primado da lei, a Administração Pública não pode violar as normas jurídicas existentes (dimensão negativa) e deve respeitar e aplicar a lei (dimensão positiva).

4 Considerações Finais

Diante do que foi analisado acerca do tema, ter-se-á algumas inferências do exposto, sem pretensão de exaustão.

Existe similitudes e distinções entre as Constituições estudadas. A Angola está iniciando a sua trajetória em um Estado Democrático de Direito. A adoção correta do princípio da legalidade se demonstra um grande desafio para os tribunais angolanos em virtude das profundas marcas deixadas pela antiga forma de governo e pelas guerras internas que o país vivenciou. Todavia, nesta breve análise se verificou as mudanças positivas que estão acontecendo e como, agora, a Administração Pública está vinculada aos ditames legais e a sua desobediência enseja em processos de controle de legalidade.

Estes avanços advindos pela nova Constituição da Angola permitem que a aproximação dela com o Brasil seja mais frutífera, uma vez que em eventuais lides, ou até mesmo em consultas legislativas, os

brasileiros possam ter a segurança jurídica de que a Angola e a sua Administração Pública respeitam a lei e aplicam o princípio da legalidade.

Importa consignar que no mercado globalizado atual se necessita que as Constituições dos Estados sejam fortes e capazes de atender as diversidades de situações-problemas que apareceram no cotidiano das relações comerciais, principalmente. Sendo assim, acredita-se que este é o objetivo da Angola com a sua nova Constituição.

Quanto ao Brasil, entende-se que a Constituição da República é completa por abranger os direitos e deveres essenciais ao povo brasileiro. Todavia, infelizmente, ainda falta amadurecimento em sua aplicação, uma vez que, inúmeras vezes a Carta Magna não é respeitada, suas cláusulas pétreas, seus princípios e seus direitos fundamentais são brutalmente violados pelo povo brasileiro.

Por fim, vislumbra-se que, com certeza, a aplicação da lei e o respeito aos princípios jurídicos, principalmente ao princípio da legalidade, ainda não está no patamar ideal em nenhum dos dois países em estudo. No entanto, verifica-se que existem esforços em ambos os lados para que, cada vez mais, o princípio da legalidade e a consequente segurança jurídica seja alcançada. Pode-se, inclusive, afirmar que o Brasil, por ter adotado o Estado Democrático de Direito a mais tempo e, desta forma, tem o seu ordenamento jurídico mais desenvolvido, possa ajudar a “recém-nascida” Angola, para que essa parceria – que está cada vez mais forte – possa galgar horizontes cada vez mais prósperos para ambas as partes.

Referências

ABRAMO, Cláudio. **Constituinte e democracia no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**.

ALEXANDRINO, José Melo. **O novo constitucionalismo angolano**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

AMARAL, Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Lisboa: Almedina, 2001. v. I.

ANGOLA a. Constituição (2010). **Constituição da República de Angola**. Luanda: Assembleia Constituinte, 2010. Disponível em: <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/84536/94065/F466903017/AG084536.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ANGOLA b. Tribunal Supremo. Decreto-lei n. 16-A, de 15 de dezembro de 1995. A assumpção do princípio da legalidade democrática, consagrada na Constituição da República, determina a adopção de princípios, normas e preceitos próprios no domínio do funcionamento e actividade de Administração Pública, através dos quais se deve garantir, no respeito à Lei. **Diário Oficial [da] República de Angola**, Luanda, 03 maio 1994. Disponível em: <http://www.stj.pt/ficheiros/fpstjptlp/angola_procedimentoadministrativo.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2015.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo (s)**. Madrid: Trotta, 2003.

ASSUNÇÃO, Lutero Xavier. **Princípios de direito na jurisprudência tributária**. São Paulo: Atlas, 2000. 477 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio de direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, RJ, v. 240, p. 1-42, 2005.

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

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: linguagem e método**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2009

Cristiano André reconhece insuficiência na assistência e segurança jurídica dos cidadãos. **ANGOP (Agência Angola Press)**, Luanda, 31 jan. 2012. Disponível em: http://www.portalangop.co.ao/angola/pt_pt/noticias/politica/2012/0/5/Cristiano-Andre-reconhece-insuficiencia-assistencia-seguranca-juridica-dos-cidadaos,798ce3f6-1863-42d2-9695-e97d6488ddc5.html>. Acesso em 04 jan. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

SOUSA, António Francisco de. **Manual de direito administrativo angolano**. Porto: Vidaeconómica, 2014.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



A PROTEÇÃO AMBIENTAL NOS DISCURSOS DAS CORTES INTERAMERICANA E EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS

Ulisses Levy Silvério dos Reis¹

Alana Ramos Araujo²

RESUMO: O trabalho aborda a proteção ambiental como elemento jurídico inerente à categoria de direito humano nas Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos por meio de estudo de caso de sentenças proferidas por tais órgãos. O problema é: quais as consonâncias e dissonâncias nas argumentações destas cortes na temática da proteção ambiental como direito humano? A pesquisa importa na medida em que avança a proliferação normativa do Direito Internacional Ambiental, especialmente sob a forma de soft law. Faz-se análise empírica de estudo de casos, partindo-se do método indutivo e dos procedimentos hermenêutico e comparativo, com apoio em fontes documentais. Espera-se demonstrar os aspectos em que as cortes citadas se assemelham e se diferenciam de modo a estabelecer comparações no tema da proteção jusambiental.

Palavras-chave: Proteção Ambiental. Direitos Humanos. Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos.

ABSTRACT: The work deals with environmental protection as a legal element of the category of human rights in the Inter-American and European Human Rights Courts through study case of judgments given by these agencies. The problem is: which are the consonance and dissonance in the arguments of these courts on the theme of environmental protection as a human right? The research matter as it advances a proliferation rules of international environmental law, especially in soft law form. The methodology is on empirical analysis of studies cases, starting from the inductive method and hermeneutic and comparative procedures, supported by documentary sources. It is expected to demonstrate the aspects in which the aforementioned courts are similar and different to each other in order to make comparisons on the subject of environmental protection.

KEYWORDS: Environmental Protection. Human rights. Inter-American and European Human Rights Courts.

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Especialista em Direitos Humanos e Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Professor Substituto da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Contato: ulissesreis@gmail.com

2 Doutoranda em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Mestre em Recursos Naturais pelo Programa de Pós-Graduação em Recursos Naturais da Universidade Federal de Campina Grande (PPGRN/UFCG), com bolsa CAPES. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Contato: alanaramos@ccj.ufpb.br

1 Introdução

Embora a ciência e a tecnologia jurídicas de matrizes nacionais já tenham evoluído no que tange a agasalhar a proteção ambiental dentre os seus objetos de regulamentação e proteção, inclusive – no caso do Brasil, pelo menos – com a imposição de sanções civis, administrativas e criminais para poluidores do meio ambiente, o cenário internacional ainda não se encontra em nível paritário. Em sua maior parte, o chamado Direito Internacional Ambiental é composto por normas de *soft law*, as quais prescindem do compromisso dos Estados para a sua execução e fiscalização, o que se mostra mais dramático quando interesses econômicos estratégicos estão envolvidos.

Com gênese no início da segunda metade do século XX, a Convenção Europeia de Direitos Humanos (ConvEDH) de 1950 e a Convenção Americana de Direitos Humanos (ConvADH) de 1969 não foram gestadas tendo como objetivo garantir a proteção ambiental, uma vez que os seus elaboradores estavam mais preocupados em resguardar, à luz do ideário liberal de matriz burguesa, os direitos civis e políticos dos indivíduos residentes nos Estados signatários dos textos. Em ambos os casos, ficaria para outros eventuais tratados principais ou acessórios a proteção do meio ambiente

O fato, não obstante, é que litígios envolvendo a proteção ao meio ambiente já foram levados ao conhecimento tanto da Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH), respectivamente os órgãos responsáveis por zelar pela interpretação e aplicação da ConvEDH e da ConvADH. Para isso, os postulantes utilizam-se de bases argumentativas fincadas em marcos normativos os mais diversos contidos nos textos convencionais, o que pode ensejar interpretações consonantes ou dissonantes entre tais entes fiscalizatórios. Neste artigo, problematizamos justamente tais possíveis congruências e/ou diferenças discursivas.

A evolução estrutural do trabalho segue esta ordem: primeiro, demonstraremos a evolução da profusão de normas internacionais relacionadas à proteção ambiental, em especial com a citação dos primeiros julgamentos internacionais relativos a tal matéria; em seguida, apresentaremos comentários acerca dos principais julgados proferidos pela CtIADH no que tange ao tema da proteção ambiental e verificaremos de quais marcos normativos ela se vale para tanto no âmbito da ConvADH; no momento final do desenvolvimento, faremos a mesma abordagem por último elucidada com relação aos julgamentos da CtEDH.

O fortalecimento da consciência dos entes internacionais (Estados e organizações) acerca da proteção ambiental, ao arripio das omissões da ConvEDH e da ConvADH, acabou por descortinar mais essa gama de problemas a serem tratados pela CtEDH e pela CtIADH. Vejamos como elas lidaram com as postulações que lhes foram apresentadas, conquanto não existam parâmetros normativos específicos capazes de lhes dar suporte.

2 A proteção ambiental à luz do direito internacional público

Esta sessão se inicia com a contextualização do Direito Internacional Ambiental, notadamente destacando a profusão de normas internacionais relacionadas à proteção ambiental, conferindo menção a alguns julgamentos internacionais relativos a tal matéria.

A proteção do meio ambiente na questão internacional pode ser feita a partir de duas abordagens analíticas: a) direito internacional ambiental; b) direito internacional dos direitos humanos (PETERKE, 2015). A presente sessão cuida da primeira abordagem, inaugurando o texto com uma descrição breve a respeito da evolução histórica da inserção do meio ambiente no sistema internacional de proteção ambiental.

Epistemologicamente, a proteção ambiental no cenário internacional consiste numa construção ainda em vias de desenvolvimento, porém é possível estabelecer marcos teórico, político, econômico, estratégico e jurídico, ligados ao processo sócio-histórico de afirmação dos direitos humanos, que situam os primeiros esforços no sentido da inclusão da preocupação ambiental no cenário internacional.

Como construção teórica, a afirmação do meio ambiente na agenda internacional se deu na comunidade acadêmica, que fundamentava a vinculação entre o meio ambiente e o próprio direito à vida; como construção estratégica, a inclusão do meio ambiente na proteção internacional foi uma forma de fortalecer a luta ambiental transfronteiriça conectando-o ao paradigma forte da universalidade dos direitos humanos; economicamente, a internacionalização do meio ambiente cingiu-se nos marcos conceituais do desenvolvimento sustentável, através da busca por novos mercados; como um projeto ético e político, o meio ambiente foi caminho para uma perspectiva ética da solidariedade e do situar-se no lugar do outro, buscando limitar possibilidades atuais em prol de gerações futuras (PINTO, COSTA, 2014, p. 29).

Juridicamente, o processo de proteção do meio ambiente no direito internacional vem se efetivando diretamente ou via reflexa notando-se documentos normativos que tratam da questão ambiental como objeto principal e outros que cuidam do meio ambiente indiretamente ao tratar de outros objetos ou referenciais, tais como são os demais direitos humanos, sociais, econômicos, culturais que compõem o apanágio de direitos universalmente protegidos, ainda que somente no direito positivo.

Esta relação entre o meio ambiente e a ordem jurídica internacional foi construída através da realização de eventos internacionais dos quais resultaram diversos documentos jurídicos, os quais podem ser colacionados, com demasiado esforço compilatório³, na seguinte linha histórica: Conferência

³ Os eventos compilados constituem expressões de grande impacto na comunidade internacional, tendo sido privilegiados em virtude de sua expressividade na literatura jusambiental. Existem outros eventos de menor repercussão que também cuidaram da questão ambiental, mas que não puderam ser contemplados neste trabalho, pois o objetivo geral deste não é exaurir todos os eventos internacionais ambientais.

das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, Estocolmo (Suécia), 1972; Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), Montego Bay (Jamaica), 1982; Convenção de Viena para Proteção da Camada de Ozônio, Viena (Áustria), 1985; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), Rio de Janeiro (Brasil), 1992; Convenção sobre Diversidade Biológica, Rio de Janeiro (Brasil), 1992; Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, Nova Iorque (EUA), 1992; Protocolo de Kyoto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, Kyoto (Japão), 1997; Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, 2002 e Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20), Rio de Janeiro (Brasil), 2012 (MILARÉ, 2009, p. 1190-1226; MAZZUOLI, 2007. p. 175).

Os eventos compilados acima revelam que há uma preocupação constante com o meio ambiente, notadamente a partir segunda metade do século XX em que se percebeu que o modelo de desenvolvimento, fortemente centrado no crescimento econômico, não comportava mais os padrões de exploração dos bens ambientais, o que culminou com o despontar dos grandes eventos internacionais para discutir as bases e planejar ações para a proteção dos recursos naturais (LEIS, D'AMATO, 2003).

Especialmente denotam o reconhecimento das dimensões globais dos fenômenos ligados ao meio ambiente e que o resultado concreto disto é a necessidade da cooperação internacional, particularmente por meio da pactuação de compromissos da parte dos Estados para a preservação dos recursos naturais, garantia do desenvolvimento humano em suas múltiplas dimensões e manutenção das formas de vida do planeta.

Inobstante tenham sido realizados tais eventos, os resultados da maioria destes, salvo alguns tratados como a Convenção da Biodiversidade e a de Mudanças Climáticas, consistem em documentos de cunho declaratório, principiológico, programático e desprovidos de imperatividade do ponto de vista do *ius cogens*, o que implica, portanto, fragilidade, vez que são documentos que se ressentem de “autoridade supranacional de direito que [...] compatibilize *vi legis* a soberania dos Estados-nação com obrigações jurídica ambientais” (MILARÉ, 2009. p. 1228), estando presente o conflito entre interesses celebrados nos acordos e interesses internos de cada Estado, esbarrando-se, desta forma, nas dificuldades das questões de soberania e vontade política interna de erigir em normas positivas aquilo que tiver sido pactuado.

Ainda que haja esta dificuldade para a eficácia e efetividade do direito ambiental internacional em virtude de os compromissos assumidos pelos Estados na ordem internacional para a proteção ambiental serem muito mais de natureza *droit doux* ou *soft law*, destaca-se o caso do *Lago Lanoux* (1957) em que eram partes Espanha v. França que submeteram o caso a Tribunal Arbitral, no qual a França pretendia desviar o rio *Font-Vive* para gerar eletricidade:

A disputa do Lago Lanoux surgiu quando o Governo francês permitiu à empresa Electricité de France desenvolver um projeto hidrelétrico que desviaria a água do Lago Lanoux para o rio Ariège. O Lago Lanoux está localizado cerca de 2.200 metros acima do nível do mar no sul da região dos Pireneus, em território francês, e drena o seu fluxo para um afluente Font-Vivre que deságua no rio Carol, também na França. O Carol flui após cerca de 25 km do Lago de Lanoux pelo território francês, atravessa a fronteira espanhola em Puigcerda e continua a fluir através da Espanha por cerca de 6 quilômetros antes de juntar o rio Segre, que finalmente desemboca no rio Ebro. Antes de entrar em território espanhol, as águas do Carol alimentam o Canal de Puigcerda que é propriedade privada daquela cidade. As águas Carol eram tradicionalmente utilizadas para irrigação, principalmente na Espanha (NOSCHANG, SCHONARDIE, 2012, p. 169).

A decisão foi no sentido de que há um dever de usar de forma apropriada e razoável recursos naturais compartilhados, tendo sido estabelecidas as obrigações procedurais de informar e consultar o Estado afetado que, *in casu*, era o Estado espanhol.

Além deste, outros quatro casos relevantes na disputa ambiental internacional são mencionados: Golfo Maine Canadá v. EUA (1984); Tuna-Dolphin I México v. EUA (1990); Atum-Azul-Austrália e Nova Zelândia v. Japão (1999); Trio Holdings v. Marlborough District Council (1997) (BOSELNANN, 2008, p. 325-342).

O caso *Golfo Maine Canadá v. EUA* (1984) trata-se de controvérsia em que as partes propunham linhas de delimitação de fronteiras marinhas, sendo que o Canadá tinha como proposta utilizar o critério de uma linha equidistante; já os EUA sugeriu que a linha deveria considerar o ecossistema marinho e as populações pesqueiras e, portanto, um dos dois Estados deveria ser responsável pelos recursos de pesca. O caso foi levado ao Julgamento da Corte Internacional de Justiça (CIJ) que decidiu em desfavor dos EUA aplicando o princípio da equidade para estabelecer a fronteira distribuindo a responsabilidade pelo ecossistema para ambos países com base em tradição de cooperação amistosa e produtiva.

No caso *Atum-Azul-Austrália e Nova Zelândia v. Japão* (1999) as partes haviam celebrado acordo de cessação da pesca excessiva do atum-azul, porém, o Japão descumpriu este acordo retirando quantidade de atum-azul superior à avençada com fins de programa científico. O caso foi levado ao Tribunal Internacional do Direito do Mar (TIDM) tendo sido decidido que o Japão deveria interromper esta prática com fundamento da prevenção de danos irreparáveis ao ambiente marinho.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) teve oportunidade de apreciar um caso ambiental polarizado entre *Tuna-Dolphin I México v. EUA*, quando em 1990 o governo estadunidense proibiu a importação de atum-amarelo do México alegando que o México não tinha um programa voltado para a redução da pesca de golfinhos que eram encontrados com os atuns que seriam pescados. O México argumentou que o veto se tratava de discriminação injustificada contra o comércio dos produtos mexicanos. Conforme o Painel do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), o ônus da prova do dano à vida ou saúde humana, animal ou vegetal e à conservação dos recursos naturais envolvidos e que tal restrição de importação só seria cabível se a medida fosse inevitável para coibir o dano.

O último caso citado trata-se da controvérsia entre *Trio Holdings v. Marlborough District Council* (1997) ocorrido na Nova Zelândia e levado ao julgamento da Corte Ambiental em que uma fazenda marítima requereu a criação de esponjas para extração de componentes anticancerígenos. A Corte Ambiental, tendo como fundamento um exame de ponderação, decidiu que não havia incompatibilidade no uso do recurso natural para a citada finalidade e que os efeitos adversos não seriam insuportáveis, concluindo que o empreendimento tinha potencial para prover bem-estar social e econômico das comunidades envolvidas.

Tais casos denotam uma tendência internacional à preocupação com o desenvolvimento sustentável e com o aspecto ambiental deste conceito. Porém, ainda que tenham sido em favor da sustentabilidade, o que se verifica é que “nenhum destes tribunais faz referência ao desenvolvimento sustentável de qualquer outra maneira além de *obter dicta*” (BOSELMANN, 2008, p. 324), isto implica dizer que a qualidade geradora-de-normas do desenvolvimento sustentável ressenete-se ainda de reconhecimento do direito internacional, apesar do quantitativo de decisões e documentos normativos.

Ante este cenário de proliferação normativa da proteção ambiental internacional, inclusive com contribuições da jurisprudência, o que foi brevemente delineado, daremos ênfase, nas sessões a seguir, ao estudo do tratamento jurídico do meio ambiente nas decisões da CtIADH e da CtEDH.

3 O meio ambiente como objeto de proteção no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos

O sistema de proteção dos direitos humanos da OEA é formado pela atuação tanto da CtIADH quanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIADH). Salientamos que nem todos os signatários da Carta da OEA, membros desta entidade, são simultaneamente signatários da ConvADH, documento principal de proteção dos direitos humanos no continente americano promulgado em 1969 e cuja entrada em vigor deu-se apenas em 1978, quando atingido o número mínimo de ratificações exigido pelo seu art. 74(2).

Além disso, existe a possibilidade de um Estado-parte ser signatário da ConvADH e não ter a sua jurisdição submetida à CtIADH. Para que isso se dê, é necessário que o país, ao aderir ou ratificar o tratado, declare expressamente tal vinculação às decisões da Corte, como determinado pelo art. 62(1) da Convenção.

Assim, o sistema duplo bifurca-se do seguinte modo: há os Estados que não ratificaram a ConvADH ou ratificaram-na e não aceitaram a jurisdição da CtIADH, os quais são fiscalizados apenas pela atuação da CIADH tendo como base material a Carta da OEA e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (primeiro caso) ou a Convenção (segunda hipótese), cujas funções restam estabelecidas nos arts. 41 a 43 do texto convencional e limitam-se basicamente à apuração das irregularidades lhe denunciadas e emissão de relatórios para cumprimento por parte dos Estados, os

quais, em caso de desobedecimento, podem ser punidos pela Assembleia Geral da OEA; noutro norte, existem os signatários que efetivamente submetem-se à atuação jurisdicional da Corte, os quais devem obrigatoriedade às suas decisões de natureza jurisdicional⁴.

Apesar da relevância dos relatórios e estudos emitidos pela CIADH (inclusive com relação ao Brasil no caso *Yanomami vs. Brasil*), importa-nos comentar apenas as decisões sobre matéria ambiental proferidas pela CtIADH, as quais ensejam a construção de um diálogo multinível de proteção dos direitos humanos regional e global (CARVALHO, 2015, p. 10-37). O esgotamento de todos os julgamentos da matéria representa tarefa impossível para um artigo, o que força a seleção de apenas alguns julgados tidos como paradigmáticos.

Como já citamos, a ConvADH não possui dispositivo específico versando sobre a proteção ambiental com natureza de direito humano, o que impede a Corte de tutelá-la enquanto objeto principal de alguma lide. Não obstante, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17 de novembro de 1988 (Protocolo de San Salvador), repara em seu art. 11 a omissão deixada pelo texto convencional original ao erigir que todos os indivíduos possuem direito a um meio ambiente sadio e a respectiva obrigação dos Estados-partes nesse tocante⁵.

Conquanto o Protocolo não preveja em seu texto a criação de um órgão fiscalizatório das suas disposições, devendo os Estados cumpri-las de boa-fé (com a ressalva dos direitos sindicalizáveis pela Comissão e pela Corte delineados no art. 19(6) do seu texto)⁶, é digno de elogios por ser o primeiro instrumento regional de proteção dos direitos humanos no mundo a reconhecer a proteção ambiental como direito humano (MAZZUOLI, 2015, p. 1098).

O que tem feito a CtIADH para abarcar a temática do meio ambiente em suas decisões é compatibilizá-la com a proteção dos direitos humanos pela via reflexa das disposições do texto da ConvADH, numa metodologia que recebeu o nome de *greening*⁷ pela doutrina especializada. Quando uma

4 Nesta segunda modalidade, os indivíduos não podem acessar diretamente a jurisdição da Corte, devendo as suas pretensões primeiramente passarem pelo crivo da aceitabilidade por parte da Comissão, a qual exerce papel crucial quanto ao filtro de demandas endereçadas à CtIADH (RAMOS, 2013, p. 198-261).

5 Art. 11. Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente.

6 Existem opiniões de que a proteção ao meio ambiente no âmbito do sistema interamericano poderia ser feita vinculada à garantia do direito à educação (RESENDE, 2013, p. 306-312).

7 Cf. as palavras de Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 160-161): “A técnica da proteção ambiental pela via reflexa (ou ‘por ricochete’) se desenvolve a partir da concepção de que dentro da estrutura do atual direito internacional do meio ambiente, a proteção da biosfera mostra-se eficaz por intermédio da indireta, porém, necessária proteção dos seres humanos. Isto porque, a concepção de que o meio ambiente por si só já configura um direito a ser protegido mostra-se pouco eficaz à medida que no âmbito internacional os chamados direitos de solidariedade estão envoltos num sistema de monitoramento extremamente frágil. Segundo Cançado Trindade, há direitos ‘que simplesmente não podem ser reivindicados diante de um tribunal por seus sujeitos ativos (titulares)’. Portanto, para que tal situação não ocorra ao meio ambiente, a abordagem mais apropriada

demanda que envolve conflito socioambiental é apresentada, o órgão verifica se é ela também protegida por outros dispositivos da Convenção, notadamente a obrigação de respeitar direitos e o dever de adotar disposições de direito interno pelos Estados (arts. 1º e 2º), os direitos à vida (art. 4º), à liberdade de crença/religião (art. 12), à liberdade de expressão (art. 13), à propriedade (art. 21), à circulação/residência (art. 22), à proteção judicial (art. 25) etc. Para dar suporte às suas argumentações, a Corte também se utiliza das normas ambientais criadas em nível universal a título de *soft law* (D'AVILA, CONCEIÇÃO, BECKER e BRITO, 2014, p. 29), especialmente em conferências especializadas, haja vista constituírem-se em princípios a serem seguidos de boa-fé pelos Estados. Há autorização na Convenção a este tipo de procedimento argumentativo ampliativo da proteção dos direitos humanos (art. 29(b)).

A CtiADH, apesar da envergadura territorial de abrangência da sua atuação, possui um *case-law* modesto e composto, até o momento, de trezentas e oito sentenças⁸. Muitos destes julgados se debruçam sobre conflitos envolvendo aspectos afetos ao meio ambiente, mas apenas alguns serão objeto de comentários em razão da repetição de argumentos e conclusões jurídicas em vários deles.

No julgamento do *Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênesis) vs. Colômbia*, a Corte tomou conhecimento do deslocamento forçado de comunidades nativas da bacia hidrográfica citada. Em fevereiro de 1997, durante a chamada *Operação Gênesis*, realizada pelo governo colombiano na tentativa de neutralizar membros das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), a população local, além de ter as suas vidas ameaçadas pelos criminosos guerrilheiros, foi privada dos seus lares e tiveram que deslocar-se para assentamentos distantes ou até mesmo localizados em outros países por força das ações de conflito. Nesse mesmo contexto, foi denunciada a realização de exploração ilegal, por parte de madeireiras, dos recursos naturais da população local, com aquiescência das autoridades estatais, embora estas áreas houvessem sido outorgadas aos nativos para o exercício das suas atividades de subsistência e culturais (CtiADH, 2013, §§ 81-196).

A Corte considerou que, com relação à proteção da área comentada, houve violação do art. 21, em combinação com o art. 1(1), da ConvADH (CtiADH, 2013, §§ 344-358). A decisão atribuiu como responsabilidade do Estado colombiano a degradação do território da população local tanto em decorrência dos conflitos internos lá realizados quanto por força da exploração ilegal concretizada pelas companhias madeireiras lá atuantes. Apesar do caput do art. 21 da Convenção falar em *propriedade privada*, o órgão atribuiu-lhe significado de modo a abranger a proteção à *propriedade coletiva* da

caminha no sentido de se buscar um *esverdeamento* (ou 'greening') dos mecanismos de proteção aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais já existentes."

8 As principais razões que explicam o parco número de julgamentos proferidos pela CtiADH em contraposição à sua longevidade e abrangência territorial são o seu reduzido número de juizes, orçamento limitado e, principalmente, o filtro exercido pela CIADH quanto à apreciação dos casos apresentados pelos indivíduos.

comunidade nativa.

Em 2012, a Corte proferiu sentença no *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaky vs. Equador*, primeiro processo em que se deu, por parte dos juízes do tribunal, visitaçã *in loco* ao local de origem do conflito. A população Kichwa de Sarayaky compõe-se de cerca de 1.200 pessoas que vivem na região amazônica do Equador. Subsistem da agricultura familiar coletiva, da caça e da pesca, assim como mantêm-se socialmente de acordo com costumes tradicionais ancestrais com as decisões mais importantes tomadas por uma assembleia comunitária.

No ano de 1992, o governo equatoriano, à revelia do Povo Sarayaky, concedeu autorização para exploração de hidrocarbonetos e petróleo a uma empresa privada em área que cobria parcialmente o seu território. Com o desenvolvimento das operações da companhia, as incursões na área indígena aumentaram, abalos sísmicos foram provocados e a estratégia do oferecimento de dinheiro em troca do deslocamento da população foi adotada pela empresa. A insurgência dos nativos contra estes atos apenas exacerbou a violência e o Judiciário interno não conseguiu equacionar o problema (CtIADH, 2012, §§ 51-123).

Em decisão que apontou a violação de diversos marcos normativos da ConvADH, a Corte entendeu que o Equador violou a propriedade comunal indígena, a identidade cultural, a vida, a integridade pessoal, bem como a sua obrigação específica de garantir proteções e garantias judiciais ao Povo Sarayaky (arts. 1(1), 2º, 4(1), 5(1), 8(1), 21 e 25). Dentre os problemas detectados, a CtIADH acentuou o fato de que a população nativa não foi consultada acerca da instalação de operações em região contígua à sua área de sobrevivência, bem como os efeitos deletérios da atuação empresarial para a manutenção do seu bem-estar e das suas práticas tradicionais.

Em *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname* (CtIADH, 2007, §§ 78-185), o tribunal condenou o Estado com évide nos arts. 3º, 21 e 25, em conformidade com os arts. 1(1) e 2º da Convenção, pelo fato de o país ter concedido, durante os anos de 1997 e 2004, quatro autorizações para realização de extração de mineração nas terras tradicionalmente ocupadas pelo Povo Saramaka à revelia destes, o que prejudicou o exercício das suas tradições culturais e das suas ações de subsistência. No *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua* (CtIADH, 2001, §§ 104-157), o Estado foi condenado com évide nas disposições dos arts. 2º, 21 e 25, também em conformidade aos arts. 1(1) e 2º, por, apesar de prever legislativamente, não ter meios hábeis de promover a demarcação das terras de suas comunidades indígenas, deixando a Comunidade Mayagna Awas Tingni desamparada, e por ter autorizado sucessivas explorações de recursos minerais no território tradicional desta última. Sequer os processos judiciais instaurados no plano interno pela comunidade surtiram o efeito desejado, uma vez que não tiveram um processamento ágil.

Oportunidade curiosa de aperfeiçoamento da jurisprudência da Corte ocorreu no *Caso da*

Comunidade Moiwana vs. Suriname (CtIADH, 2005, §§ 87-167). Nesta ocasião, membros da etnia N'djuka Maroon sobreviventes do massacre havido em 1986 por parte das Forças Armadas do Suriname argumentaram perante o tribunal que não podiam retornar a fixar residência no território dantes usufruído por seus ancestrais em decorrência da não realização, no tempo e modo devidos, dos *rituais de purificação* indispensáveis à honra dos mortos no episódio. Tal lacuna, segundo também os integrantes da comunidade, faz com que os *espíritos vingadores* atormentem os vivos e os seus descendentes. Neste caso, além de verificar a violação estatal aos arts. 5(1), 8(1), 21 e 22, todos em conformidade com o art. 1(1) da Convenção, a Corte desenvolveu o conceito de *dano espiritual*.

Destoando dos demais, o *Caso Claude Reyes et al vs. Chile* (CtIADH, 2006, §§ 57-103 e 108-144), pelo menos até o momento, é o único julgado da CtIADH versando sobre matéria ambiental que não contempla simultaneamente pretensões de comunidades indígenas. Nesta situação em específico, o Estado foi condenado com base nos arts. 8(1), 13 e 25, especialmente o que se refere à liberdade de pensamento e expressão (art. 13), pelo fato de suas autoridades terem reiteradamente se negado a fornecer informações precisas e detalhadas a três cidadãos chilenos (Marcel Claude Reyes, Arturo Longton Guerrero e Sebastián Cox Urrejola) acerca das empresas envolvidas no projeto de desflorestamento industrial a ser implantado no país.

Como visto, os casos de matriz ambiental levados ao conhecimento da CtIADH referem-se sobremaneira a conflitos envolvendo a utilização de florestas ou zonas rurais para o atendimento dos interesses dos grandes centros urbanos, em especial sob o influxo dos anseios econômicos de pujantes empresas nacionais ou multinacionais. Na consecução dos seus objetivos, costumam esses agentes receber o apoio do Estado em desprestígio da proteção das comunidades tradicionais (indígenas, campesinas etc.), o que vem sendo matéria de debate na atuação da Corte (MAZZUOLI e TEIXEIRA, 2014, p. 210-211).

Esse tipo de discussão é farto na América em virtude da maneira pela qual se deu o seu processo de colonização, com predomínio das conveniências metropolitanas em detrimento das pretensões dos povos originais, o que repercute até hoje nas relações sociais havidas dentro dos Estados.

4 O discurso de proteção do meio ambiente na Corte Europeia de Direitos Humanos

O sistema criado pelo Conselho da Europa consiste no mais antigo mecanismo jurisdicional de proteção dos direitos humanos do mundo, além de ser, em número de casos sentenciados, o mais eficiente. Prevista desde o texto original da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, a CtEDH é composta por um número de juízes equivalente ao de partes contratantes do texto convencional (art. 20), é competente para dar a interpretação final do texto principal e dos seus protocolos (art. 32) e é diretamente acessível por qualquer pessoa, grupos de indivíduos ou organização não governamental (art.

34).

Dada a limitação imposta no art. 32 da Convenção, a Corte restringe-se à averiguação de eventuais faltas cometidas pelos Estados-partes do Conselho da Europa aos dispositivos do aludido texto. É fato, porém, que, assim como ocorre com a ConvADH, o seu similar europeu, conquanto de origem mais longeva, não contém normatização no tocante à proteção ambiental em específico, no que é seguida inclusive pela Carta Social Europeia de 1961 (nas formas original e revista).

Não é que os Estados-partes desprezem a necessidade de formalização desta imbricação entre o Direito Ambiental e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, visto que existe indicativo da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa quanto à criação de uma emenda à ConvEDH para fins de salvaguarda da proteção ao meio ambiente (CONSELHO DA EUROPA, 2003), mas o fato é que o discurso ambientalista ainda não conseguiu romper as resistências (em sua maior parte de natureza econômica) havidas na matéria entre os países.

Apesar dessa lacuna, o case-law da CtEDH segue padrão similar ao da CtIADH no trato de questões ambientais. Como as demandas afetas a esta matéria não deixam de ser submetidas ao órgão, resta ao mecanismo europeu também realizar o *greening* da ConvEDH. Em sua maior parte, demandas desta natureza são analisadas sob a ótica do art. 8º (direito ao respeito à propriedade privada e familiar), mas também (com menor frequência) dos arts. 2º (direito à vida) e 6º (direito a um processo equitativo), bem como do art. 1º do Primeiro Protocolo (proteção da propriedade).

A característica do *greening* deixa claro que a atividade interpretativa da CtEDH se comporta similarmente à adaptabilidade do texto convencional analisada na jurisprudência da CtIADH. Para Fechete (2012, p. 1.073-1.074), a Convenção, apesar dos seus mais de cinquenta anos de existência, é um instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das atuais condições existenciais⁹. Ou seja, a falta de maiores preocupações dos Estados com a temática ambiental à época da sua elaboração não justifica que os seus atuais aplicadores utilizem essa situação histórica como justificativa para desprezar tema de tamanha relevância.

Tendo em vista a lacuna assinalada, a Corte tem sério cuidado ao avaliar situações envolvendo danos ao meio ambiente em sua jurisprudência. Para que a sua atuação se dê sem embaraços, exige ela que o dano ambiental seja consequência de uma privação dos direitos consagrados explicitamente na

9 Para outros, esse *esverdeamento* da Convenção é fruto, além da evolução inerente à sua interpretação extensiva, da doutrina dos direitos positivos direcionados aos Estados-partes e dos efeitos horizontais do texto convencional. Os adeptos da atribuição de direitos positivos aos países alegam que a atual interpretação das normas de direitos humanos determina ônus não somente negativos aos governos, mas também obrigações de fazer para o resguardo destes direitos. Por seu turno, os que perfilam a doutrina da horizontalização defendem que, em certas áreas, a proteção dos direitos humanos impescinde que os Estados regulem adequadamente as atividades do setor privado, sob pena de os entes particulares, ao serem deixados em total liberdade, violarem direitos e prerrogativas alheias (MÜLLEROVÁ, 2015, p. 86).

ConvEDH, tais como o direito à vida, à propriedade, à informação, ao justo processo regular etc.¹⁰ Notamos acentuada semelhança com a proteção reflexa salientada nos trabalhos da CtIADH.

Um dos primeiros casos avaliados pela Corte envolvendo situações de possíveis danos ao meio ambiente foi o *Powell e Rayner vs. Reino Unido* (1990). Os senhores Richard John Powell e Michael Antony Rayner reivindicavam medidas reparatórias contra o Estado-parte porque as suas residências, localizadas a pouca distância do Aeroporto Heathrow, estavam sendo depreciadas economicamente em função do alto barulho causado pelo sobrevoo contínuo de aeronaves nas imediações.

A demanda foi analisada no contexto dos arts. 6º, 8º e 13. A pretensão dos demandantes foi julgada improcedente porque: i) a CtEDH considerou que tiveram eles acesso a um procedimento impugnatório razoável e equitativo no âmbito interno do Reino Unido, de acordo com as diretrizes do *common law*; e ii) o órgão entendeu que as pretensões dos particulares não podiam sobrepujar o interesse comum – de natureza econômica – quanto à preservação do aeroporto no local e o seu funcionamento, especialmente levando-se em consideração o fato de o Estado já ter adotado medidas compensatórias do alto barulho reclamado. Foi aplicada a doutrina da *margem nacional de apreciação*, bastante utilizada pela Corte.

Um dos casos mais antigos nos quais se registra a procedência de pretensão envolvendo danos conexos a degradações ambientais é o *López Ostra vs. Espanha* (1994). A autora, residente da cidade de Lorca, após não ter sucesso nas instâncias internas, acessou a CtEDH a fim de buscar uma compensação pelo fato de o Estado ter deixado que várias indústrias, em especial do ramo de beneficiamento do couro, operassem por anos sem a devida licença administrativa e, através da fumaça expelida a poucos metros de distância da residência da Senhora López Ostra, prejudicassem a sua saúde.

A opinião que a Corte utilizou para condenar o Estado teve por base o art. 8º da ConvEDH. Segundo ela, o Estado tinha a obrigação positiva de, mesmo dentro da sua margem discricionária de atuação quanto à proteção dos direitos humanos, impedir que a situação de poluição permanecesse indefinidamente incomodando a autora ou qualquer outra pessoa. Ao manter-se inerte, o governo descumpriu tal ônus e atraiu para si a responsabilidade inerente à violação dos termos da Convenção.

O país também foi alvo de condenação no *Caso Moreno Gomez vs. Espanha* (2004). Esta demandante buscou da Corte reparações pelo período em que permaneceu tendo a sua paz violada pelo alto barulho de bares e discotecas localizados nas proximidades do seu domicílio, conquanto o Conselho

10 No julgamento do caso *Hutton e Outros vs. Reino Unido*, a Corte salientou que os Estados devem levar em consideração a proteção ao meio ambiente em suas ações, mas isso não implica dizer que exista uma abordagem especial para a sua defesa no âmbito da sua atividade jurisdicional ou que o resguardo ambiental tenha status diferenciado enquanto direito humano (CtEDH, 2003).

da sua cidade (Valência) tenha publicado sucessivas normas impedindo tais atividades na zona onde se situa a referida casa. A intranquilidade suportada custou o seu sono, o que foi comprovado também pelas medições de decibéis realizadas pelas autoridades públicas locais.

Novamente com base no art. 8º, a CtEDH entendeu que o Estado violou o seu dever de garantir o conforto e a tranquilidade da intimidade da autora. Embora o Conselho da cidade de Valência tenha emitido normatizações acerca do limite de sonoridade do local onde se encontra a casa da demandante, é fato que, se não cumprida tal normatização no plano dos fatos, não passa ela de uma carta de boas intenções.

Uma situação envolvendo os interesses de diversas pessoas simultaneamente foi aferida no *Caso de Taskin e Outros vs. Turquia* (2004). O autor principal e mais nove indivíduos requereram a condenação do Estado em razão do funcionamento de atividades mineradoras nas imediações dos seus lares, exalando cianeto de sódio no ambiente e debilitando a sua saúde. A base condenatória foram os arts. 6º e 8º da Convenção em seus aspectos procedimentais, pois foi considerado que o Estado turco, em sua função Executiva, não garantiu aos indivíduos acessibilidade adequada a todos os procedimentos de autorização de funcionamento da exploração mineratória.

Em *Caso Giacomelli vs. Itália* (2006), a demandante buscou o auxílio da CtEDH em razão das sucessivas permissões de operação emitidas pelo Estado italiano em favor da empresa Ecoservizi, a qual iniciou as suas atividades nas proximidades da residência da primeira em 1982. Com o passar dos anos, o incremento de funções desempenhadas pela sociedade fez com que o barulho, o odor e a poluição por ela provocadas resultasse em abalo da saúde e do bem-estar da Senhora Piera Giacomeli, a qual tentou, sem sucesso, cancelar no Judiciário interno a licença operacional da Ecoservizi.

A Corte, ao perceber que a empresa teve as suas atividades iniciadas sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental considerado imprescindível pela legislação interna, entendeu pela violação de plano ao art. 8º da ConvEDH. Piorando a situação do Estado, notou-se no julgamento que, durante a execução da avaliação técnica determinada após a impugnação feita pela autora em âmbito interno, o Ministro do Meio Ambiente percebeu, em duas ocasiões, que o plano operacional industrial estava discrepante com a regulamentação nacional e as características da localização geográfica de instalação, o que vinha colocando em risco a saúde dos moradores do seu entorno.

Como deixamos claro, é impossível nestas poucas linhas avaliar todo o trabalho jurisprudencial da CtEDH em matéria de julgados que versem sobre a proteção ambiental¹¹. Nosso intuito foi apenas

11 Seja em qual matéria for, é tarefa quase humanamente impossível, acaso se queira realiza-la individualmente, analisar a totalidade de decisões da CtEDH, haja vista as dezenas de milhares de decisões já emitidas por este órgão. Acaso haja interesse em verem-se mais comentários a sentenças da natureza das ora vistas, cf. PEDERSEN, 2008, p. 73-112; e DeMERIEUX, 2001, p. 521-561.

destacar alguns casos paradigmas para descobrir quais os parâmetros discursivos normativos utilizados pela Corte em sua tarefa de resguardo dos direitos humanos em imbricação com o Direito Ambiental. O repertório comentado cumpre essa tarefa e nos possibilita partir para o comparativo final.

5 À guisa de comparação e conclusão

Retomando as decisões da CtIADH e da CtEDH apontadas nas sessões anteriores, é possível estabelecer alguns marcos comparativos de modo a perquirir semelhanças e diferenças entre ambas no tratamento jurídico da proteção ambiental. Assim, os marcos comparativos são: fundamentos jurídicos (metodologia de decisão); base argumentativa; e primazia do meio ambiente.

No tocante aos fundamentos jurídicos, a CtIADH baseia suas decisões no *Greening* da ConvADH com destaque para os artigos 1º, 2º, 4º, 12, 13, 21, 22 e 25, os quais dizem respeito aos direitos à vida, à liberdade de crença/religião, à liberdade de expressão, à propriedade, à circulação/residência e à proteção judicial, bem como baseia-se também em normas ambientais criadas em nível universal a título de *soft law*. A CtEDH busca suporte jurídico no *Greening* da ConvEDH, dando-se ênfase aos artigos 2º, 6º, 8º os quais dão conta dos direitos à vida, a um processo equitativo e ao respeito à propriedade privada e familiar, assim como no artigo 1º do Primeiro Protocolo no tocante à proteção da propriedade.

Quanto à base argumentativa, nas decisões analisadas nos casos apontados na sessão 2, a CtIADH põe acento nos seguintes textos: “responsabilidade do Estado colombiano pela degradação do território da população local”; “o Equador violou a propriedade comunal indígena, a identidade cultural, a vida, a integridade pessoal, do Povo Sarayaky”; “Suriname concedeu autorizações para realização de extração de mineração nas terras tradicionalmente ocupadas pelo Povo Saramaka à revelia destes”; “Nicarágua não tem meios hábeis de promover a demarcação das terras de suas comunidades indígenas”; “Violação estatal à Convenção”; “Autoridades terem reiteradamente se negado a fornecer informações precisas e detalhadas a três cidadãos chilenos”.

A base argumentativa da CtEDH nos casos analisados na sessão 3 é: “As pretensões dos particulares não podiam sobrepujar o interesse comum – de natureza econômica”; “O Estado tinha a obrigação positiva de impedir a situação de poluição”; “O Estado violou o seu dever de garantir o conforto e a tranquilidade da intimidade da autora”; “O Estado turco, em sua função Executiva, não garantiu aos indivíduos acessibilidade adequada a todos os procedimentos de autorização de funcionamento da exploração mineratória”; “A empresa teve as suas atividades iniciadas sem a realização do estudo prévio de impacto ambiental”.

No que concerne à primazia do meio ambiente, verifica-se que nas 6 (seis) decisões analisadas da CtIADH houve primazia do meio ambiente em relação aos valores em disputa em todos os casos; opostamente, nas 5 (cinco) decisões da CtEDH analisadas, constata-se que não foi dada primazia ao

meio ambiente em todos os casos.

Estes dados comparativos indicam que os fundamentos jurídicos utilizados pela CtIADH e pela CtEDH nas decisões analisadas são semelhantes no sentido de que ambas se utilizam das respectivas Convenções de Direitos Humanos como base para a metodologia de decisão; isto implica dizer que o dispositivo jurídico norteador das decisões é o texto normativo das convenções. Neste ponto, no entanto, se verificam algumas diferenças: a CtIADH, na proteção ambiental, preconiza os direitos à vida, à liberdade de crença/religião, à liberdade de expressão, à propriedade, à circulação/residência, à proteção judicial e acrescenta o uso de *soft law* nas bases de suas decisões; para proteger o mesmo macrobem, a CtEDH faz opção preferencial pelos direitos à vida, à propriedade privada e familiar, ao processo equitativo, reiterando o direito à propriedade em dois fundamentos: na ConvEDH e no Primeiro Protocolo.

Neste aspecto comparativo, verifica-se que a CtIADH tem como preponderantes outros direitos na proteção ambiental, tendo, portanto, um rol ampliado em comparação com a CtEDH. De outra parte, esta última perfaz um texto decisional mais fortemente direcionado para a proteção da propriedade privada como fundamento da proteção ambiental. Esta já é uma primeira diferença marcante.

Quanto ao marco comparativo da base argumentativa, a CtIADH condenou os Estados envolvidos nas seis decisões analisadas sob a seguinte categoria argumentativa: violação da ConvADH em virtude de descumprimento de obrigações estatais na preservação do patrimônio ambiental e de informações.

A CtEDH condenou os Estados envolvidos nos conflitos em algumas decisões com base em violação da ConvEDH, em outras estabeleceu a primazia do interesse comum de natureza econômica sob o interesse de particulares e em última decisão analisada condenou empresa em virtude de não haver estudo prévio de impacto ambiental cuja atividade é de competência fiscalizatória do Estado.

Neste aspecto da base argumentativa, percebe-se que tanto a CtIADH quanto a CtEDH se utilizaram da jurisdição aceita pelos Estados signatários e envolvidos nos conflitos aplicando princípios das convenções respectivas quanto à competência e independência da autoridade jurisdicional de ambos os tribunais, condenando os Estados e aplicando medidas sancionatórias aos mesmos. Nisto, em defesa da proteção ambiental, as cortes se assemelham na parte dispositiva da decisão – condenação – e na motivação de suas decisões, levando em consideração a primazia do interesse difuso ao meio ambiente protegido.

No último marco comparativo, o da prioridade da proteção ao meio ambiente às expensas de outros interesses, num claro esforço de sopesamento de valores, a CtIADH revela que em 100% das decisões analisadas foi dada primazia à questão ambiental, sob os argumentos expostos acima e que têm ligação preponderante com a preservação dos direitos indígenas, que são de terceira dimensão na categoria dos direitos humanos e que fazem parte da defesa do macrobem ambiental; de outro modo, na análise das decisões da CtEDH não se constatou primazia da proteção ambiental em todos os casos,

tendo em vista que houve, p. ex., no caso *Powell e Rayner vs. Reino Unido* (1990), a proteção do interesse comum econômico em detrimento da pretensão à proteção ambiental formulada.

Neste sentido, verifica-se que a CtIADH, nos casos analisados, demonstra maior tendência à proteção ambiental em suas decisões do que a CtEDH, constituindo-se esta em outra diferença entre os discursos das duas Cortes no tocante à questão ambiental.

Ainda é possível apontar uma última dissonância nesta análise. Diz respeito ao enfoque dos casos levados à apreciação da Corte Europeia com relação à sua contraparte americana. Enquanto a primeira depara-se comumente com pleitos que detêm características tipicamente urbanas, em sua maioria causadas por atividades industriais ou de entretenimento dentro das cidades, a CtIADH geralmente, em matéria ambiental, avalia situações envolvendo incursões empresariais – mormente apoiadas pelos Estados – em territórios ocupados por comunidades tradicionais, as quais, em regra, tem representatividade ainda menor que os indivíduos residentes nos países signatários da ConvEDH.

A despeito de tais semelhanças e diferenças das Cortes, resta consignar que ambas têm expendidos esforços no sentido de construir uma jurisprudência internacional para proteção ao meio ambiente. Tais esforços, somados à normativa internacional, caminham rumo à colocação do meio ambiente em local de destaque na agenda jurídica, política, econômica e científica internacional. Contudo, ainda não se faz satisfatória no que diz respeito à garantia efetiva de interesses ambientais. A natureza de *droit doux* ou *soft law* deste arcabouço normativo é ainda obstáculo à plena satisfação do desenvolvimento sustentável.

Referências

- BOSELNANN, Klaus. Jurisprudência das cortes internacionais em matéria ambiental: fazendo a sustentabilidade valer. p. 322-346. In: DAIBERT, Arlindo (Org.). **Direito ambiental comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CARVALHO, A. D. Z. Transconstitucionalismo ou cosmopolitismo: perspectivas para uma semântica dialógica no constitucionalismo contemporâneo. **Direito, Estado e Sociedade**. n. 46, jan./jun. 2015, p. 10-37.
- CONSELHO DA EUROPA, Assembleia Parlamentar, Direitos Humanos e Meio Ambiente, **Doc. 9791**, 16 de Abril de 2003.
- COSTA, A. B.; PINTO, J. B. M. O Projeto dos Direitos Humanos, o Meio Ambiente e a Sustentabilidade. p. 5-30. In: João Batista Moreira Pinto; Alexandre Bernardino Costa. (Org.). **Bases da Sustentabilidade: os Direitos Humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- CtEDH. **Caso de Taskin e Outros vs. Turquia**. Third Section. Application n.º 46117/99, Estrasburgo, 10 de Novembro de 2004.
- CtEDH. **Caso Giacomelli vs. Itália**. Third Section. Application n.º 59909/00, Estrasburgo, 02 de Novembro de 2006.
- CtEDH. **Caso Moreno Gómez vs. Espanha**. Fourth Section. Application n.º 4143/02, Estrasburgo, 16 de Novembro de 2004.
- CtEDH. **Hatton e Outros vs. Reino Unido**. Great Chamber. Application n.º 36022/97, Estrasburgo, 8 de Julho de 2003.
- CtEDH. **López Ostra vs. Espanha**. Court (Chamber). Application n.º 16798/90, Estrasburgo, 09 de Dezembro de 1994.
- CtEDH. **Powell e Rayner vs. Reino Unido**. Court (Chamber). Application n.º 9310/81, Estrasburgo, 21 de Fevereiro de 1990.

- CtEDH. **Caso Claude Reyes et al. vs. Chile.** Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 19 de Setembro de 2006. Série C, n. 151.
- CtEDH. **Caso da Comunidade Mayagna (SUMO) Awas Tingni vs. Nicarágua.** Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 31 de Agosto de 2001. Série C, n. 79.
- CtEDH. **Caso da Comunidade Moiwana vs. Suriname.** Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 15 de Junho de 2005. Série C, n. 124.
- CtEDH. **Caso das Comunidades Afrodescendentes Deslocadas da Bacia do Rio Cacarica (Operação Gênese) vs. Colômbia.** Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 20 de Novembro de 2013. Série C.
- CtEDH. **Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador.** Mérito e Reparações. Julgamento em 27 de Junho de 2012. Série C, n. 245.
- CtEDH. **Caso do Povo Saramaka vs. Suriname.** Objecões Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Julgamento em 28 de Novembro de 2007, Série C, n. 172.
- D'AVILA, Caroline B.; CONCEIÇÃO, S. M. S. F.; BECKER, G. A. B.; BRITO, P. D. A proteção reflexa do meio ambiente na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, v. 60, 2014, p. 11-38.
- DeMERIEUX, Margaret. Deriving Environmental Rights from the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 21, n. 3, 2001, p. 521-561.
- FECHETE, I. R. Study of the Case-Law of the European Court for Human Rights Applicable to the Environment Law. **Procedia – Social and Behavioral Sciences**, vol. 62, 2012, p. 1.072-1.077.
- LEIS, Héctor Ricardo; D'AMATO, José Luis. Um modelo político-comunicativo para superar o impasse do atual modelo político-técnico de negociação ambiental no Brasil. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). **Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas**. 4. ed. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. – 9ª ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A proteção internacional dos direitos humanos e o Direito Internacional do meio ambiente. In: **Revista Amazônia Legal de estudos sócio-jurídico-ambientais**. Cuiabá Ano 1 n. 1 p. 169-196 jan.-jun. 2007. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32790-405641-PB.pdf>>. Acesso em: 21/02/2016.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XIII, 2013, p. 145-203.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. Tutela jurídica do meio ambiente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Persona y Derecho**, v. 71, 2014, p. 203-227.
- MÜLLEROVÁ, H. Environment Playing Short-handed: Margin of Appreciation in Environmental Jurisprudence of the European Court of Human Rights. **Review of European Community & International Environmental Law**, vol. 24 (1), 2015, p. 83-92.
- NOSCHANG, Patrícia Grazziotin; SCHONARDIE, Elenise Felzke. Responsabilidade das empresas transnacionais na apropriação da água. In: **Justiça do Direito**. v. 26, n. 2, jul./dez. 2012 - p. 166-180. Disponível em: <<http://www.upf.br/seer/index.php/rjd/article/viewFile/4417/3420>>. Acesso em: 12 fev. 2016.
- PEDERSEN, Ole W. European Environmental Human Rights and Environmental Rights: A Long Time Coming? **Georgetown International Environment Law Review**, vol. 21, n. 1, 2008, p. 73-112.
- PETERKE, Sven. **Direito internacional dos direitos humanos: dh e a proteção do meio ambiente**. Material didático de aula. Disciplina: Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2015. Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UFPB). João Pessoa-PB.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. – 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- RESENDE, Augusto César Leite de. A proteção do meio ambiente no Sistema Interamericano de Direitos Humanos a partir do direito à educação. **Revista de Direito Internacional**. v. 10, n. 2, 2013, p. 297-314.

A vertical decorative border on the right side of the page, featuring a repeating pattern of white icons on a dark background. The icons include a scale of justice, a gavel, a magnifying glass, a car, a person, a clock, a briefcase, a padlock, and a building, symbolizing various aspects of law, government, and justice.

Estado,
Democracia
e Poder

DEMOCRACIA E CRIMINALIZAÇÃO DE PROTESTOS: uma análise do Projeto de Lei nº 6.268/09

Ana Paula da Silva Azevedo¹

Tassiana Moura de Oliveira²

João Paulo Allain Teixeira³

RESUMO: O trabalho pretende discutir a inviabilização indireta das manifestações sociais por meio do Projeto de Lei nº 6.268/09 – de autoria do deputado federal Maurício Quintella Lessa, do PR/AL –, que pretende acrescentar o art. 312-A ao Código de Trânsito Brasileiro, com o fito de tipificar o delito de obstrução indevida de via pública, com pena de detenção de um a dois anos e multa. Não obstante o referido projeto tenha sido aprovado em agosto de 2015 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ), busca-se problematizar as conclusões elencadas pelos deputados, tendo por referência a concepção de Roberto Gargarella sobre o direito ao protesto. Com efeito, pelo fato do referido direito ser corolário da liberdade de expressão coletiva e da liberdade de reunião, bem como por consubstanciar uma importante arena democrática em tempos de crise da democracia representativa, é preciso ter cautela para que a discussão e o dissenso, imprescindíveis à democracia, não sejam tolhidos sob a justificativa de direitos supostamente prevalentes. Para tanto, em um primeiro momento, propõe-se analisar o direito ao protesto como “primeiro direito”, garantidor de espaço de fala na conjuntura político social – em especial para grupos excluídos –, bem como os aportes teóricos sobre a matéria trazidos por Gargarella. Após, propõe-se analisar o embate entre o direito fundamental ao protesto e a segurança do trânsito, com a devida atenção para que a criminalização não constitua uma inversão de valores, em que o exercício de um direito constitucionalmente protegido configure um ilícito, fundamento da mais dura intervenção estatal, como inviabilização indireta da própria manifestação social. Por último, será feita uma análise das justificativas dadas pela CCJ para a aprovação do projeto, em cotejo com as reflexões lançadas sobre o direito à manifestação popular.

Palavras-chave: Direito ao protesto. Poder legislativo. Colisão de direitos.

ABSTRACT: This paper discusses the indirect impracticability of social manifestations through Bill No. 6268/09 - authored by Congressman Maurice Quintella Lessa, PR / AL - which want to add art. 312-A to the Brazilian Traffic Code, with a view to criminalizing the offense of undue obstruction of public roads, with imprisonment of one to two years and fine. Notwithstanding this project was approved in August 2015 by the Commission of Constitution and Justice and Citizenship (CCJ), seeks to question the conclusions listed by Members, with reference to

1 Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

2 Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

3 Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).



Roberto Gargarella on the right to protest. Indeed, because of this right is a corollary of freedom of collective expression and freedom of assembly, as well as constitute an important democratic arena in representative democracy times of crisis, we must be cautious that the discussion and dissent, essential democracy, are not hampered in the supposedly prevalent rights justification. Therefore, at first, it is proposed to analyze the right to protest as "first right" guarantor speech space in the social political situation - especially for excluded groups - as well as the theoretical contributions on the matter brought by Gargarella . After it is proposed to analyze the conflict between the fundamental right to protest and traffic safety, with due regard to the criminalization does not constitute a reversal of values, in which the exercise of a constitutionally protected right set unlawful, the foundation of tougher state intervention, as indirect impracticability of social manifestation it self. Finally, there will be an analysis of the justifications given by the CCJ for approval of the project in comparison with the reflections launched on the right to popular manifestation.

Keywords: Right to protest. Legislative branch. Rights collision.

1 Introdução

O trabalho volta-se a discutir a inviabilização indireta das manifestações sociais a partir da criminalização de atos comuns à realização de protestos tendo como referência a análise do Projeto de Lei nº 6.268/09 – de autoria do deputado federal Maurício Quintella Lessa, do PR/AL – a partir dos aportes teóricos de Roberto Gargarella, relacionando a proposta legislativa de criminalizar a conduta de obstaculizar vias públicas a um controle do Estado sobre o direito de protestar da sociedade, na medida que reflexamente o dispositivo poderá ser utilizado como um intimidador ou mesmo punição do exercício do direito de liberdade de expressão e reunião que são característicos das manifestações sociais.

Em um primeiro momento são delineados aspectos gerais relacionados ao direito ao protesto na obra de Roberto Gargarella. A relação entre protesto, ocupação de vias públicas e a doutrina do foro público são evidenciados, considerando que as vias públicas, no entendimento do autor, são espaços vocacionados à manifestação da sociedade. Também é discutida a relevância dos componentes expressivos dos protestos e a sua importância como afirmação das liberdades coletivas em um Estado democrático de direito, como expressão máxima da própria democracia.

No terceiro capítulo a discussão sobre as inviabilizações indiretas das próprias manifestações sociais como forma de esvaziar o debate político, que são articuladas por meio de normativos cujas consequências não são evidenciadas nos textos legais ou mesmo na exposição de motivos, sob a ótica da perversão do direito.

O Projeto de Lei nº 6.268/09 oriundo da Câmara dos Deputados é analisado no último capítulo, e propõe-se discutir sobre eventuais impactos da tipificação da conduta de obstaculizar vias públicas nas

práticas sociais relacionadas ao exercício do direito ao protesto, tido por Gargarella como primeiro direito. Com efeito, pelo fato do referido direito ser corolário da liberdade de expressão coletiva e da liberdade de reunião, bem como por consubstanciar uma importante arena democrática em tempos de crise da democracia representativa, é preciso ter cautela para que a discussão e o dissenso, imprescindíveis à democracia, não sejam tolhidos sob a justificativa de direitos supostamente prevalentes.

2 Gargarella e o direito ao protesto

Gargarella tem se dedicado em diversos trabalhos a tratar sobre a problemática envolvendo o direito ao protesto, seus fundamentos e limites, estudos de caso envolvendo protestos sociais em todo o mundo e a resposta do Poder Judiciário aos casos que lhe são submetidos.

Segundo o autor, o espaço destinado ao povo, em uma democracia, não poderá ser aquele relacionado ao voto universal e periódico, mas permitir a participação ativa e permanente, e é necessário direito de resistência e é necessário refletir: “[...] como um processo de discussão coletiva preocupado para que todos, e especialmente aqueles que serão mais afetados pelas decisões tomadas, possam intervir e expressar sua opinião sobre o que se está decidindo” (GARGARELLA, 2006, p. 24).

Sabadell e Simon introduzem a perspectiva de minoria endêmica, que não guarda relação em termos quantitativos – já que podem quantitativamente serem grupos de maioria –, todavia são grupos sociais que tem seus interesses sistematicamente excluídos do processo político, aproximando-se do que Gargarella abordará de grupos que sofrem violações sistemáticas, e a partir desta perspectiva indagar a complexidade dos protestos destes grupos “quando seu direito de participar do processo político (influenciar os rumos da política) não é considerado” (SABADELL e SIMON, 2014, p. 535):

Ela [a desobediência civil] questiona o resultado da parcialidade, baseada estruturalmente em uma maioria de decisão que representa apenas seu próprio interesse como grupo social. A influência política que este grupo detém é tão determinante que o define como “maioria”, ainda que numericamente represente uma mínima parcela da sociedade! A lógica desse tipo de decisão é transformar o processo democrático em um mecanismo em que as disputas de um grupo de interesse na sociedade são diferenciadas e permanente neutralizadas, tornando esse grupo minoria endêmica. É impossível dizer que sob tais condições sociais, as decisões da “maioria” do Judiciário não estarão contaminadas pelo mesmo preceito que afeta a legislação. (SABADELL e SIMON, 2014, p. 536).

A ressalva se coloca no sentido de que muito dificilmente os grupos desfavorecidos terão acesso a outros meios de expressão que não os protestos sociais, e em caso de o protesto envolver reclame por necessidades básicas elementares, com mais razão necessitará de uma atenção especial por parte do Poder Público. Todavia, a prática demonstra que o Judiciário se coloca em situação diversa, alimentando a perseguição e sanção de grupos mais frágeis da sociedade (GARGARELLA, 2006, p. 25).

Em seu texto intitulado *Un diálogo sobre la ley y la protesta social*, Gargarella pontua argumentos e contra-argumentos que são ou poderiam ser utilizados na discussão entre a afirmação dos protestos sociais e o direito, no que intitula argumentos mais favoráveis aos interesses dos manifestantes e outros mais hostis, vinculados sobretudo a ideia de ordem pública (GARGARELLA, 2007, p. 20).

Dos argumentos delineados por Gargarella, quatro merecem atenção especial para efeito deste trabalho e serão resumidos adiante.

Como primeiro argumento e contra-argumento, Gargarella traz o embate entre a violação da lei e a existência de outros direitos constitucionais em jogo. Como fundamento, aqueles que defendem a existência de violação a Lei regra geral se apoiam nas disposições relacionadas ao Direito Penal, tipificando as ações de protesto social, e como contra-argumento, tem-se a existência de outros direitos em jogo que não apenas aqueles que foram objeto de positivação pelo Direito Penal, quando à resistência a autoridade policial, ou desacato, ou interrupção de trânsito nas ruas. Se de um lado há a violação de normativos, de outro há também violação a direitos fundamentais, e reduzir o debate dos protestos sociais como violadores das leis surge como um argumento simplista.

Como segundo argumento, tem-se a afirmação de que os manifestantes ao protestarem exercem seu direito como se fossem absolutos, e que estão sujeitos a leis que regulam o seu exercício. Como contra-argumento, Gargarella (2007, p. 29-30) traz a ideia de importância entre os direitos relacionados, como por exemplo, o livre-trânsito e a liberdade de expressão, quando em colisão, envolvendo hard-cases e tratando de um exemplo norte-americano, *New York Times vs. Sullivan*, onde a Corte entendeu que as expressões políticas, e especialmente a crítica voltada as autoridades, mereciam proteção judicial mais firme.

O terceiro argumento levantado tem-se a perda da legitimidade da ação quando houver violência dos atos praticados como manifestação do protesto social. Consoante este argumento, protestos sociais que se utilizam de violência apresentam mais uma negação de uma discussão racional do que uma proposta de diálogo, valendo-se, inclusive, da distinção entre expressão pura e expressão com adicionais, havendo proteção daquela e não desta. Como contra-argumento, Gargarella (2007, p. 31-36) sugere que deveríamos prestar mais atenção nas mensagens dos manifestantes, em seu componente expressivo. Para superar a dicotomia entre expressão pura e expressão com adicionais, aponta que eventual manifestação se escrita traz consigo os panfletos, se oral, traz ruídos, ambos possíveis de incomodar à sociedade. Avaliar o conteúdo do protesto especialmente nos casos em que é acompanhado de atos de violência não significa incentivá-los ou apoiá-los, mas analisar o conteúdo da ação de violência. Em primeiro lugar, identificar se a violência é componente da manifestação de um grupo, ou se esta se dá de forma isolada dentro de um grupo. No primeiro caso:

O fato é que esses atos provocativos, perturbadores e até mesmo violentos (sejam verbais ou não) também podem estar – como frequentemente estão – dirigidos a chamar a atenção pública com respeito ao tema que tem sido descuidado pelo resto da sociedade ou pelo governo em particular. (GARGARELLA, 2007, p. 35)

E ainda,

Este esforço para preservar o componente expressivo dos atos em questão é consistente com algumas propostas realizadas recentemente por teóricos da democracia, que abriram um espaço para a consideração dos aspectos simbólicos dos atos não-verbais dentro de teorias de democracia que enfatizam a deliberação pública como uma característica central da mesma (GARGARELLA, 2007, p.35),

Sob esta perspectiva, Gargarella apresenta a doutrina do foro público, como argumento adicional para compreender os componentes expressivos dos atos, considerando que os protestos, em sua maioria, são realizados em espaços públicos, que são tradicionalmente usados como locais de expressão de ideias e críticas política, destacando que espaços públicos estão vocacionados a serem espaços da expressão popular.

Una razón adicional para prestar atención a los componentes expresivos de estos actos, y otorgarles protección, tiene que ver con que las protestas en cuestión han sido realizadas en espacios públicos, es decir, en lugares que tradicionalmente han sido utilizados para la expresión de ideas y críticas políticas. La doctrina del "foro público" fue propuesta por primera vez en *Hague vs. CIO30*, donde el juez Roberts reconoció un derecho constitucional para utilizar "calles y parques para la comunicación de opiniones", que fundamentó en el hecho que "las calles y parques (...) han sido siempre destinados para el uso del público y, a través del tiempo, han sido utilizados para la realización de asambleas, la comunicación de pensamientos entre los ciudadanos y la discusión de cuestiones públicas (GARGARELLA, 2007, p. 35-36)

Por último, traz-se o argumento voltado à racionalidade das práticas do protesto, que deveria se submeter às regulações de tempo, lugar e modo, com a ressalva de que os manifestantes deveriam sempre optar pela alternativa menos prejudicial. Como contra-argumento, Gargarella (2007, p. 36-39) aponta que as regulações não podem ser utilizadas para esvaziar o conteúdo do protesto dos grupos tido como perturbadores.

Gargarella apresenta dois princípios adicionais que, consoante o ponto de vista do autor, podem apoiar o ponto de vista dos manifestantes, quais sejam, o princípio da imparcialidade deliberativa e o princípio das violações sistemáticas. O princípio da imparcialidade deliberativa estabelece uma relação entre intensidade da marginalização de determinado grupo do debate público e a sensibilidade do poder judiciária em julgar demandas relacionadas a este dito grupo, possibilitando maior proteção às formas de comunicação que o grupo elege para apresentar suas demandas. Não significa, obviamente, na aceitação descriteriosa de qualquer manifestação, mas avaliar que as manifestações se dão por grupos que não encontram espaço na arena deliberativa da democracia representativa. Quanto ao princípio das violações sistemáticas: "É o princípio segundo o qual os manifestantes protestam como consequência do que

consideram a violação sistemática de um direito básico, as autoridades deveriam prestar atenção especial ao direito particular em jogo e ao caráter dessas violações” (GARGARELLA, 2007, p. 45).

Nesta situação extrema, especialmente nas hipóteses em que são causadas ou sustentadas pelo Estado, as manifestações podem utilizar de meios extremos de protestos.

No último princípio indicado por Gargarella chegamos ao conceito de alienação legal e direito de resistência que apresenta em outra obra, quando o direito é legitimador da exclusão e neste contexto, inexistiria a obrigação de obedecê-lo, como ruptura total da legitimidade:

A resistência resultava defensável em situações as quais chamarei de alienação legal. Em tais situações, segundo entendo, o direito começou a servir propósitos contrários a aqueles que, finalmente, justificam a sua existência (...) As mesmas normas que deveriam garantir a liberdade e bem-estar do povo passaram a trabalhar contrariamente aos interesses fundamentais das pessoas. (GARGARELLA, 2005, p. 19-20).

Não pode a Administração pública, como exercício de controle de conteúdo, proibir a realização de uma manifestação sob a alegação de supor que durante o exercício do direito ao protesto, como associação entre o direito à liberdade de expressão e do direito de reunião, serão cometidos atos de violência, ao contrário, a presunção deve seguir no sentido de que deverão ser pacíficos. Da mesma forma que não se pode esperar que da reunião de um grande número de pessoas não possa advir qualquer tipo de transtorno às pessoas não envolvidas no protesto, devendo ser analisados os direitos fundamentais envolvidos, não apenas em seus aspectos de liberdades individuais, mas também das liberdades coletivas (SANTOS e GOMES, 2014, p.596-597),

Assim é que as manifestações sociais podem favorecer à construção de um espaço democrático revelando argumentos contra-hegemônicos presentes na articulação política, escancarando a tensão existente em uma decisão política, e possibilitando simultaneamente aprofundamento e radicalização nos “ideais democráticos de justiça, participação e inclusão de determinados grupos na luta pelo reconhecimento e a tematização de novas demandas até então não existentes ou silenciadas” (PEREIRA, 2012, p. 80).

3 A inviabilização indireta das manifestações sociais e a perversão do direito

Assim, propõe-se a análise da criminalização de condutas comuns ao repertório dos protestos como forma de tolher as próprias manifestações sociais, em uma tentativa de desestimulá-las, no que aqui se denomina como inviabilização indireta das manifestações sociais.

Quando, por exemplo, exige-se de manifestantes a autorização prévia ao Poder Público para realização de um dado protesto em via pública sob o argumento de necessidade de a Administração exercer o seu poder de polícia, é possível refletir em que medida a exigência não representa, em verdade, uma tentativa de regular o modo de estruturação da manifestação social, de forma a esvaziá-la.

Considera-se, a partir desta abordagem, que referida exigência constitui uma forma de obstaculizar a realização do protesto, ainda que tal consequência não esteja expressa como intenção no texto legal. Ou ainda, que tal consequência não pudesse sequer ser esperada, se analisada dissociada da realidade social. Por isso, a adoção da expressão inviabilização indireta.

Rodríguez (2016, p. 103) utiliza a expressão “perversão do direito”, quando se refere às situações em que os poderosos “procuram utilizar o direito para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil”, em busca de atendimento de seus próprios interesses.

Trata-se de utilizar o direito como forma de legitimação de interesses que não se coadunam com vontade da sociedade. Em sua abordagem, o autor considera que a perversão do direito pode-se dar de três formas: fuga do direito, falsa legalidade e zona de autarquia (RODRIGUEZ, 2016, p. 104).

A figura da falsa legalidade, segundo RODRIGUEZ (2016), revela-se “[n]a produção de normas aparentemente universais, mas que são efetivamente postas a serviço de interesses parciais”. E continua: “O conceito de falsa legalidade é especialmente útil para evidenciar espaços de arbítrio no interior do estado de direito, espaços que passariam despercebidos se nos ativéssemos apenas ao texto das leis sem prestar atenção em sua aplicação e em seus efeitos sobre a sociedade”. (RODRIGUEZ, 2016, p. 105).

No caso deste trabalho, propõe-se analisar o Projeto de Lei nº 6.268 de 2009 que trata sobre a proposta de criação do delito de obstrução indevida de via pública. Representa a inclusão de um único dispositivo no Código de Transito Brasileiro, que tramita perante a Câmara Federal.

Após uma análise mais detida do texto legal é possível identificar consequências e destinatários que não estão evidenciados em sua redação. Trata-se, na verdade, de uma farsa legal, para utilizar a expressão de Rodriguez (2016), com o intuito de inviabilizar, ainda que indiretamente, manifestações sociais, por meio da criminalização da conduta de ocupar via pública, típica dos protestos.

Sob o manto da legalidade, o projeto de lei alcança a própria arena democrática, alterando as regras do jogo, criando entraves às manifestações populares e ao debate político.

4 Projeto de lei 6.268 de 2009: uma análise dos argumentos para aprovação na CCJ da Câmara dos Deputados

O projeto de lei 6.268 de 2009, de autoria do deputado Maurício Quintella Lessa (PR-AL), tem como objetivo acrescentar o art. 312-A à Lei n.º 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, a fim de tipificar o crime de obstrução indevida de via pública. O projeto foi analisado inicialmente na CCJ em 2011 e teve como relator o deputado Luiz Couto (PT-PB): “art. 312-A.

Obstaculizar, indevidamente, via pública: Penas – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.”Art. 3.º. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação”.

Os protestos que bloqueiam estradas, avenidas e ruas têm por objetivo chamar a atenção da sociedade, especialmente através da imprensa, para sua problemática. Quando uma via é bloqueada, o caos momentâneo criado atrai atenções gerando a expectativa de sensibilização das autoridades para resolução do problema que levou ao protesto.

Interessante notar que o projeto de lei em análise não procura criminalizar o protesto, per si, mas criminaliza a obstrução de vias. Aparentemente, a saída do Poder Legislativo para não proibir o próprio protesto é impossibilitá-lo. A Administração Pública, de acordo com o que já foi mencionado, não pode partir do pressuposto que todos os protestos irão gerar violência, então o Legislativo cria um projeto que dificulta e limita o poder da sociedade de protestar.

O deputado relator original do relatório da CCJ, Luiz Couto argumentou em 2011 que, apesar da própria norma administrativa e o Código de Trânsito prever multas para quem obstrui vias públicas, ele o faz apenas para quem tem uma Carteira de habilitação. Segundo o deputado, o projeto deixa dúvidas quanto a quem seria o destinatário da norma e poderia “tolher as manifestações populares, o que cercearia a livre manifestação e liberdade de expressão, garantias fundamentais de todo cidadão, conforme artigo 5º, incisos IV e IX da Constituição federal”.

Portanto, em 2011, o projeto foi considerado rejeitado em seu mérito e nem chegou a ser encaminhado para votação.

Em 2015, o projeto foi entregue a novo relator, o deputado Evandro Gussi (PV-SP), depois de manobra do presidente da comissão. Ele entendeu pela constitucionalidade e aprovou-o na comissão. Para ele, “cabe ao parlamento limitar (e não anular!) determinados direitos, mormente quando do seu exercício decorram prejuízos de toda ordem à coletividade”.

Na disputa entre a livre economia e o direito ao protesto, segundo o deputado relator, a primeira vence: “É importante que o direito de manifestação seja respeitado. Porém, mais importante ainda é a saúde econômica do Brasil, o emprego garantido ao trabalhador, e o respeito ao direito fundamental à livre iniciativa”.

O principal argumento a favor da criminalização do fato é econômico. Segundo relatório final da CCJ, o Brasil é um país que se desloca principalmente através das estradas, assim, a obstrução das vias traria prejuízo para a economia.

De acordo com Gargarella, o espaço usado pelo povo para expor suas insatisfações e opiniões não pode ser apenas o voto nas urnas. O povo tem o poder de se manifestar nas ruas e usa o protesto como meio para chamar atenção aos problemas que têm sido ignorados pelos representantes eleitos. Ainda, quando o autor afirma que as regulações não podem ser utilizadas para esvaziar o conteúdo do

protesto dos grupos tido como perturbadores, corrobora com a conclusão que o legislativo brasileiro tende a limitar o espaço democrático da população ao andar em direção à aprovação deste projeto.

Neste contexto, a proposta legislativa representa, na prática, um empecilho à realização dos protestos sociais e, caso aprovado, tem como consequência a retirada dos protestos sociais dos espaços públicos, ruas, praças e avenidas, vocacionados à expressão política popular, e aí reside o ponto fulcral a cerca da constitucionalidade da inserção do artigo que criminalizar a obstrução (indevida) via pública. Deixando, ainda, como cláusula aberta a interpretação e aplicação do dispositivo no que seria compreendido como “indevido”, ou “obstaculizar indevidamente” um via pública.

De um lado, representa uma violação a doutrina do foro público, na medida em que afasta a sociedade do espaço tradicional de manifestação, sendo salutar refletir, em caso de aprovação do projeto, qual ou quais seriam os novos espaços disponibilizados à população para o exercício ao direito de indignação, preconizado pela doutrina constitucionalista como relacionado ao direito ao protesto:

Sob o ponto de vista jurídico-constitucional, a desobediência civil poder-se-ia caracterizar como o direito de qualquer cidadão, individual ou coletivamente, de forma pública e não violenta, com fundamento em imperativos ético-políticos, poder realizar os pressupostos de uma norma de proibição, com a finalidade de protestar, de forma adequada e proporcional, contra uma grave injustiça (Dreier). Trata-se, assim, de dar guarida constitucional ao “direito à indignação”, procurando-se convencer a opinião pública de que uma lei, uma política ou medidas de uma política são ilegítimas tornando-se a contestação pública destas plenamente justificada. (CANOTILHO, 1997, p.1997, p. 328)

Como imaginar, por exemplo, uma manifestação popular que se reúna dentro de clube particular fechado, sem a possibilidade de apresentação de pauta à população, sem nenhuma possibilidade de ter acesso à sociedade a fim de apresentar a sua pauta de indignação e receber apoio da opinião pública, como acontece na maioria dos movimentos grevistas.

De outro modo, o projeto de lei também se manifesta como forma de controle do Estado, na medida em que propõe uma racionalização do protesto, a partir do controle do modo e espaço de sua realização, desconsiderando que diversas manifestações podem ocorrer de forma espontânea, sem nenhuma articulação pretérita, tendo apenas como base a caminhadas coletivas dos manifestantes. Gargarella afirma que as regulações de tempo, lugar e modo não devem ser utilizadas como fundamento para minar as mensagens dos que são julgados como politicamente perturbadores (GARGARELLA, 2007, p. 36-39).

As pessoas protestam pela falta de políticas públicas prestacionais (privação de direitos sociais). Não conseguem influenciar os processos políticos oficiais e por isso protestam publicamente. A seguir, o Estado reprime esses cidadãos que exercem seus direitos fundamentais de cunho político, pois o ato de protestar corresponde a um direito político muito importante nas democracias. Nesse contexto, o Estado organiza a repressão por meio de atos de violência, de detenções ilegais atingindo os direitos de liberdade (direitos de defesa) com prisões, lesões corporais e até morte. A ordem é: nenhuma tolerância com quem o Estado considera “intolerante” (SABADELL; SIMON, 2014, p. 532).

Como aponta Santos e Gomes, “não se pode exigir que protestos com um número razoável de pessoas não produzam transtornos, como engarrafamentos, atrasos no transporte público” (2014, p. 597). Não há, contudo, como vedar a manifestação social com base na proteção das liberdades individuais, considerando que o legislador, aprioristicamente, estaria propondo um critério de hierarquia dentro dos direitos fundamentais, o que não é permitido nos termos da Constituição Federal. Se de um lado há a necessidade de tutela das liberdades individuais, tendo destaque a liberdade de locomoção, a partir da leitura do projeto apresentado, de outro existe a necessidade de tutelar as liberdades coletivas, fundadas nos direitos fundamentais de liberdade de reunião (art. 5º, inc. XVI) e a liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX, e art. 220) como base para a defesa do exercício coletivo da manifestação do pensamento.

O Brasil vai em sentido oposto à orientação preconizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com vistas à incentivar uma maior participação dos cidadãos dentro do regime democrático:

Em suma, a liberdade de expressão não é um direito absoluto. É certo que o seu exercício pode ser abusivo e causar danos individuais e coletivos importantes. Mas também é verdade que as restrições desproporcionais acabam gerando um efeito intimidador, censura e inibição no debate público, que são incompatíveis com os princípios de pluralismo e tolerância, próprios das sociedades democráticas. Não é fácil participar de modo desinibido de um debate aberto e vigoroso sobre assuntos públicos quando a consequência pode ser um processo criminal, a perda de todo o patrimônio ou a estigmatização social. Por isso, é imprescindível ajustar as instituições e a prática punitiva do Estado aos imperativos do marco jurídico interamericano. (CIDH, 2016)

O protesto é realizado com vistas a influir no processo político de tomada de decisões, e a exemplo do que já acontece com a imputação de delito de associação criminosa aos manifestantes que participam, coletivamente, dos protestos sociais, o delito de obstrução de via pública vem, de forma reflexa, também criminalizar as manifestações sociais, reforçando a perspectiva de que a cidadania ativa não é algo a ser fomentado na população.

5 Considerações finais

Superar a crise da democracia representativa se apresenta como um dos principais desafios da contemporaneidade, e não são poucas as direções que são possíveis de adotar. Neste contexto, qualquer medida legislativa que possa ter impacto nas manifestações sociais e no seu legítimo e constitucional direito de expressão deve ser refletida.

Embora o direito de resistência, para utilizar uma concepção mais abrangente, não seja absoluto, tal qual os demais direitos fundamentais, restrições devem ser pensadas com cautela de forma a não representar um desestímulo às manifestações coletivas, especialmente se decorrente da intimidação relacionada à tipificação das condutas relacionadas aos protestos sociais.

Neste contexto, é preciso reafirmar o direito de voz das minorias endêmicas, que não raro sejam a maioria quantitativa, seu capital social não é capaz de influenciar o lócus de poder decisório. A proteção ao direito de resistência, neste trabalho enfocados a partir da perspectiva do protesto social e da desobediência civil, afirma-se na medida que os movimentos sociais (ou as forças coletivas) existem e precisam ser ouvidos, e a criminalização dos atos relacionados à prática social do protesto não se mostram como a decisão mais acertada para enfrentamento da crise democrática a qual vivenciamos.

Como afirmado por Gargarella, utilizado como aporte teórico no presente trabalho, há relevância nos componentes expressivos dos protestos, o espaço público é tradicionalmente utilizado como local de manifestações sociais e ao Estado não é legítimo utilizar as regulações de tempo, lugar e modo como fundamento para minar as mensagens dos que são julgados como politicamente perturbadores. O direito ao protesto tem sua importância na medida em que se apresenta como afirmação das liberdades coletivas em um Estado democrático de direito, como expressão máxima da própria democracia.

Embora o Projeto de Lei nº 6.268/09 trata de protesto, sabe-se que os espaços públicos, especialmente as vias públicas, são representações do comum e neles ocorrem a grande maioria das manifestações sociais. Tipificar a conduta de obstaculizar via pública significa também criminalizar as manifestações sociais que ocorrem nestes espaços. Outra crítica a ser considerada, é a utilização da expressão “obstaculizar indevidamente”, que transforma o tipo penal numa cláusula aberta do poder punitivo estatal.

A partir da abordagem proposta sobre as inviabilizações indiretas das manifestações sociais, é necessário manter-se vigilante sobre o direito e as consequências da aplicabilidade dos normativos à realidade social que trazem, não raro das vezes, impactos não explicitados em sua redação. Trata-se de identificar uma verdade oculta na norma, a partir da perspectiva da perversão do direito sob a figura da farsa legal.

Tutelar o direito à indignação e contestação deve ser uma das prioridades dentro de um regime democrático na medida em que afirma as liberdades coletivas, pilar da construção de uma cidadania ativa, do engajamento do cidadão na prática política de seu Estado.

Referências

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 04 mar., 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PROJETO DE LEI N.º 6.268-A, DE 2009**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9BA6D7B906BE7D3BCBE1A3E6B349A461.proposicoesWeb1?codteor=1357593&filename=Avulso+-PL+6268/2009>. Acesso em: 20 jul., 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão**. Una Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión = Uma Agenda Continental para a Defesa da Liberdade de Expressão / Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (2014). Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/expressao/docs/publicaciones/20140407%20-%20PORT%20EA%20Unesco%20-%20Uma%20Agenda%20Continental%20para%20a%20Defesa%20da%20Liberdade%20de%20Expressao%20adju.pdf>. Acesso em 04 mar., 2016.

GARGARELA, Roberto. El Derecho frente a la protesta social. *In* **Derecho y Humanidades**, 2006, n.12. pp. 141-151.

GARGARELA, Roberto. Un diálogo sobre la ley y la protesta social. **Postdata** [online]. 2007, n.12, pp. 139-170

PEREIRA, Marcus Abilio. Movimentos sociais e democracia: a tensão necessária. *In* **Opinão Pública** [online]. 2012, vol.18, n.1, pp. 68-87.

SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael. Protestos Sociais, direitos fundamentais e direito a desobediência civil. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**, Belo Horizonte, ano 8, nº 30, p.521-544. Set./dez. 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. GOMES, Ana Cecília de Barros. Direito ao protesto e Constituição: parâmetros constitucionais para uma cidadania ativa. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – EBET**. Belo Horizonte, ano 8, nº 30, p. 587-603, set/dez – 2014

RODRIGUEZ, José Rodrigues. As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica. **Revista Prolegómenos Derechos y Valores**, Bogotá, D.C., Colombia - Volumen XIX - Número 37 - Enero - Junio 2016, p.99-124. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18359/prole.1682>>. Aceso em 12 jul. 2016.

THOREAU, Henry David. **A desobediência civil**. Tradução: Sérgio Karam. Porto Alegre: L&PM, 1997.

INTERPRETAÇÃO PLURALISTA NO STF: uma análise da participação do *amicus curiae*

Ana Virgínia Cartaxo Alves¹

Caroline Alves Montenegro²

RESUMO: O presente trabalho parte da ideia de que a sociedade brasileira atual tem, como uma de suas características principais, o pluralismo numa concepção político-social, compreendido como uma multiplicidade de valores, interesses, crenças religiosas, grupos étnicos, compromissos morais, formas culturais e concepções sobre a vida digna compartilhando um mesmo espaço social e político. Com base nessa ótica do pluralismo político e social, verifica-se que, no exercício da jurisdição constitucional brasileira, em especial no controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, o processo de tomada de decisão deve ouvir e equalizar as várias vozes sociais tão discrepantes, como forma de legitimar democraticamente as decisões judiciais. Com isso, verifica-se a necessidade de participação efetiva de certos atores sociais com pensamentos, valores e visões de mundo distintos no processo de tomada decisão judicial. Este seria o papel a ser desempenhado pelos *amicus curiae* através de sua participação em audiências públicas, como mecanismo democrático de discussão mais ampla em assuntos complexos e de forte impacto social, que necessitam de um intercâmbio de conhecimento com profissionais especializados, entidades de classes, organizações sociais, dentre outros, com a finalidade de se alcançar uma solução mais democrática possível. Com o fito de avaliar se há uma efetiva participação plural e democrática, bem como se há realmente a possibilidade de influência do *amicus curiae* no processo de decisão judicial pelo STF no controle de constitucionalidade concentrado das leis, o trabalho vai se pautar na análise do julgamento de um caso emblemático e de grande repercussão social, qual seja a análise da possibilidade de aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54). E, com isso, verificar se há uma interpretação pluralista (e democrática) no controle concentrado de constitucionalidade das leis brasileiras.

Palavras-chave: Pluralismo. *Amicus curiae*. Controle de constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: This paper starts from the idea that the current Brazilian society has, as one of its main features, pluralism in a political and social concept, understood as a multiplicity of values, interests, religious beliefs, ethnic, moral commitments, cultural forms and conceptions of the good life sharing the same social and political space. Based on this perspective of political and

1 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do curso de Graduação em Direito da Associação Paraibana de Ensino Renovado – ASPER e do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP. Advogada. E-mail: virginia_alves@hotmail.com.

2 Mestre em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil e em Ciências Criminais. Advogada. E-mail: cacamontenegro@hotmail.com.



social pluralism, it appears that, in the exercise of Brazilian constitutional jurisdiction, especially in the concentrated control of constitutionality exercised by the Supreme Court, the decision-making process should hear and equalize the various social voices as discrepant as a way to democratically legitimate judicial decisions. Thus, there is the need for effective participation of certain social actors with thoughts, values and worldviews distinct in making judicial decision-making. This would be the role to be played by the *amicus curiae* through its participation in public hearings, as a democratic mechanism for broader discussion on complex issues and strong social impact, which require a knowledge exchange with professionals, professional societies, organizations social, among others, in order to achieve a more democratic solution possible. With the aim of assessing whether there is an effective plural and democratic participation, and if there really is the possibility of influence of the *amicus curiae* in the judicial decision-making by the Supreme Court in control of concentrated constitutionality of laws, the work will be based on the analysis of judgments of emblematic cases of great social impact, such as in anencephalic fetuses (ADPF 54). And with that, check for a pluralistic interpretation (and democratic) in the concentrated control of constitutionality of Brazilian laws.

Keywords: Pluralism. *Amicus Curiae*. Judicial review of laws. Federal Court of Justice.

1 Introdução

O traço fundamental das sociedades contemporâneas é o que se convencionou denominar pluralismo. Como a própria nomenclatura sugere, o pluralismo pode ser compreendido como a coexistência de uma variedade de elementos diferentes em um mesmo espaço.

Contudo, para o presente trabalho, compreende-se o pluralismo numa concepção político-social, aqui conceituado como uma multiplicidade de valores, interesses, crenças religiosas, grupos étnicos, compromissos morais, formas culturais e concepções sobre a vida digna compartilhando um mesmo espaço social e político.

Os Estados modernos, democráticos e complexos, como o Brasil, em razão da velocidade das transformações sociais, políticas, culturais e econômicas se encontram em um processo de maior integração e interdependência, em especial, nos assuntos relacionados aos direitos e garantias fundamentais e à defesa e proteção do ser humano.

Para uma melhor interpretação destes direitos há uma necessidade, dentre outros pressupostos, de uma pluralidade de intérpretes para se conseguir uma adequada jurisdição constitucional, sem esquecer o compromisso de respeitar o posicionamento da minoria.

Ao analisar a ADPF 54, busca-se averiguar se o STF, que através do uso de *amicus curiae*, conseguiu obter uma interpretação pluralista e uma real abertura ao diálogo plural, dos diversos grupos sociais que participaram do referido processo de controle concentrado de constitucionalidade.

2 Sociedade contemporânea pluralista

É interessante notar que o pluralismo, na concepção político-social, é marcado pela heterogeneidade, vez que, desde a dissolução dos centros tradicionais de orientação, o ser humano assumiu o papel do próprio referencial de conduta e, por conseguinte, numa sociedade complexa de múltiplas possibilidades, não pode se falar em uma igualdade de concepções individuais; o que ocorre, no máximo, é a congregação de pessoas em grupos que comportem valores, características ou objetivos semelhantes.

De acordo com Bobbio (1995), a concepção de uma sociedade pluralista engloba três características: a sua formação por meio de esferas particulares relativamente autônomas, a opção de organizar essas sociedades através de um sistema político que viabilize que os vários grupos e camadas sociais participem, seja de forma direta ou indireta, na formação da vontade coletiva e, por fim, que esse modelo social seria uma antítese de toda e qualquer forma de despotismo.

Portanto, pontua ele, que o pensamento que permeia a aceção de uma sociedade constituída por corpos intermediários, seria também uma aspiração antiestatal, pois o Estado restaria entendido como um elemento necessário, mas não exclusivo da evolução histórica (BOBBIO, 1995).

Já Wolkmer, atribui ao pluralismo os seguintes elementos caracterizadores: a) autonomia, compreendida como poder inerente aos vários centros e independente do poder central; b) descentralização, ou seja, o deslocamento do centro de decisão para os demais centros fragmentados; c) participação, caracterizada pela intervenção de vários grupos, inclusive os minoritários, no processo decisório; d) localismo, que seria a primazia do poder local em detrimento ao poder decisório central; e) diversidade, na aceção de privilégio que se confere à heterogeneidade e à diferença frente à homogeneidade; f) tolerância, compreendida por ele como formação de uma estrutura de convivência entre os vários centros norteada por regras, embasada num espírito de indulgência e na atuação moderada.

Cumprir destacar que Galuppo (2008) identifica, além desses elementos elencados por Wolkmer, outro ponto essencial para que se configure o pluralismo: esforço de um determinado centro de poder alcançar a esfera decisória e de controlá-lo com vistas a realizar e impor o seu projeto aos demais, ou seja, a tentativa de certos núcleos divergentes se tornarem hegemônicos.

A partir dessas características, percebe-se que o pluralismo representa dois riscos extremos para a convivência em sociedade. O primeiro perigo é justamente o excesso de descentramento gerar um processo de desagregação social irreversível.

Nesse raciocínio, expressa Bobbio (1995) uma preocupação no sentido de que a fragmentação excessiva dos interesses coletivos termine por não mais ser possível a recomposição da unicidade pública por meio da compatibilização dos interesses privados. Isto, na sua visão, implicaria num

temerário retorno à Idade Média, em que a sociedade era marcada pelas contendas entre famílias rivais, formando-se, então, um Estado permeado por disputas entre grupos de interesses conflitantes, tornando impossível a satisfação de qualquer desejo comum.

Logo, percebe-se que desagregação radical e irreversível da sociedade representa um risco real advindo do pluralismo, posto que uma sociedade excessivamente individualista – já que cada indivíduo ou cada grupo perseguiria o seu próprio ideal de vida – poderia perder totalmente sua coesão e, por conseguinte, a vida em sociedade correria um grande perigo de se desintegrar por completo.

Outro grande risco que o pluralismo representa para a sociedade contemporânea é a possibilidade de um núcleo descentralizado de poder tornar-se hegemônico, impondo seu projeto de vida aos demais grupos.

O perigo de um determinado grupo despontar como poder autoritário surge a partir do momento em que a convivência da heterogeneidade num espaço político cada vez mais descentralizado enseja na possibilidade da propagação de orgulhos étnicos e na manifestação da supremacia de uma raça, cultura ou ideologia, nascidos da falta de tolerância ou do não reconhecimento pacífico do outro. (TEIXEIRA, 2006)

Esse risco de um dissenso extremo, acarretando numa fragmentação radical que impossibilite a compatibilização de projetos coletivos ou no perigo da instalação de um poder despótico totalmente intolerante e insensível às diferenças, representa os grandes problemas a serem enfrentados por uma sociedade cada vez mais pluralista.

Cumprir frisar que tais problemas podem se tornar mais agudos num momento de crise, como o que se atravessa, quando há uma tendência à fragilização da sociedade, ante a ampliação das dificuldades econômicas e sociais, com propensão a tornar os grupos mais intolerantes, em razão do medo e da insegurança, como já ocorreu no curso da história recente da humanidade.

É oportuno ressaltar que o dissenso é a marca do pluralismo, pois é o traço fundamental da diversidade de valores, pensamentos e interesses que permeiam os núcleos descentralizados da sociedade. Por conseguinte, num pretense Estado Democrático de Direito, só há o que se falar numa sociedade pluralista, como prevista no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, se houver verdadeiramente um espaço para as diferenças e o dissenso entre os cidadãos.

Nessa esteira, a despeito das diferenças marcantes que cada vez mais se exasperam na medida em que aumentam as possibilidades e a conseqüente complexidade social, verifica-se que não se pode reproduzir um modelo de consenso absoluto ou, até mesmo, artificial imposto por único centro de poder.

No entanto, não se pode abrigar um modelo estatal pautado na mera coabitação de projetos de vida distintos em um mesmo espaço político-social, mas, talvez, a resposta para esses problemas esteja

na possibilidade do reconhecimento de igual importância de todas as aspirações, inclusive dos grupos minoritários.

E, além disso, da criação de mecanismos que permitam uma posição dialógica entre as mais distintas visões de mundo, com a finalidade de estabelecer condições básicas para que todos os grupos possam participar da vida política e concretizar de alguma forma seus interesses.

3 A interpretação pluralista no STF

Como demonstrado, as sociedades mundiais passam por inúmeras transformações em busca de um melhor aperfeiçoamento em suas relações sociais. Nesse contexto, os povos de diferentes nações, raças, etnias e culturas vêm se desenvolvendo e evoluindo em um ambiente mundial cada vez mais plural, heterogêneo e complexo, onde em muitas situações o consenso das decisões não é pacífico e sem conflito, mas fruto de divergências e compromissos entre os participantes que possuem diferentes posicionamentos.

Certamente, após as atrocidades das Guerras Mundiais e dos períodos de ditaduras tanto na Europa, quanto na América Latina, chegou-se a um entendimento de que a democracia seria a melhor forma para se relacionar e conviver harmoniosamente. Assim, a democracia na pluralidade se faz necessário a criação de mecanismos que permitam a convivência em uma sociedade sem eliminar a possibilidade de divergência entre os mais diversos grupos, como também, a promoção de uma maior cooperação e integração entre os povos.

Sustenta Bonavides (2013) que desde o século passado o número de estados, governos e sociedades têm se tornado cada vez mais democrático, portanto, são raros os que não o são. A democracia pode ser direta ou indireta. A direta é como se o povo governasse teoricamente, já que os representantes seriam os devidamente escolhidos por ele. Já a indireta ou semidireta, o povo não apenas escolhe o seu candidato como também legisla, são espécies clássicas: *referendum*, plebiscito e iniciativa popular. Esta última forma é defendida há algum tempo, ou melhor, desde o século XVIII, quando Rousseau sustentava que se a lei não fosse confirmada pelo povo seria nula.

Nesse sentido, uma participação política adequada seja através do voto, ou mesmo, de uma associação de classe, representação popular, dentre outros, são necessários para manter a sociedade mais participativa e atuante no processo democrático. Portanto, o Estado de direito é o mais adequado para alicerçar uma sociedade moderna cujas decisões são voltadas para os cidadãos e não deve repousar em um indivíduo isolado, como também, é considerado o mais indicado para garantir as liberdades fundamentais necessárias ao devido funcionamento de uma sociedade pluralista.

Para Streck (2013) não restam dúvidas que a teoria do direito constitucional no Brasil representa progressos na concretização dos direitos fundamentais sociais, acompanhando as necessidades de uma

sociedade complexa. Por outro lado, em nosso país existe uma supervalorização da discricionariedade do juiz, inclusive, como se verifica nas recentes mudanças observadas com o novo Código de Processo Civil, dificultando um avanço nas discussões e interpretações, que deveriam representar um aprendizado através de um diálogo entre intérpretes. Além disso, a cultura jurídica tem se estruturado de uma maneira tal, que transforma as decisões dos tribunais em conceitos jurídicos, sem a realização de qualquer forma de crítica, interpretação com relação às decisões finais, uma verdadeira prática solipista.

O nosso Tribunal Excelso adota com certo predomínio posturas a favor das interpretações restritas ao formalismo da lei, o positivismo de Kelsen, que foi muito importante nos períodos pós-guerras mundiais e ditaduras. Não tem como contestar, que em determinadas situações o positivismo legalista é essencial como invocação fundamental da defesa de um direito, mas, não pode ser aplicado genericamente, pois sua utilização deve ser ponderada. Por isso, comungo com o posicionamento de Lênio Streck quando ele diz que (2013, p.108) “[...] o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política.”

Nesse sentido, afirma Souza Cruz (2004), a saber: “objetividade no Direito cede lugar à intersubjetividade que pauta-se agora pelo convencimento que os argumentos/fundamentos desenvolvidos na decisão produzem numa sociedade de intérpretes do Direito” (CRUZ, 2004, p.146).

Sendo assim, constata-se que o nosso país assumiu posturas comunitarista na jurisdição constitucional, assim como, *v.g*, somos influenciados pela retórica de Perelman, pela teoria argumentativa de Alexy, dentre outros. (SOUZA CRUZ, 2004)

A retórica de Perelman está centrada na ponderação de valores e na participação plural de indivíduos nos processos mais complexos. Os juízes procuram convencer sua decisão em uma audiência universal constituída não apenas pelas partes envolvidas, e também, por toda a comunidade jurídica. Essas pessoas que possuem as informações e têm condições de processá-las são consideradas iluminadas, por isso, Perleman denominá-las de humanidade iluminada (SOUZA CRUZ, 2004).

A teoria descrita acima foi muito importante como uma mutação da hermenêutica constitucional clássica como a de Kelsen, além de, ter sido um norte para as teorias da ponderação de valores e a discursiva de Habermas. Perleman, portanto, por meio de sua retórica definiu seus estudos afastando-se das concepções metafísicas e da redução à legalidade, direcionando, portanto, para uma adesão voluntária dos jurisdicionados (SOUZA CRUZ, 2004).

Alexy, por outro lado, inovou ao relativizar todos os direitos fundamentais, inclusive o da dignidade humana, e, ao estudar a racionalidade do princípio da proporcionalidade. Sua teoria da argumentação é constituída por meio de um discurso racional prático, em que todos os que tiverem vontade e pudessem deviam apresentar as suas argumentações ao orador, que devia ouvi-los, ou

melhor, há a possibilidade de uma ampla liberdade discursiva. As decisões eram pautadas em argumentos jurídicos oriundos de diversos debates de distintos sujeitos (SOUZA CRUZ, 2004).

Após a Constituição de 1988 o Brasil tem se direcionado para uma postura de constitucionalistas comunitaristas baseada na identidade ética e cultural e dos grupos sociais excluídos, tais como, negros, índios, pobres, homoafetivos, etc. O Estado fica responsável pela promoção e desenvolvimento social e econômico. Os princípios da proporcionalidade e da ponderação de valores são necessários como método para a afirmação dos direitos fundamentais, e com proteção especial e de cunho substantivo ao princípio da dignidade humana. (SOUZA CRUZ, 2004)

As tendências constitucionais quanto às interpretações são agrupadas a partir da teoria aberta dos interpretes da Constituição de Peter Häberle (2002) em dois aspectos, a saber: 1º Interpretação Legal - é uma forma nominada exclusiva da esfera jurídica e legislativa, principalmente, dos tribunais constitucionais como intérpretes da constituição.

Esta teoria é criticada pela falta de abertura, por não ser dinâmica e não ouvir as necessidades de mudanças, assim, torna-se muito formal e restrita. Ela é realizada por: intérpretes jurídicos, peritos, testemunhas, dentre outros e 2º Interpretação Difusa – estruturada no pluralismo social, é considerada como aquela que possui um amplo conjunto de intérpretes.

A grande crítica desta última teoria é quanto a sua sistematização, que é condição indispensável, caso contrário, o sistema por ser aberto e difuso se torna incongruente e sem limites, com dificuldades em consolidar as interpretações para uma devida aplicação. (HÄBERLE, 2002).

A necessidade de organizar sistematicamente os atores, de distintos saberes, que realizam os diálogos de interpretações constitucionais, é de suma importância. Afinal, o direito é uma ciência com conteúdo, objeto, método e forma, assim, os intérpretes, dentro e fora da esfera legal, precisam obedecer a um agrupamento, classificação, para que possa ser sistematizado. Isso não significa a defesa de um sistema fechado, engessado, mas a pluralidade de conteúdo e interpretes devem ser abertos, mas também restritos dentro de divisões específicas, para que haja coerência ou congruência na relação entre eles.

4 A figura do *amicus curiae* como instrumento para conferir confiança e legitimidade às decisões do STF – análise da ADPF 54

No Brasil, alguns atores têm contribuído em situações mais polêmicas, que precisam um melhor aprendizado para se alcançar soluções condizentes, como legitimados para uma interpretação constitucional difusa, dentre eles: aqueles que têm competência para atuar nas audiências públicas, os *amicus curie*, etc.

A Audiência Pública é considerada um mecanismo democrático de discussão mais ampla em assuntos complexos e de forte impacto social, que precisam de um intercâmbio de conhecimento com profissionais especializados, entidades de classes, organizações sociais, dentre outros, com a finalidade de se alcançar uma solução mais adequada possível.

Constata-se que o STF tem realizado uma abertura constitucional dos intérpretes através de audiências públicas, nos seguintes, casos: 1º 2007 - utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa científica; 2º 2009 - justicialização do direito à saúde; 3º 2010 – cotas para afrodescendentes em Universidades; 4º 2011 – reconhecimento constitucional às uniões homoafetivas (PIOVESAN, 2013).

Câmara (2009) argumenta o *amicus curie* ou “amigo da Corte” como uma pessoa que tem competência para fornecer subsídios aos juiz em processos objetivos ou subjetivos que apresentam questões de repercussão geral. As pessoas (físicas ou jurídicas) podem requerer a atuação no processo como espécie de perito, ou mesmo, pode ser uma intenção do juiz, *ex officio*, provocar esta intervenção. Em ambos os casos, não há a determinação antes da manifestação das partes, ou seja, a observação do princípio do contraditório.

Sob o ponto de vista sociológico, pode-se encarar a figura do *amicus curiae* como um ponto de acesso, na acepção de Giddens (1991), já que proporciona um encontro face a face entre o leigo/ mundano e perito/ douto. No entanto, agora o leigo é representado pelo o juiz e o perito é o próprio *amicus curiae*, o amigo da corte perito em área técnica desconhecida pelo magistrado.

Sob este ponto de vista, pode-se entender o *amicus curiae* como instrumento para ampliar a confiança no sistema perito consubstanciado no Poder Judiciário, pois o fato de um sistema perito se valer de outro sistema perito auxiliar, faz com que a confiança que os leigos depositem nesses peritos auxiliares seja refletida também no sistema perito principal que deles se valem.

Num movimento circular, o conhecimento e o reconhecimento do Poder Judiciário, em especial de sua mais alta corte, o STF, é confirmado como autêntico a partir da própria autenticidade reconhecida ao sistema perito auxiliar, uma vez que a fé e a estima que os leigos mantêm nesse sistema auxiliar são estendidas aos peritos principais, neste caso, os magistrados e demais agentes peritos que participam do campo jurídico.

Assim, o conhecimento douto/ perito dos Ministros do STF, no controle concentrado de constitucionalidade, é reconhecido como natural e restrito àqueles que já o têm de forma inata, cujo acesso só é permitido aos iniciados ao campo do Direito.

Tanto é que os próprios Ministros do STF expressam que a participação do *amicus curiae* nos processos de controle de constitucionalidade das normas confere mais autenticidade ao julgamento

judicial, pois confere subsídio técnico, implicações diversas com repercussão econômica, conforme se observa no trecho do voto emitido pelo Ministro Gilmar Mendes na ADPF 54:

Ao ter acesso a essa pluralidade de visões em permanente diálogo, este Supremo Tribunal Federal passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político-jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vir a ser apresentados pelos “amigos da Corte”.

Tal pensamento evidencia a participação do *amicus curiae* no processo objetivo de controle de constitucionalidade, na condição de sistema perito auxiliar, visa perpetuar a confiança, naturalidade e autenticidade conferida aos amigos da corte aos julgadores, fomentando a legitimidade de suas decisões.

Para exemplificar como se dá a participação do *amicus curiae* no controle concentrado de constitucionalidade, será analisada a oitiva de terceiros, admitidos como *amicus curie*, na ADPF n. 54.

Com efeito, nos dias 26 e 28 de agosto, 4 e 16 de setembro de 2008, foram realizadas audiências públicas de vários agentes sociais que pleitearam a intervenção no processo da ADPF n. 54 como terceiros.

Inicialmente, é importante destacar que o ministro relator subdividiu os *amicus curiae* em algumas categorias e outros não categorizados, como se verifica no quadro abaixo:

Data da audiência pública	Categorias de atores sociais	Atores sociais admitidos como <i>amicus curiae</i>
26.08.2008	“entidades religiosas e sociológicas”	<ol style="list-style-type: none"> 1. Representantes da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil 2. Representante da Igreja Universal do Reino de Deus 3. Professor do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Ciências Médicas da UFRJ 4. Professora da PUC/SP e diretora da Organização Não-Governamental Católicas pelo Direito de Decidir 5. Médicas representantes da Associação Médico-Espírita Internacional e da Associação Médico-Espírita do Brasil
28.08.2008	“entidades científicas”	<ol style="list-style-type: none"> 1. Representante do Conselho Federal de Medicina 2. Representante da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia 3. Representante da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal 4. Deputado Federal Presidente da Frente Parlamentar em Defesa da Vida – Contra o Aborto 5. Representante da Sociedade Brasileira de Genética Clínica 6. Deputado Federal Professor da USP e UNICAMP 7. Professora da USP e representante do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto 8. Representante da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência 9. Professora da USP e representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – ANIS

04.09.2008	Sem classificação por parte do relator	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ministro da Saúde 2. Jornalista representantes da Escola de Gente – Comunicação em Inclusão 3. Médica representante da Associação de desenvolvimento da Família – ADEF 4. Médica representante da Rede Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos 5. Médica pediatra do Hospital São Francisco/SP. 6. Médico representante da Comissão de Ética e Cidadania da Academia Fluminense de Medicina 7. Socióloga e cientista política representante do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher
16.09.2008	Sem classificação por parte do relator	<ol style="list-style-type: none"> 1. Médica diretora do Centro Interdisciplinar de Estudos Bioéticos do Hospital São Francisco/SP 2. Socióloga Representante da Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos 3. Secretária Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República do Conselho Nacional de Direitos da Mulher 4. Médico psiquiatra membro das Câmaras Técnicas de Perícia Médica e Medicinal Legal do Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro e representante da Associação Brasileira de Psiquiatria

O expediente de categorização por parte do ministro relator pode revelar certa inclinação do julgador em hierarquizar a posição ou importância dos terceiros admitidos, entendendo-se que a posição de certos atores sociais teria mais preponderância ou maior poder de influenciar a tomada de decisão por parte dos julgadores.

Ocorre que é salutar a participação de terceiros peritos ou representantes de categorias sociais, pois a discussão e o processo de tomada de decisões restaria mais amplo, ao passo que proporcionaria que vários atores sociais, de distintas visões de mundo tomassem parte no processo de criação do direito.

É que, com base na ótica do pluralismo político e social, verifica-se que, no exercício da jurisdição constitucional brasileira, em especial no controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo STF, o processo de tomada de decisão deve ouvir e equalizar as várias vozes sociais tão discrepantes, como forma de legitimar democraticamente as decisões judiciais.

Com isso, verifica-se a necessidade de participação efetiva de certos atores sociais com pensamentos, valores e visões de mundo distintos no processo de tomada decisão judicial. Este seria o papel a ser desempenhado pelos *amicus curiae* através de sua participação em audiências públicas, para atuar como mecanismo democrático, proporcionando uma discussão mais ampla em assuntos complexos e de forte impacto social.

No entanto, a problemática é saber se há realmente uma consideração da participação desses agentes, leigos quanto ao Direito, no processo de tomada de decisões. Isto não quer dizer, no caso em tela, que os julgadores deveriam pautar sua decisão em preceitos meramente religiosos de uma ou outra

religião, mas que se deve considerar e ouvir as diversas vozes como forma de democratizar o debate em uma sociedade essencialmente pluralista.

O quadro exemplificativo demonstra a variedade de atores sociais admitidos como *amicus curiae*, o que indica a pluralidade da sociedade brasileira. Outrossim, como se ver na pluralidade de entidades sociais envolvidas que defendem posições antagônicas, por exemplo, ver-se a participação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, assim como, a oitiva do Movimento Nacional da Cidadania em Defesa da Vida – Brasil sem aborto

Tal questão, inclusive, foi reconhecida pelo Ministro Gilmar Mendes que, ao deliberar sobre o estado laico e a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, opinou pela admissão de *amici curiae* de qualquer confissão religiosas, posição ideológica ou política:

Teço essas considerações para registrar a minha inequívoca posição no sentido de que a admissão de *amici curiae*, de qualquer confissão religiosas, posição ideológica ou política, deve ser privilegiada por esta Corte. Em se tratando de ações de controle abstrato de constitucionalidade, isso é particularmente evidente, ante a repercussão da decisão. Por outro lado, é preciso ressaltar, como o fez Schmitt ao tratar do conceito do político, que todo assunto capaz de mobilizar ou dividir uma comunidade convola-se imediatamente em matéria afeita à política, deixando de se referir, portanto, apenas à saúde, ao crime etc. Por essa razão, ressalto a minha posição em defesa da possibilidade de manifestação da sociedade, sobretudo em ações delicadas como a presente.

No entanto, apesar dessa abertura para participação das entidades religiosas, ver-se também que somente a maioria da representação religiosa brasileira fez-se presente no julgamento, com a participação de entidades cristãs, representando a Igreja Católica (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil), Igreja Evangélica (Igreja Universal do Reino de Deus) e representação de médicos espíritas (Associação Médico-Espírita Internacional e Associação Médico-Espírita do Brasil).

Com isso, percebe-se que, mesmo com a abertura para a participação da variedade religiosa brasileira, ainda assim, não houve uma ampla participação dos atores sociais representantes da religiosidade ou até da opção pela não religiosidade, o que denota ainda a falta de representatividade ou relevância social conferida às minorias religiosas no Brasil.

Corroborando a ideia de que o *amicus curiae* pode servir como instrumento para ampliar a confiança no sistema perito consubstanciado no Poder Judiciário, através da reprodução da confiança que os leigos depositam nesses peritos auxiliares seja refletida também no sistema perito principal, no caso, os ministros do STF, ver-se a grande participação de entidades de renome médico, como se observa na participação de Representante do Conselho Federal de Medicina, Representante da Sociedade Brasileira de Genética Clínica e Associação Brasileira de Psiquiatria.

Assim, verifica-se que a participação de *amicus curiae*, no processo de tomada de decisões no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado das leis, como no caso da ADPF 54, serve para conferir legitimidade às decisões do STF, ao passo que privilegia o diálogo plural, permitindo que os mais

diversos setores de uma sociedade cada vez mais pluralista possam emitir sua opinião sobre determinado tema, e, com isso, abrir espaço para uma interpretação pluralista.

5 Conclusões

Os aspectos multicultural e heterogêneo devem ser abordados também como uma forma de considerar a opinião da minoria, na pluralidade democrática da sociedade contemporânea. Nesse sentido, se têm usado de forma abrangente os instrumentos de participação da vontade dos cidadãos.

O *amicus curiae* e as audiências públicas são adotados com certa frequência no nosso Tribunal Supremo, inclusive com a admissibilidade da sustentação oral.

Ao analisar o caso da ADPF 54, que trata da legalidade do aborto em fetos anencefálicos, verificou-se que o uso da figura do *amicus curiae* é um avanço na tentativa de abrir o processo objetivo de controle de constitucionalidade concentrado ao diálogo com os setores da sociedade, fomentando a participação, inclusive, das vozes minoritárias.

Verificou-se que a audiências públicas realizadas com diversos especialistas, associações e grupos religiosos contribuíram para legitimar a decisão do STF em uma questão tão crucial, que envolveu os principais valores protegidos na ordem constitucional brasileira, como direito à vida, dignidade da pessoa humana, liberdade e autonomia de vontade.

Referências

BOBBIO, Norberto. **As ideologias em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunitarismo, Terceira via e Terceira força**. 4 ed. Brasília: UNB, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 20ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 54**. Relator: MELLO, Marco Aurélio de. Publicado no DJE de 30/04/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>> Acesso em: 15 nov. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual**, Volume I. 19ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALLUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – A sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos**. 6ed. São Paulo: Saraiva 2013.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – Decido conforme minha Consciência? 4ed rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pluralismo político e integração social: entre consenso e dissenso. *In*: SEVERO NETO, Manuel (org.). **Direito, cidadania e processo**. V. 3. Recife: FASA, 2006.



ENTRE MEIOS E FINS: o contato entre Direito e Política e a influência do jurídico para a democracia

Bruno Calife dos Santos¹

RESUMO: O Direito e Política parecem ter alcançado uma relação de coexistência necessária a ponto de perder-se de vista as conexões e interações de um sobre o outro. Ocorre que uma dissecação entre esses fenômenos ainda se mostra importante a fim de discriminar se o Jurídico confunde-se com a Democracia, sendo por isso um fim em si mesmo ou se representa apenas um mecanismo para o atingimento desse contexto, o que pode ser feito entremeando-se o estudo pelo Direito Constitucional e pela Filosofia do Direito a fim de conjecturar qual a real influência do daquela sobre esta.

Palavras-chave: Direito. Política. Democracia.

ABSTRACT: Law and Politics seem to have achieved a coexistence relationship needed to lose from sight the connections and interactions of one over the other. It happens that a dissection of these phenomena still shows important in order to discriminate whether the Legal confused with democracy, so it is an end in itself or is just a mechanism for achieving this context, what can be done interspersing to the study by the Constitutional Law and the Philosophy of Law in order to guess what the real influence of that on this.

Keywords: Law. Politics. Democracy.

1 Introdução

A lição hoje amplamente corrente e até certo ponto singela no âmbito do Direito Constitucional acerca do movimento constitucionalista e sua geração de direitos fundamentais de que os atributos de “primeira dimensão” estabeleceram a contenção do uso arbitrário do poder por meio das denominadas “liberdades públicas” favoreceu o desenvolvimento desse ramo jurídico, superando a disciplina de “Teoria do Estado”, dado o avanço do seu pensamento dogmático, o que posiciona o Constitucionalismo no centro das preocupações acerca da conformação do perfil do Estado, figurando, assim, o limiar entre o Direito e Política.

Se antes uma constituição significava apenas a prova de um pacto social para o surgimento de uma comunidade politicamente organizada, restringindo-se, por isso, em seu conteúdo a um mínimo

¹ Doutorando e mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB. Especialista em Docência no Ensino Superior e Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela UFRN. Atualmente é assistente de gabinete da Primeira Vara Cível da Comarca de Macaíba/RN.

jurídico representado pelo encartamento de liberdades públicas e a diagramação institucional do Estado a partir do princípio da separação dos poderes, hoje se afigura muito mais presente na vida do cidadão comum a partir do próprio conjunto de garantias fundamentais que se ampliou por meio da correlação sempre constante entre demanda por novos direitos e a necessidade por seu reconhecimento e concretização, a ponto colocar o “jurídico” talvez não apenas como um meio para alcançar a estabilidade institucional, mas como sinônimo desse mesmo equilíbrio, normalmente associado ao sistema democrático.

Tal conjuntura permitiu, assim, a criação de expressões como “Estado Constitucional Democrático de Direito”, considerado um avanço desde sua forma mais primitiva – o “Estado de Direito” –, analogamente ao referendado pela historiografia do constitucionalismo em relação aos direitos fundamentais, bastante utilizada pela retórica jurídica como apanágio na defesa e legitimação do papel das instituições públicas, principalmente pelo Judiciário e em especial das Cortes Constitucionais como sua *ultima ratio*.

Veja-se que desde a primeira manifestação desse organismo, legada pela modernidade, até aquela mais atual, o jurídico aparece impregnado na sua construção, o que parece evidente pela inserção da expressão “Direito” em ambas as epígrafes.

Entretanto, essa lógica parece destoar da própria concepção já identificada linhas atrás, acerca da natureza “sociopolítica” da constituição que evoluiu para uma compreensão “jurídico-normativa”, a ponto de permitir o questionamento acerca dos verdadeiros limites entre Direito e Política, ou ainda, a respeito do papel eventualmente imanente que o Direito possa ostentar para a construção de uma sociedade efetivamente democrática.

A indagação, para além desse plano, comporta uma aproximação filosófica sobre a própria natureza do Direito e que invoca o constante embate entre as concepções *jusnaturalista* e *juspositivista* do fenômeno, pois, a depender da adoção de um ou de outro ponto de vista, é que se poderá atribuir, como será visto adiante, o seu valor representativo no que tange a sua relação com o político e com a democracia em especial.

O presente estudo, visando a discussão sobre o contato entre esses dois campos de manifestação social, é dividido em três seções.

A primeira parte é dedicada ao equacionamento sobre a relação entre Direito e Política a fim de estabelecer – se é que isso é realmente possível – as fronteiras de atuação entre essas esferas.

Já a segunda seção se preocupa justamente em verificar a existência de uma adequação, maior ou menor, entre as duas principais tradições filosóficas e a democracia, seguindo-se ao terceiro ponto no qual se insere a temática a respeito do caráter essencialista ou procedimentalista do fenômeno jurídico para uma comunidade que adota esse sistema.

A discussão é permeada, metodologicamente, por uma percepção crítica a respeito dos postulados ora analisados, adotando-se, preferencialmente, uma postura analítica.

2 O “Direito Constitucional” como premissa argumentativa para a análise sobre a associação entre Direito e Política

Sem que seja recomendável se proceder a uma historiografia completa sobre o movimento constitucionalista, o presente ensaio, firma-se sobre três premissas que se estabelecem a partir de acontecimentos reconhecidos como paradigmáticos sobre seu papel na construção da percepção atual do Estado²: o surgimento da declaração de direitos do homem e do cidadão na França revolucionária; a decisão da Suprema Corte americana no caso *Madison vs. Marbury*; e a repercussão do holocausto pós-segunda guerra mundial.

Muito embora a existência de um texto com garantias jurídicas opostas contra o poder institucionalizado não seja novidade no panorama histórico, como denota a sempre lembrada *Magna Carta* inglesa de 1215 (COMPARATO, 2010, p. 91-92), o texto da Declaração francesa insere a noção de fundamentalidade aos preceitos contidos naquilo que viria ser conhecido como uma “constituição”³.

Apesar do evidente impacto retórico buscado pelos revolucionários, sua marca mais profunda seria justamente a concretização de uma visão filosófica que buscava se sobrepor a legitimação do regime anterior fundada em novas ideias como “nacionalismo”, “liberdade” e uma “política democrática radical” (HOBBSAW, 1996, p. 53).

A então jovem nação americana constituída sobre as mesmas bases ideológicas, circunstância visível pela proximidade de seus textos fundamentais e apesar de nítidas distinções relacionadas não apenas ao alcance dos seus efeitos, mas também de suas bases socioinstitucionais (BOBBIO, 1992, p. 113-114), já superado o colonialismo, termina por enfrentar, um pouco mais adiante, um interessante conflito de luta por espaços de poder.

2 Segundo Marcilio Toscano Franca Filho (2009, p. 71-74), a concepção de Estado nasce com falência do modelo feudal de organização social, influenciado pelos interesses da então burguesia ascendente a quem interessava uma articulação maior do político em detrimento da fragmentação do mundo feudal. O Estado nacional moderno baseia-se no que ele denomina de “paradigma vestfaliano” por remontar aos tratados de paz de Westfália após a Guerra dos Trinta anos nos quais se expressara referência ao poder soberano da monarquia, elemento fundamental a compreensão de um ordenamento jurídico organizado em bases territoriais delimitadas e capaz de monopolizar a criação e a imposição de regras jurídicas.

3 Norberto Bobbio (p. 85-96) em seu clássico livro “A Era dos Direitos” narra o contexto da assembleia revolucionária no tocante a discussão sobre a produção de um documento que encampasse os ideais do movimento e sobre a vitória do grupo político que entendeu ser fundamental a sua criação conforme inspiração rousseauiana, culminando na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, onde se lê, precisamente, no artigo 16 que uma “(...) sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Diante da precedência ate certo ponto natural do Executivo, principalmente no caso americano em que “pais fundadores” terminam por ocupar o posto de presidente da república, o Judiciário se via fragilizado apesar da equivalência abstrata advinda da concepção tripartite delineada por Montesquieu.

Em emblemático caso enfrentado pela Suprema Corte americana⁴, o *Chief Justice* Marshall termina por fomentar a solução para eliminar essa defasagem ao fundamentar, como atributo imanente à atuação do órgão, o domínio acerca da interpretação do texto constitucional, fazendo surgir de sua caracterização o conceito institucional de força normativa da Constituição.

Já no campo dogmático, o instituto encontra sua definição mais pungente na crítica de Konrad Hess (1991, p. 9-10) ao desprezo pelo jurídico na construção da noção acerca da constituição apresentada por Ferdinand Lassalle ao defender a dubiedade de constituições em um Estado – a real e a jurídica – preponderando a primeira em relação a segunda em função das correlações de força entre os mais variados setores e classes sociais, caracterizando o texto constitucional, ao cabo, como um simples “pedaço de papel”.

Segundo o autor:

Em síntese pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. (HESSE, 1991, p. 24).

O salto histórico encontra, no século XX, o novo impulso sofrido pelo constitucionalismo no âmbito estatal, consistente na reinvenção do caráter axiológico dos textos constitucionais cuja consequência, não por acaso, é sentida no exercício da jurisdição constitucional, ou seja, no campo da hermenêutica associado ao *judicial review* a que se deu nota anteriormente:

Na senda traçada por Schmitt no início do século XX, a força da concepção política, material, social e axiológica da jurisdição constitucional, por assim dizer substancial, desbastaria a ilusão do formalismo positivista, do individualismo jurídico e da relatividade de concepções políticas democratizantes liberais defendidas por Kelsen.

Para Schmitt, a jurisdição constitucional é um processo político, porque a Constituição do Estado é da mesma natureza, um conjunto de valores substanciais. Ora, a própria noção filosófica de substancia assoma com toda força, pois a Constituição seria essencialmente valores resguardados na textura da lei, mas de modo algum formalista e relativista, mas material e axiológica, e objetiva enquanto realidade social e politicamente efetivável. (LIMA, 2009, p. 159-160)

4 O caso *Marbury v. Madison* é considerado como o precursor do controle de constitucionalidade, reconhecendo-se ao Judiciário a prerrogativa de invalidar atos dos demais poderes em abono a interpretação acerca de sua violação frente a constituição. Na demanda decidida pela Suprema Corte Americana e relatada pelo *Chief Justice* Marshall estava em jogo o embate político entre John Adams e Thomas Jefferson após a vitória eleitoral deste último ao cargo de Presidente da República. Diante dessa circunstância, Adams, no apagar das luzes de seu mandato, resolveu nomear vários correligionários para cargos importantes no Judiciário americano – apelidados, por isso de *midnight judges* –, o que levou Jefferson a negar reconhecimento as nomeações ao assumir o Executivo, provocando, assim, a judicialização do problema por um dos nomeados junto a Suprema Corte (SAMAPIO, 2002, p. 29-32).

Se nos dois momentos anteriores o que se viu foi a tentativa de garantir a esses preceitos o *status* normativo capaz de convolar essas regras em preceitos jurídicos, a partir do impacto causado pela “solução final” e pelas demais atitudes do “nazi-fascismo” sempre fundamentadas pelos seus agentes como legais e portanto jurídicas a partir do contexto institucional em que viviam, o movimento posterior foi retomar as bases de um essencialismo dissonante capaz de permitir a apreensão do “legal mas injusto” para alcançar o “justo mas não legal” (GOMES; MAZZUOLLI, 2010, p. 45-56).

A conformação e o cumprimento da lei em que lastreado o Estado de Direito e sendo a própria constituição uma norma de caráter jurídico fruto da superação de seu viés exclusivamente político, legou uma nova concepção do Direito Constitucional consignada no que vem sendo chamado no Brasil de “neoconstitucionalismo” cujo conteúdo é tão variável quanto a gama de valores que podem ser eleitos para fazer parte deste panteão de elementos constitucionais (SARMENTO, 2013, p. 75-84).

Dentre os vários pensadores qualificados como defensores dessa visão, o alemão Robert Alexy (2011, p. 151-155) vem sendo citado como um dos principais expoentes, o que se verifica pela crítica contumaz ao conceito de direito legado pelo positivismo jurídico ao sustentar o caráter de juridicidade à pretensão de correção de um sistema jurídico.

Se antes isso serviu de base para conferir um certo *status* as regras constitucionais dissociando, portanto, o Direito Constitucional da esfera política ao garantir-lhe foro de independência, atualmente as críticas acerca daquela visão ascética a que se fez referência e encadeada pelas doutrinas moralistas⁵ cobram o retorno a esse ponto de contato, muito embora não ao seu estágio primitivo, como se poderia imaginar, mas em outro patamar representativo de uma verdadeira simbiose entre elas.

3 A relação dialética entre Direito Natural e Positivismo Jurídico, o Estado e a democracia

O final da seção precedente mencionou, mesmo que de forma implícita, o embate entre as tradições que há muito ocupam as mentes dos filósofos do direito⁶.

O jusnaturalismo, aquele de viés racionalista, contribuiu marcadamente para a superação do absolutismo ao servir de fundamento à crítica da origem divina e hereditária, portanto, também autoritária do poder soberano. A este respeito a sentença de proposta por Thomas Paine (1969, p. 193), um dos

5 Sob a pecha de “moralismo jurídico”, Elival da Silva Ramos (2010, p. 44-54) contabiliza vários movimentos doutrinários – Movimento do Direito Livre; o Realismo Jurídico; o ressurgimento do próprio Jusnaturalismo, bem como a concepção de Dworkin que reputa original e afastada das demais – cujas bases compõe-se de críticas ao formalismo abstrato presente na concepção juspositivista.

6 Mais do que a definição de um conjunto de institutos, a vinculação de um jurista as clássicas tradições do pensamento jurídico apresentam um modo de entender e se portar perante o fenômeno ao estabelecer os contornos, alcance, efetividade e finalidade do “jurídico” a partir de seus paradigmas, tal o alerta feito por Michel Tropper (2008, p. 17-32) ao discriminar o que significa a Filosofia do Direito apartando-a da Ciência do Direito e de outros ramos propedêuticos.

grandes ideólogos das revoltas do século XVIII, movimentos marcadamente distinguidos por essa concepção, é precisa:

Government on the old system, is an assumption of power, for the aggrandisement of itself; on the new, a delegation of power, for the common benefit of societ. The former supports itself keeping up a system of war; the latter promotes a system of peace, as the true means of enriching a nation.

As revoluções liberais, signo sobre o qual se assenta tanto o movimento francês, quanto o americano, ostentam notadamente a existência de um direito imanente aos cidadãos criados, assim, para a liberdade, circunstância que legitimaria a derrubada de qualquer regime a esta avesso por um pretense direito de resistência (BOBBIO, 1992 p. 31).

A contribuição, no entanto, não termina neste apriorismo.

Os valores de uma sociedade então nascente e obrigatórios, desse mesmo ponto de vista, também permeiam o entendimento sobre o panorama da constituição do organismo coletivo e supraindividual, cuja referência foi feita no item precedente.

Nestes, destacam-se o papel da justiça, conectada diretamente ao Direito; e a representatividade popular, vinculada necessariamente a Democracia que passa a ocupar a centralidade das preocupações da comunidade política.

Certificado o nascimento do positivismo jurídico, posteriormente, o século XIX viu a ascensão dessa nova vertente jusfilosófica cujas bases estão intimamente ligadas a precedência que se deu ao processo legislativo, o que é razoavelmente natural em função do papel que o Parlamento, centro produtor de normas cogentes, ocupou no cenário institucional legado pelas mesmas revoluções liberais.

O que ganha relevo, assim, é justamente o procedimento de escolha dos representantes a fim de exercerem aquela função, circunstância por si só legitimadora acerca da posterior atuação dos congressistas e que de certo modo posiciona a participação do indivíduo comum, décadas depois, em momentos bem definidos no tempo: as eleições, fato esse suficiente para qualificar de democrático um determinado Estado.

No plano interno, quer dizer, da própria função estatal, o processo de feitura das normas também alcança proeminência.

Estabelecer uma regra de caráter cogente significa admitir como válida uma proposição desde que alcançada a maioria dos integrantes da casa legislativa.

O princípio majoritário é, portanto, quase que um elemento lógico em que se fundamenta a capacidade de impor obrigações, pois traduz o que se manifestaria na sociedade acaso ainda fosse possível colher o voto individual de seus membros, tornando o sistema democrático ainda mais justificável a partir desse ponto de vista.

O aforisma que graça no âmbito das disciplinas jurídicas propedêuticas de que a cada ônus correlaciona-se um bônus, alçado a princípio geral de direito, pode ser expandido para o caso das prerrogativas em acréscimo ao patrimônio jurídico dos cidadãos.

Isso significa que ampliar o rol de direitos fundamentais ou simplesmente benefícios em seu favor, aos quais cumpriria ao próprio Estado prover em função do desenvolvimento social, ou como preferem alguns, o “bem comum”, exige não só o mesmo empenho do legislador, mas também – e como condição necessária do sistema – a sua participação como canal de reconhecimento desses direitos.

Dito de outra maneira: uma prerrogativa jurídica só seria assim considerada, acaso devidamente inserida por meio da chancela institucional do Estado que passa à condição de centro monopolizante do Direito, estabelecendo-se uma das distinções mais importantes no campo da dogmática jurídica que corresponde a divisão entre *facultas agendi* e *norma agendi*⁷, sendo viável conjecturar como feito por Ernst Bloch (2011, p. 367), algo impensável sob a lógica do jusnaturalismo.

Ocorre que raciocinar desta maneira significa, em raso silogismo, que os direitos subjetivos, dentre eles o exercício da cidadania – campo eminentemente político da *praxis* humana, mas juridicizado pelo reconhecimento em norma constitucional, no caso brasileiro precisamente em seu artigo 1º, inciso II – só fazem sentido no âmbito estatal, pois, como já diversas vezes sustentado, cumpre a este, por meio da função legislativa a inserção dessas garantias no ordenamento jurídico.

O principal expoente do positivismo jurídico do século XX, ao tratar da relação entre Direito e Estado associa-os intimamente ao afirmar:

Um conhecimento do Estado isento de elementos ideológicos, e, portanto, liberto de toda metafísica e de toda a mística, não pode apreender sua essência de outro modo que não seja concebendo esta figura social – tal como já se tem feito nas indagações precedentes – como uma ordem de conduta humana. É usual caracterizar-se o Estado como uma organização política. Com isso, porém, apenas se exprime que o Estado é uma ordem de coação. Com efeito, o elemento “político” específico desta organização consiste na coação exercida de indivíduo a indivíduo e realizada por essa ordem, nos atos de coação que esta ordem estatui. São no precisamente aqueles atos de coação que a ordem jurídica liga aos pressupostos por ela definidos. Como organização política, o Estado é uma ordem jurídica. (KELSEN, 1997, p. 316-317)

A principal relação, porém, não estaria associada ao conteúdo, mas principalmente a forma, raciocínio de certo modo já antecipado ao se mencionar a proeminência do órgão legiferante, mas do próprio procedimento legislativo.

7 Em seu didático manual voltado à introdução ao estudo do Direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 118-119) caracteriza o direito objetivo como um conjunto de normas para em seguida definir direito subjetivo como a garantia ao qual se invoca quando aquele é violado.

Veja-se que para a tradição juspositivista, um dos pontos fundamentais está diretamente vinculado à matriz produtora da norma, elegendo-se a lei como “fonte preeminente do direito” (BOBBIO, 2006, p, 132), sendo esta, por sua vez, tecnicamente considerada como resultado de um processo criativo a quem se impõe o caráter coercitivo, confundindo, assim, Direito, Estado e Ordem Jurídica (KELSEN, 1997, p. 316-321).

Isso indica que o *iter* é tão importante quanto o *adventum*, fazendo com que o contato entre Direito e Política, ou mais precisamente, entre o jurídico e a democracia esteja também em garantir o respeito às regras do jogo, inobstante o conteúdo que termine por se desdobrar na partida.

Ademais, não haveria meio seguro de estabelecer *a priori* – como pensariam os jusnaturalistas – que conteúdo seria esse tendo em vista o influxo da história e desenvolvimento das alterações sociais que terminam por influenciar os valores existentes em cada momento específico e que não se compatibilizariam com os demais como bem criticado Jonh Hart Ely (2010, p. 64-72), muito embora o faça na tentativa de conformar, ao longo da obra, uma concepção peculiar de controle de constitucionalidade.

Mesmo que o “procedimentalismo”, como costuma ser chamada essa vertente, se afigure bastante razoável ao equacionar o papel do Direito no campo político, relegando-o à descrição de normas pelas quais se chegaria ao consenso – elemento fundamental no sistema democrático – o jusnaturalismo, agora travestido nas doutrinas moralista sobre o Direito, insiste em manter incólume uma visão dual na qual o conteúdo axiológico – principalmente no tocante ao conceito de justiça – adira ao elemento formalístico compondo e vinculando o ordenamento jurídico (MARQUES, 2009, p. 92-101).

4 O valor do Direito para a democracia

Em palestra ministrada na década de 1950, por ocasião do recebimento dos “Encontros de Cultura” ocorrido em Brescia, Norberto Bobbio (2014, p. 24-25) enfrenta o grande desafio em syndicar qual espécie de democracia estaria submetida à Itália do pós-guerra.

Para tanto, o seu viés analítico propôs três aspectos para alcançar esse resultado: a formação da classe dirigente, relacionada ao princípio da legitimidade do poder; sobre a formação do consenso, que não se restringe apenas ao momento de formação do poder, mas deveria se dar continuamente a ela; e a mobilidade da classe política, associada à alternância do poder.

Ao autoquestionamento também se impôs Hans Kelsen (2001, p. 25) servindo de título para uma obra que reúne um conjunto de ensaios escritos pelo pensador vienense, muito embora não tenha formulado um conceito preciso de justiça, apesar de associá-lo à democracia.

Esse mesmo postulado pode ainda significar simplesmente a meta a que se propõe um Estado alcançar, tal como acontece com a República Federativa do Brasil ao estipular, entre os seus objetivos

primordiais, a redução das desigualdades e da pobreza perceptivelmente ligadas à visão de “justiça social” e desenvolvimento as quais, dentre outros, Armatya Sen (2011, p. 380-382) faz referência.

Sem desejar invadir a questão ontológica, o fato é que essa plurivocidade semântica, presente nas variadas aproximações teóricas, demonstra que em alguma medida o jurídico termina por seccionar a Democracia, seja lastreado numa visão colhida do jusnaturalismo e sua aura de imanência, seja no tocante ao próprio juspositivismo e sua postura calcada no respeito ao formalismo.

O Direito em maior grau, para o primeiro; ou em menor, para o segundo, assim, importaria à Democracia entendida a partir de seu viés contemporâneo⁸ justamente pelo fato de estampar, em normas de caráter jurídico, os valores essenciais para sociedades dessa natureza e, assim, ostentando os princípios da ordem democrática em suas constituições, como já ficou claro na discussão desenvolvida nos itens anteriores e aqui retomada.

Não fosse suficiente, possível ainda avançar pelo fato de discriminar as regras formais para o desenvolvimento dos institutos democráticos que são pensados e delineados a partir da Ciência Política, organizando, por exemplo, as eleições de um país e, no caso brasileiro, instituindo até um órgão integrante do Judiciário cuja função não se compraz apenas com a sua atividade típica que consiste na aplicação da lei a casos concretos.

São a estas dimensões, distintas e porque não dizer complementares, as quais o discurso jurídico poderia se referir ao utilizar as expressões “democracia substantiva” e “democracia formal” (BIELSCHOWSKY, 2013, p. 56-80).

Outra variável necessária a ser considerada neste contexto, está associada ao conceito de certa maneira equivalente ao contraponto entre jusnaturalismo e positivismo que se manifesta no discernimento entre legalidade e legitimidade.

Se é possível imaginar um conteúdo mínimo a um sistema democrático, em analogia ao pensamento de Bobbio quando considerou as perspectivas para uma Itália democrática, isso pode ser feito no respeito aos elementos que devem ser tidos por formalmente necessários para a constituição dos poderes no que tange a formação da representatividade popular.

Dito isto, correto pensar ser ilegal e portanto antijurídico, qualquer tentativa de burla às normas procedimentais de uma eleição ou, acaso já sufragado o resultado, no exercício sub-reptício das normas que regem a elaboração de leis no sistema, todas geralmente previstas na constituição e cuja afronta permite a correção por meio da aplicação de sanções pelas autoridades constituídas em defesa do *status*

⁸ Neste ponto vale a ressalva formulada por Bobbio (2014, p. 23) acerca da superação da noção conceitual legada miticamente pela etimologia do termo democracia como “autogoverno” para pensá-la, apesar da minoria sempre governante que busca a legitimação de suas ações pelo consenso.

político, afinal a noção “estado constitucional democrático de direito” não perdeu, pelo acréscimo desses qualificativos, a base conceitual que o distinguiu da forma antecedente aos movimentos revolucionários.

Entretanto, a discussão se torna mais complexa sob o prisma da legitimidade, pois aqui a questão é saber se mesmo sob a denominação de “democrática” as instituições, de fato, refletiriam esse viés por aderirem ou não aos princípios atribuíveis a esta conjuntura (FARIA, 1978, p. 80-81).

Isso não significa, porém, que o jurídico esteja sempre e necessariamente vinculado ao político, o que já era preocupação do raciocínio kelseniano no que tange a formação de uma teoria depurada acerca do Direito conforme destaque metodológico já na primeira página de sua obra seminal:

Quando a si própria designa como “pura” teoria do Direito, isto significa que ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. (KELSEN, 1997, p. 1)

Pode ocorrer, ainda, que aqueles graus de importância terminem por ser reduzidos a zero, sendo este patamar tão legítimo em termos contemplativos acerca da relação entre Direito e Democracia quanto os demais.

Neste aspecto, a percuciente observação de Jean Cruet (2008, p. 223):

Este estado de anarquia pode ter por causa o desenvolvimento da indisciplina social, muitos desobedecem a lei, porque não querem tolerar nenhuma regra, não porque desejem outra regra. Porém o mal-estar resulta as mais das vezes do erro das assembleias legislativas, tornando a ideia de soberania, apesar da experiência, não querem perceber a eficácia mínima da lei, resultante e não criadora.

Conforme já referido na primeira seção, uma das prerrogativas fundamentais de qualquer cidadão seria o direito de resistência considerado o atributo consistente na secessão política que redundaria em não reconhecer a legitimidade institucional de um determinado poder soberano.

Ora, essa postura representa justamente a fratura da ligação entre Direito e Política e que pode acontecer mesmo num ambiente considerado, por alguns, democrático mas que em tese não ostenta nenhuma das características formais ou substanciais uma vez reconhecidas juridicamente.

Nem a guerra de independência americana, nem tampouco a revolução francesa, ocorreram a par do Direito preexistente.

Por mais que o direito de resistência tenha sido utilizado pelos revolucionários como uma garantia jurídica fruto de uma concepção imanente sobre o jurídico, o fato é que a ruptura de um dado ordenamento e, assim de suas instituições, não se dará pela batuta do próprio Direito, havendo, acaso se defenda contrário, verdadeira contradição *in terminis* (MACHADO NETO, 1987, p. 220-221)

O que se quer evidenciar, distendendo ao máximo essa influência, é que não existirão regras capazes de delimitar, procedimentalmente ou substancialmente, o que se poderia chamar de jurídico,

sobrevindo a abolição da velha ordem para a criação de uma nova ordem, observado-se aqui justamente a completa dissociação entre Direito e Política.

5 Conclusão

Direito e Política sempre pareceram conjugados, numa relação que sobreleva a mera irritação de sistemas, principalmente quando se pensa o Estado contemporâneo a par da locução “estado de direito” uma vez que a conformação desse organismo supraindividual, abstraída as suas vicissitudes históricas, bem como as peculiaridades socioculturais de cada povo em relação a sua forma de organização institucional, tem por conceito básico a contenção da autoridade seja por meio da descrição minuciosa de seus órgãos instruídos pelo valor fundamental da tripartição dos poderes, seja pela existência e garantia de um conjunto mínimo de prerrogativas ao cidadão exercíveis e exigíveis contra e a partir deles e, por isso, denominado de direitos fundamentais.

Tal descrição é apanágio das sempre lembradas revoluções liberais que moldaram o Ocidente, impregnando o imaginário coletivo a ponto de a todo tempo serem citadas como esforço popular frente a arbitrariedade, circunstância, aliás, facilitada pelo viés retórico do lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, no caso francês; ou pelo grau elevado de utopia que exige a busca da felicidade como *telos* da ação estatal no caso americano.

Esse mesmo conjunto citado acima, também costuma ser aproveitado pelo Direito Constitucional, servindo de ponto inicial para um dos institutos caros ao conteúdo propedêutico da disciplina: o movimento constitucionalista.

A constituição é assim considerada como um documento normativo equivalente a certidão de nascimento no âmbito do Direito Civil, um certificado de nascimento de uma comunidade política, uma vez que deve encartar seus valores e princípios juridicizando esses elementos para conferir certo grau de obrigatoriedade.

Isso significa que este é o ramo mais político do Direito, fato corroborado pelas várias acepções pelas quais pode ser compreendida uma carta constitucional, seja no aspecto propriamente político como mencionado no parágrafo anterior, seja pelo aspecto sociológico, também ali prefigurado.

Tal circunstância referenda, assim a opção epistemológica realizada neste ensaio ao eleger o Direito Constitucional como premissa para a análise entre o Direito e a Política, visando a discussão sobre a influência do jurídico para a democracia.

Neste contexto, além das revoltas e de seu legado jurídico lastreado nas declarações de direitos, outros dois acontecimentos influenciaram sobremaneira a evolução do constitucionalismo e, por via de consequência, a própria integração esses campos.

A possibilidade de anulação de atos dos poderes Executivo e Legislativo por meio do Judiciário – o *judicial review* – não apenas compensaria a Terceira função quanto a influência antes pouco sentida no cenário institucional, mas ampliou a complexidade dessas interações ao garantir-lhe a avaliação de políticas públicas ou mesmo a extração do ordenamento das leis produzidas pelo órgão máximo da representação popular.

Obviamente, no século XIX, o Juiz Marshall, integrante da Suprema Corte norte-americana, não poderia prever o impacto que sua fundamentação no caso *Marbury vs. Madison* acarretaria dezenas de anos depois, nem especular que os Tribunais constitucionais, sob o argumento de interpretar a Carta Política, assumiriam uma postura ativista, mas o fato é que tais circunstâncias bem demonstram uma apropriação do político pelo jurídico.

Na mesma senda, o trauma legado pela Segunda Grande Guerra fez renascer para o Direito a necessidade de revisitar outros campos normativos como a Moral.

A influência do Positivismo jurídico que ascendeu dogmaticamente superando o Direito Natural no século XIX pelo refinamento de suas construções teóricas, não saiu ileso as críticas formuladas no que tange ao reconhecimento das normas estabelecidas em regimes totalitários, atribuindo-se parcela da culpa pela solução final ao caráter ascético da corrente doutrinária que expurgara a importância da axiologia para a compreensão do fenômeno jurídico.

Essa pretensa chancela abriu ao Direito Constitucional e a Norma constitucional a oportunidade de congregiar esses elementos e trabalhar com uma nova pauta de critérios hermenêuticos que se somaram ao já consagrado princípio da força normativa da constituição a fim de imiscuir ainda mais o jurídico com o político.

A movimentação que se extrai do paradigma firmado a partir do movimento constitucionalista é capaz de revelar o embate entre as tradições teóricas mais relevantes para o Direito.

Mantido o ponto de partida que referendou o raciocínio aqui desenvolvido é ineludável concluir que o jusnaturalismo antecede logicamente o juspositivismo, pois foi a partir de direitos considerados preexistentes à ordem posta ou imanentes à condição humana que se garantiu a legitimidade das revoluções liberais, ficando bem clara a perspectiva pela própria estilística desenvolvida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e na Declaração de Independência dos EUA.

O contexto cultural da época, baseado num racionalismo iluminista, nas teorias contratualistas sobre a formação do Estado, são evidências do acerto dessa hipótese.

Entretanto, o curioso é que a necessidade de positivação dessas garantias foi pedra angular da construção do conceito do estado de direito o que levou o positivismo jurídico a se firmar tempos depois em superação as concepções jusnaturalistas.

Para isso contribui também o próprio desenho institucional, ocupando o legislativo – centro produtor de normas jurídicas – em função do princípio da representação popular um lugar de destaque.

Mais uma vez, o contato entre Direito e Política se torna presente, pois a eleição desses representantes é pedra de toque do sistema, surgindo aqui a questão procedimental também apropriada pelo jurídico ao conformar o seu *modus operandi*, considerando-se, ainda, como elemento fundamental das sociedades democráticas.

Mas, aproveitando a terminologia do filósofo italiano, qual democracia?

A abrangência da pergunta e a própria equivocidade conceitual do substantivo, importa uma infinidade de respostas. Eventuais qualificativos ajudariam nesse desiderato. “Democracia formal” ou “democracia substancial” seriam, portanto, indicativos possíveis, invocando a primeira apenas as regras associadas ao procedimento, a segunda, por sua vez, ao conteúdo valorativo que se espera estejam presentes em uma determinada comunidade para taxá-la como democrática.

Aqui, mais uma vez, o que se esconde por trás da tentativa de parametrização é a associação entre Direito e Política, desta feita com base naquelas correntes dogmáticas, explicando o juspositivismo, em seu marcado formalismo, a primeira; e o jusnaturalismo, pela gana em justificar axiomas, a segunda.

Resgatando-se, porém, o objetivo deste trabalho, a conclusão que se pode chegar é que o Jurídico participa em maior ou menor grau – atento apenas as regras, ou invadindo o próprio conteúdo – do Político, travestindo-se em meio ou fim da democracia, pois nesta última perspectiva adere tão fortemente que chega mesmo a confundir-se com ela.

Entretanto, uma última ressalva é pertinente.

Pode o Direito não ostentar qualquer relação, sendo descartado quando se afigura um momento de fratura da ordem jurídica, desconhecendo-se completamente sejam as regras postas, sejam os próprios valores reconhecidos, extravasando o aspecto político que nesse caso se com revolução.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Democracia constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Qual democracia?** São Paulo: Edições Loyola, 2014.

BLOCH, Ernst. **Derecho natural y Dignidad Humana**. Madrid: Editorial Dykinson, 2011.

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

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das lei**. Leme: EDIJUR, 2008.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

- FARIA, José Eduardo. **Poder e legitimidade**: uma introdução à Política do Direito. São Paulo: Editora Perspectiva, 1978.
- FRANCA FILHO, Marcilio Toscano. O paradigma vestfaliano e o estado contemporâneo: o que 1648 ainda tem a dizer em 2008? *in* NOVELINO, Marcelo e ALMEIDA FILHO, Agassiz (orgs.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: Teoria do Estado. Salvador: Editora Juspodium, 2009.
- GOMES, Luiz Flávio e MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris editor, 1991.
- HOBSBAWM, Eric. **The age of revolution**. New York: Vintage Books, 1996.
- KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. **Teoria pura do direito**. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LIMA, Newton de Oliveira. **A jurisdição constitucional e a construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP editora, 2009.
- MACHADO NETO, A.L. **Sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MARQUES, Franciane de Fátima. **A justiça na constituição**: conceito e sua concretização pela prática judicial. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- PAINE, Thomas. **Rights of man**. Grã-Bretanha: Pelican Books, 1969.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey editora, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades *in* FELLET, André Luiz *et all.* (orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2010.
- SEN, Armatya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- TROPER, Michel. **A filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.



SISTEMA DE SAÚDE DE SENADORES: incoerências no exercício do poder, com a democracia e com o interesse público

Felipe Braga Albuquerque¹

Rafael Vieira de Alencar²

RESUMO: O Senado Federal guarda a sete chaves os “Atos” da Comissão Diretora/Presidência que estende a Senadores, parentes, ex-parlamentares, etc. o direito a atendimento à saúde na rede conveniada do Senado, bem como o ressarcimento de despesas médicas, odontológicas e psicológicas. Demonstrar-se-á claramente que alguns “privilegiados” parlamentares têm o direito ao atendimento à saúde discriminatório em relação ao povo brasileiro, sendo, inclusive, vitalício. A cegueira moral e perda de sensibilidade por parte das autoridades é um mal que assola nossa época e nos anestesia perante a democracia, necessitando a Administração Pública dos três poderes sempre atentar para o interesse público na contratação de serviços para seus agentes. A proposta do presente trabalho se desenvolve no sentido de problematizar o direito a atendimento à saúde na rede conveniada do Senado, de modo a ressaltar o caminho pelo qual o interesse público, como guia próprio do direito administrativo e político, deva contribuir para tal finalidade na sociedade. A pesquisa se realizou exclusivamente em plano teórico, no qual foram feitas a revisão bibliográfica, pesquisa de legislação e a abordagem crítica dos materiais escolhidos para compor sua produção. Além disso, foram realizadas pesquisas de documentos (contratos e convênios) no site do Senado Federal com as expressões “saúde”, “despesas médicas” e “ressarcimento”. Com sustentação no ideal teórico que prestigia o interesse público na atividade administrativa, bem como o direito universal de igualdade de acesso a todos aos serviços públicos do seu País, verifica-se que o sistema de saúde do Senado destoa do sistema público de saúde – SUS, sem que haja qualquer recolhimento ou contribuição dos beneficiários. O atendimento à saúde na rede conveniada do Senado à custa dos contribuintes é completamente despojado de civilidade e vulnera diretamente o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Interesse público. Democracia. Discricionariedade administrativa. Poder e incoerência.

ABSTRACT: The Federal Senate holds the "Acts" of the Steering Committee / Presidency that extends to Senators, relatives, former parliamentarians, and so on. The right to health care in the Senate's network, as well as the reimbursement of medical, dental and psychological expenses.

1 Possui graduação em Direito, mestrado e doutorado em Direito Constitucional, ambos pela Universidade de Fortaleza. Atualmente é Professor Adjunto, da Universidade Federal do Ceará, e leciona na Graduação (Direito Administrativo e Políticas Públicas em Saúde) e Pós-Graduação- Mestrado/Doutorado (Direito Político na Ordem Constitucional). E-mail: felipe_direito@hotmail.com.

2 Possui graduação em Direito pela Faculdade 7 de Setembro. Atualmente é mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. E-mail: rafaelvieira93@hotmail.com.



It will be clearly demonstrated that some "privileged" parliamentarians have the right to discriminatory health care in relation to the Brazilian people, and, even, for life. The moral blindness and loss of sensibility on the part of the authorities is an evil that ravages our time and anesthesia us before the democracy, needing the Public Administration of the three powers always to pay attention to the public interest in hiring services for its agents. The purpose of the present study is to problematize the right to health care in the Senate network, in order to highlight the way in which the public interest, as a proper guide to administrative and political law, should contribute to this end in the society. The research was carried out exclusively on a theoretical level, in which the bibliographic review, legislation research and the critical approach of the chosen materials to compose their production were made. In addition, documents were searched (contracts and agreements) on the website of the Federal Senate with the expressions "health", "Medical expenses" and "Reimbursement". With the support of the theoretical ideal that prestige the public interest in the administrative activity, as well as the universal right of equal access to all the public services of its Country, it is verified that the health system of the Senate distoos of the public health system - SUS , Without any withdrawal or contribution from the beneficiaries. Health care in the Senate's network at the expense of taxpayers is completely stripped of civility and directly undermines the legal system.

Keywords: Public interest. Democracy. Administrative discretion. Power and incoherence.

1 Introdução

O Senado Federal guarda a sete chaves os “Atos” da Comissão Diretora/Presidência que estende a Senadores, parentes, ex-parlamentares, etc, o direito ao atendimento à saúde na rede conveniada do Senado, bem como o ressarcimento de despesas médicas, odontológicas e psicológicas.

“Alguns privilegiados” parlamentares têm o direito à saúde discriminatório em relação ao povo brasileiro, sendo, inclusive, vitalício.

Através de requerimento baseado na Lei do Acesso à informação (Lei 12.527/11), solicitamos no ano de 2015 ao Senado Federal a legislação (resoluções, portarias, regimento, lei, etc.), os contratos e a relação de despesas referentes a gastos com saúde de senadores (planos de saúde, tratamentos dentários, etc.) do ano de 2014.

Analisando a resposta da Secretaria Integrada de Saúde do Senado houve surpresa do alto custo com despesas médicas dos Senadores e reembolso de despesas – destoando do sistema público de saúde – SUS e sem que haja qualquer recolhimento ou contribuição dos beneficiários. O referido órgão aduziu que a assistência à saúde de senadores e dependentes, ex-senadores e cônjuges é regida pelo Ato da Comissão Diretora nº 9, de 1995, e suas alterações. Ainda, informou que o Senado Federal, por meio do Convênio 008/2012, celebrado com a Caixa Econômica Federal, se utiliza da rede credenciada ao Saúde Caixa e que há contrato direto com quatro instituições de notória especialidade: a) Hospital

Sírio Libanês; b) Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein; c) Fundação Zerbini (InCor-USP); d) Grupo Fleury. Por fim, esclareceu que a despesa com pagamentos efetuados diretamente a hospitais e clínicas no ano de 2014, referentes à saúde de senadores, ex-senadores e seus dependentes, foi de R\$ 3.758.969,32 e que o valor total gasto com ressarcimento de despesas médicas e odontológicas, efetuado diretamente aos senadores e ex-senadores no ano de 2014, foi de R\$ 3.735.682,15.

Analisando os contratos após consulta no Portal da Transparência do Senado, conforme instruções prestadas pela Secretaria Integrada de Saúde do Senado, identificamos primeiramente, dois contratos de Credenciamento (20120001 e 20110174) com o Hospital Sírio Libanês. Ambos são destinados à prestação de serviços compreendendo exames médicos complementares de diagnóstico e tratamento, nos valores estimados anuais de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) e, totalizando para 60 meses R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais). (BRASIL, *online*)

O contrato com a Sociedade Beneficente Israelita Brasileira Hospital Albert Einstein (Contrato de Credenciamento 20110207) destina-se à prestação de serviços compreendendo exames médicos complementares de diagnóstico e tratamento, nos valores estimados anual de R\$ 310.000,00 (trezentos e dez mil reais) e, totalizando para 60 meses R\$ 1.550.000,00 (um milhão quinhentos e cinquenta mil reais). (BRASIL, *online*)

O contrato com a Fundação Zerbini (InCor-USP) (Credenciamento de Entidade de Saúde 20110183) se refere à prestação de serviços compreendendo exames médicos complementares de diagnóstico e tratamento, nos valores estimados anual de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e, totalizando para 60 meses R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais). (BRASIL, *online*)

Por fim, o contrato com o Grupo Fleury (Credenciamento de Entidade de Saúde 20110001) aborda a prestação de serviços compreendendo exames médicos complementares de diagnóstico e tratamento, nos valores estimados anual de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) e, totalizando para 60 meses R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais). (BRASIL, *online*)

Apesar de no presente artigo ser inviável se atermos a todos os aspectos destes referidos contratos, vislumbra-se que o Senado Federal oferece gratuitamente a Senadores, ex-Senadores e seus servidores, serviços de saúde que não são, nem ao horizonte, oferecidos do mesmo modo à população brasileira – sem nenhuma contraprestação, dedução salarial/vencimental ou de subsídios por parte dos beneficiários. Os contratos acima apresentados totalizam o valor de R\$ 17.050.000,00.

A liberdade de contratação de serviços de profissionais/instituições, estejam ou não credenciados junto ao Senado, a falta de critérios predeterminados para a limitação dos gastos, etc. tem provocado ao longo dos últimos anos reembolso em milhares de reais. São desembolsos que envolvem valores exorbitantes e inimagináveis, que fogem a qualquer compatibilidade com os conceitos de

interesse público, de igualdade, de proporcionalidade, de economicidade, de moralidade administrativa, entre outras normas.

Qualquer lição básica de igualdade e isonomia confrontada com os contratos e legislação apresentada pela que serão apresentados, pareciam mera poesia ou digressões vagas no sistema democrático. Para muitos políticos, milhares de brasileiros não são vistos como pessoas. O resultado dessa desumanização é uma democracia mutilada.

No presente artigo, será problematizado o sistema de saúde e a rede conveniada do Senado Federal brasileiro, de modo a ressaltar o caminho pelo qual o interesse público, como guia próprio do direito administrativo e político, deva contribuir para tal finalidade na sociedade. A abordagem adentrará na análise de direitos humanos, direito administrativo, político/constitucional e sociologia. Será também objeto de análise questões de competência acerca da implementação de atos administrativos no Senado.

A pesquisa se realizou exclusivamente em plano teórico, no qual foram feitas a revisão bibliográfica de direito administrativo, direito político/constitucional e alguns fundamentos filosóficos para ressaltar a abordagem crítica dos materiais escolhidos para compor sua produção. Além disso, foi analisada documentação encaminhada pela Secretaria Integrada de Saúde do Senado Federal em resposta a requerimento baseado na Lei do Acesso à Informação e pesquisa no web site do Tribunal de Contas da União.

2 Dos atos administrativos da comissão diretora e a assistência à saúde conferida aos parlamentares e dependentes e ex-parlamentares e cônjuges

O Senado Federal instituiu assistência à saúde de Senadores e dependentes e ex-Senadores e cônjuges por meio de Atos Administrativos/Normativos criados pela Comissão Diretora, através do Ato n. 09/1995.

No § 1º, do art. 1º, foram instituídos três 'parâmetros' para a fruição dessa assistência:

§1º A assistência de que trata este Ato consistirá no programa de prevenção, recuperação e manutenção da saúde, desenvolvido sob os seguintes parâmetros: (Redação dada pelo Ato da Comissão Diretora nº 13/2012)

I - pelos serviços próprios da Secretaria Integrada de Saúde ou da rede pública, sem ônus para os beneficiários; (Redação dada pelo Ato da Comissão Diretora nº 17/2014)

II - por serviços prestados por instituições públicas e privadas mediante contrato de credenciamento com o Senado Federal ou instituição conveniada com a qual o Senado Federal compartilhe a rede de atendimento à saúde; (Redação dada pelo Ato da Comissão Diretora nº 17/2014)

III - por profissionais liberais ou instituições não credenciadas na forma do inciso II, sob a modalidade de livre escolha, mediante pagamento direto e posterior solicitação de ressarcimento de despesas. (Redação dada pelo Ato da Comissão Diretora nº 17/2014) Quanto aos serviços contemplados, são os seguintes:

“§ 2º. O programa de prevenção, recuperação e manutenção da saúde abrange os seguintes serviços: a) assistência médico-hospitalar; b) assistência médico-ambulatorial; c) assistência domiciliar de emergência, urgência, traslado terrestre ou aéreo; d) assistência odontológica; e) assistência psicoterápica; f) assistência terapêutica complementar e de urgência; g) assistência

obstétrica; h) assistência de enfermagem; e i) exames complementares para elucidação de diagnóstico ou tratamento.”

Tal diversidade de assistência, excetuada aquela oferecida por médicos da Secretaria de Assistência Médica e Social - SAMS - no próprio recinto do Senado Federal (inciso I), é prestada, ou por profissionais ou instituições credenciadas junto ao Senado, ou por profissionais ou entidades sob a modalidade de livre escolha dos beneficiários, como previsto nos incisos 2 e 3.

Além dos Senadores e ex-Senadores, também contam com a assistência o cônjuge destes e os dependentes daqueles (art. 3º).

Quanto aos ex-Senadores, determinou o Ato da Comissão Diretora nº 2/2003 que, inclusive serão considerados como Ex-Senadores e farão jus aos benefícios do sistema de saúde aqueles que tenham exercido o mandato por um período mínimo de 180 (cento e oitenta dias) consecutivos e que tenham participado de Sessão Deliberativa no Plenário ou em Comissões do Senado Federal.

No que toca a limites de gastos em face de Senadores (e dependentes) e ex-Senadores (e cônjuge), foram previstos para serviços distintos (art. 2º): a) cirurgias eletivas ficam sujeitas à prévia autorização da Secretaria Integrada de Saúde - SIS; II - a soma das despesas com a assistência odontológica e a assistência psicológica por núcleo familiar/ano não poderá ultrapassar 66.664 CH. Em síntese, relativamente a Senador em exercício e dependentes não existe limite para despesas médicas. Há para despesas odontológicas e psicoterápicas, fixadas em 66.664 CHs (Coeficientes de Honorário) - cerca de R\$ 25.998,96 anuais, de acordo com tabela da SIS. É de destacar que o Senador poderá contar com o custeio de tratamento de saúde também fora do País, como estabelece o mesmo Ato da Mesa (art. 6º).

A assistência prevista pelo Senado afronta todos os padrões de razoabilidade, surpreendendo, de início, pelo fato de ser paga integralmente com recursos públicos mediante ressarcimento das despesas ou pagamento direto ao prestador do serviço. As despesas são sustentadas pelo orçamento da União na sua totalidade, isso porque os assistidos não recolhem, em momento algum, qualquer contribuição que desonere parcialmente o ente federal no financiamento do sistema em referência.

Tais serviços e reembolsos concedidos sem contribuição ou desconto em folha é completamente ilegal, como será demonstrado.

Os serviços médicos contratados pelos senhores senadores e os contratos (Hospital Sírio Libanês, Hospital Albert Einstein, InCor-USP, etc.) são realizados com os hospitais que estão dentre os mais especializados e caros do País, em geral, fora dos parâmetros do mercado que os “planos de saúde” privados oferecem – mediante pagamento ou na rede pública do Sistema Único de Saúde – SUS.

Constata-se assim que as regras criadas pelo Senado se mostram fluidas/arbitrárias e causam graves prejuízos ao patrimônio público. Não interessa se o múnus público que exercem os Senadores é de altíssima relevância na estrutura político-decisória da República. Os senadores não estão acima do povo brasileiro e foram eleitos para servir e não para serem servidos com um banquete de privilégios ilegais.

3 Interesse público em contratações estatais e a análise dos contratos de saúde do senado

A nulidade dos contratos e atos administrativos de oferecimentos de serviços de saúde e reembolso no Senado é percebida sob a análise do conceito de interesse público. Um dos requisitos do ato administrativo é a finalidade, a qual tem duas sub-finalidades: a) busca do interesse público; b) cumprir com o objetivo previsto em lei. Segundo a Lei de ação popular (Lei 4.717/65):

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

...

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Assim, a busca do interesse público não tem sido objetivada com tal medida (sistema de saúde desigual a algumas “autoridades”), ao contrário, tem sido esvaziada.

Alice Gonzalez Borges, comentando a ameaça do conceito de interesse público pelos “donos do poder”, aduz que ele é objeto das mais solertes manipulações, sempre sendo invocado a torto e a direito para acobertar as “razões de Estado”, quando não interesses menos nobres, e, até, inconfessáveis. Tem sido manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias. (BORGES, 2007)

A propósito, destaca-se que a Lei 8.666/93 exige, no caso de rescisão contratual “por motivo de interesse público” (art. 78, XII), e no da revogação da licitação por “razões de interesse público”(art. 49), que a existência de tal interesse público seja devidamente justificada, demonstrada sua pertinência, e mediante parecer jurídico vinculante.

A Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.), dispondo sobre interesse público, explica:

Art. 2o A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito;

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- ...
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

No caso, não há uma mínima justificativa do interesse público – apenas o rolo compressor daquilo que Oliveira Vianna chama de “marginalismo” político, que ignora profundamente o povo brasileiro. (VIANNA, 1987, p. 15-20)

Em face disso, os serviços médicos contratados pelo Senado – objeto dos contratos ora comentados, com o Hospital Sírio Libanês, Hospital Albert Einstein, InCor, Grupo Fleury), bem como o reembolso de despesas “assegurado” pelo Ato nº 09/95, da Mesa Diretora, não revestem, de modo algum, o requisito “finalidade pública” ou interesse público que deve constar de todo ato administrativo, sendo nulos de pleno direito.

A par disso, observa-se que o Ato nº 09/95 – que institui a assistência médica de Senadores e ex-Senadores - provém da Mesa Diretora, sendo estranho às espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. Assim, decorre de atividade administrativa, e não legislativa, submetendo-se ao regime jurídico de direito público.

Aliás, o Regimento Interno do Senado, não atribui à Comissão Diretora (e nem poderia) a atribuição de criar privilégios ilegais – como estes derivados do Ato nº 09/95. A competência da Comissão Diretora é clara no Regimento:

Art. 98. À Comissão Diretora compete:

- I - exercer a administração interna do Senado nos termos das atribuições fixadas no seu Regulamento Administrativo;
- II - regulamentar a polícia interna;
- III - propor ao Senado projeto de resolução dispondo sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de lei para a fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (Const., art. 52, XIII);
- IV - emitir, obrigatoriamente, parecer sobre as proposições que digam respeito ao serviço e ao pessoal da Secretaria do Senado e as que alterem este Regimento, salvo o disposto no art. 401, § 2o, II;
- V - elaborar a redação final das proposições de iniciativa do Senado e das emendas e projetos da Câmara dos Deputados aprovados pelo Plenário, escoimando-os dos vícios de linguagem, das impropriedades de expressão, defeitos de técnica legislativa, cláusulas de justificação e palavras desnecessárias.
- VI - apreciar requerimento de tramitação em conjunto de proposição regulando a mesma matéria e o recurso de que trata o art. 48, § 3o, exceto se a proposição constar da Ordem do Dia ou for objeto de parecer aprovado em comissão (art. 258).

Ressalta-se como apontado, que a Lei 8.080/90 (que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde) aponta em seu art. 7º como princípio dos serviços públicos de saúde e dos serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de

Saúde (SUS), a “IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie”.

Assim, o interesse público, atrelado à igualdade de assistência sem privilégios – previstos em três leis federais – veda as práticas aqui questionadas, havendo, de sobra, fundamentação jurídica para que o Judiciário, uma vez instado, faça cessar os privilégios do Senado Federal.

4 Da violação de direitos humanos com os contratos de saúde do senado

A deficiência de representatividade decorrente do presente caso é mais um sintoma do esgotamento do atual modelo de democracia. A dignidade humana dos Senadores, ex-Senadores e dependentes não é mais humana do que a de qualquer outro cidadão brasileiro.

O sistema democrático não amadurece naturalmente, ele está em permanente construção e disputa. Entre os principais pontos dessas disputas destaca-se a defesa dos direitos humanos e a incorporação, na autogestão dos altos cargos da república democrática, do conceito de interesse público.

O historiador Sérgio Buarque de Holanda escreveu que a democracia brasileira sempre foi um lamentável mal-entendido, inventada por aristocratas rurais para acomodar seus interesses. (HOLANDA, 1995, p. 160) Esses mal-entendidos continuam sendo reinventados e perpetuados ao longo de nossa história e apenas serão superados quando a ideia constante de interesse público, de espírito coletivo se unir àqueles que sonham com um novo regime democrático, cuja essência seja a dignidade humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos disciplina como direito básico:

Article 21.

...

(2) Everyone has the right of equal access to public service in his country. (Toda a pessoa tem direito de acesso, em condições de igualdade, aos serviços públicos do seu País).

O Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009 aponta:

Art. 1o Fica aprovado o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3, em consonância com as diretrizes, objetivos estratégicos e ações programáticas estabelecidos, na forma do Anexo deste Decreto.

Art. 2o O PNDH-3 será implementado de acordo com os seguintes eixos orientadores e suas respectivas diretrizes:

...

III - Eixo Orientador III: Universalizar direitos em um contexto de desigualdades:

...

Diretriz 7: Garantia dos Direitos Humanos de forma universal, indivisível e interdependente, assegurando a cidadania plena.

...

Objetivo estratégico IV: Ampliação do acesso universal a sistema de saúde de qualidade.

Verifica-se que o sistema de direitos humanos ratificado pelo Brasil em sua perspectiva lógico-jurídica incorpora e a igualdade e universalidade no acesso aos serviços públicos de saúde. A prevalência de direitos humanos assim foi tratada no âmbito constitucional:

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

...
II - prevalência dos direitos humanos;
...

Diante da opção constitucional pela tutela da dignidade intrínseca do homem, seria inadmissível pensar que o sistema de saúde do Senado possa ser concebido unicamente à luz de privilégios não previstos em lei, excluindo dessa relação o próprio ser humano ou a igualdade de todos os brasileiros.

A primeira vez que o princípio da prevalência dos direitos humanos figurou em acórdão do STF foi em 1996 (extradição 633-9). Ocorre que podemos citar mais 23 (vinte e três) importantes precedentes jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos (nesse sentido: a) extradições n. 793-9; 783-1; 855-2; 866-8; 897-8; 986-9; 830-7; 841-2; 1.254 (qo); 1008-5; 932-0; 1074-3; 1085; b) Habeas Corpus n.s. 91.657-1; 90.450-5; 91.361-0; 91695-0; 87.585; c) Reclamação 11.243; d) ADI 1.497-8; 4277; e) Recurso Extraordinário 394703-1 e; f) ADPF 132.

O princípio da prevalência dos direitos humanos não pode apenas ser invocado, como defende Eduardo Pannunzio, para apenas certa leitura jurídica do caso em exame, mas para ser a *ratio decidendi* autônoma, das decisões dos magistrados. (PANNUNZIO, 2014, p. 250-252)

Ocorre que no Brasil, historicamente, se fomenta a desigualdade e os privilégios, sobretudo para muitos políticos e cargos de alto escalão da estrutura dos três poderes. Fato nefasto e constante da cultura da política nacional é o patrimonialismo, ou seja, uma demasiada vinculação ao capital e ao paternalismo exercido pelas elites “políticas” estabelecidas.

A ausência de isenção patrimonial dos gestores alimenta um sistema de troca de “favores”, que transfere o domínio público a “agentes” públicos. Tal fórmula patrimonialista de se exercer o poder foi conceituada por Guillermo O’Donnell de maneira que “[...] consiste na confusão pelo governante entre o público e o que lhe é privado ou pessoal”. (O’DONNELL, 2011, p. 65)

A América Latina ainda sofre das marcas coloniais, nas quais um Estado rentista e distribuidor de prebendas criou uma elite acostumada a privilégios. (SORJ; MARTUCELLI, 2008, p. 222) A inépcia e falta de espírito público de agentes políticos e públicos gera uma brutal desigualdade no sistema representativo e na estrutura estatal como um todo. Os menos afetados/encastelados numa realidade em que auto se definem, não se preocupam com o resultado de suas ações para com a sociedade (a não ser que visualizem uma ira certa e inquestionável).

É tão difícil fechar o ralo do dinheiro público para com mordomias coloniais/imperiais? Difícil só se for para quem se beneficia dela e não para a coletividade.

O Estado patrimonial contempla a promiscuidade do público e o recrudescimento das pretensões privadas, mas apenas por quem pode efetivamente arvorá-las. E por ser uma gestão pautada na

manutenção de privilégios e a defesa de mecanismos de dominação das massas, não consente com a possibilidade de participação administrativa, já que isso representaria um risco à atuação autocrática do detentor de poder. (LIMA, 2013, p.82-83)

Assim, a extensão, apenas, a Senadores, ex-Senadores e seus dependentes, do direito ao atendimento à saúde na luxuosa, especializada e diferenciada rede conveniada do Senado, bem como o ressarcimento praticamente ilimitado de despesas médicas, odontológicas e psicológicas e, inclusive, a possibilidade de tratamento no exterior, viola a igualdade no acesso aos serviços públicos que devem ser assegurados a todos no Brasil.

Como dito, apenas os contratos ora questionados totalizam o valor de R\$ 17.050.000,00 (dezessete milhões e cinquenta mil reais). As despesas com pagamentos efetuados diretamente a hospitais e clínicas no ano de 2014, segundo a Secretaria Integrada de Saúde do Senado referente à saúde de senadores, ex-senadores e seus dependentes, foi de R\$ 3.758.969,32. Já o valor total gasto com ressarcimento de despesas médicas e odontológicas, efetuado diretamente aos senadores e ex-senadores no ano de 2014, foi de R\$ 3.735.682,15. Ou seja, em 2014, tivemos no Senado, apenas com despesas de saúde ilícitas, um gasto de R\$ 7.494.651,47 (sete milhões quatrocentos e noventa e quatro mil seiscentos e cinquenta e um reais e quarenta e sete centavos). Levando em consideração que temos 81 (oitenta e um senadores) isso equivale a um custo anual de R\$ 92.526,56 – por senador (e seus dependentes).

Só para se ter uma exata noção da violação de direitos humanos no presente caso, o Governo Federal – segundo Relatório do Tribunal de Contas da União das Contas do Governo teve com ações e serviços públicos de saúde no ano de 2010 um gasto per capita de R\$ 436. (BRASIL, *online*) Ou seja, a diferença entre os gastos com Senadores e com o restante dos cidadãos brasileiro demonstra a grave violação de direitos humanos mantida por um dos órgãos representativo do povo brasileiro.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (Preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos – ONU - 1948). Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem revoltam a consciência da Humanidade. O sistema de direitos humanos não tolera tal flagrante e literal violação de um princípio tão básico, que já deveria ter sido incorporado no cotidiano administrativo brasileiro, desde o primeiro regime constitucional.

5 Violação da contratação e do ato nº 09/95 da mesa diretora do senado às normas da constituição federal

Quem, de boa-fé, quiser verificar a compatibilidade do Ato nº 09/95 da Mesa Diretora do Senado e os contratos ora questionados com a Constituição Federal verá o quão fácil é concluir pela inconstitucionalidade dos mesmos.

O Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro) estabelece que “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (art. 5º).

Do preâmbulo da Constituição, passando pelos seus diversos Títulos, ou seja, por toda a principiologia constitucional só se vislumbra violação à igualdade, ao bem comum, à moralidade e eficiência com os contratos e “Ato” ora comentados.

O preâmbulo da CF/ 88 já anuncia “... igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional...”.

O TÍTULO I (Dos Princípios Fundamentais) aponta no art. 1º, como fundamento da república (III - a dignidade da pessoa humana), no art. 3º, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; ...III - ...reduzir as desigualdades sociais...;IV - promover o bem de todos, sem preconceitos...). O TÍTULO II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) aponta no art. 5ºo direito à igualdade sem distinção de qualquer natureza. O TÍTULO VIII (Da Ordem Social) tem como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193).

O art. 196 aponta a saúde com direito de todos e dever garantido mediante políticas de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda, como os Senadores já recebem seus subsídios no teto constitucional, o recebimento de tais privilégios vulnera, também, o art. 37, inc. XI, CF/88.

Qualquer intérprete do direito constitucional enxerga a inconstitucionalidade esférica (vista por todos os lados e ângulos) dos contratos e Ato da Mesa ora abordados. Não há qualquer dever estatal de socializar riscos com a sociedade e privatizar vantagens a alguns gestores.

O sistema de assistência à saúde dos Senadores e dos ex-Senadores, além de ser concedido mediante procedimentos que não se enquadram nas hipóteses previstas no ordenamento jurídico, está embasado em Atos eivados de ilegalidades e vulneram a CF/88, bem como a Declaração Universal de Direitos Humanos.

Ocorre que a escusa fundada no exercício da discricionariedade não legitima atos ilegais, não lhe exclui a qualidade de antijurídico, não lhe confere validade. O legislador constituinte, por óbvio, não tencionou inserir, com a previsão da separação dos poderes, a absoluta liberdade de gerência dos meios

e dos fins almejados, mas uma liberdade assistida e guiada por normas cujo cumprimento se faz sindicável na via adequada. A esse controle dos atos em geral – jurisdicional, administrativo ou legislativo – e, por consequência, do Estado de Direito, se dedica a atividade jurisdicional.

Logo, os irrazoáveis e desproporcionais gastos com recursos públicos sem respaldo legal transferidos ao Senado Federal à conta do orçamento/patrimônio público são questões que se sobrepõem à natureza interna das questões relativas ao Regimento da Casa, desafiando, portanto, o controle jurisdicional.

Não há lugar para discricionariedade voltada à satisfação de interesses privados, senão incidindo em violação especialmente aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa (art.37, CF).

O Ato Administrativo nº 09/95 da Mesa Diretora do Senado e os contratos ora questionados pecam por desproporcionalidade: a injustificada gratuidade associada à excessiva onerosidade dos cofres públicos produzida pela sistemática do plano de assistência à saúde dos Parlamentares, aqui impugnado, revela sua desnecessidade. O sistema não contributivo instaurado, a ausência de teto limitador de suas prestações, a vitaliciedade de cobertura e os precários instrumentos de controle e de aferição dos gastos parlamentares com saúde desprestigiam a atuação fiscalizatória e favorecem à ocultação dos valores dispendidos com saúde pelos beneficiários.

A política orçamentária existe justamente para corrigir falhas ou distorções na gestão dos recursos públicos, a fim de que sejam alocados de forma mais eficiente. O orçamento é, nesse sentido, um mecanismo essencial à Administração Pública, porque gera um melhor aproveitamento dos recursos financeiros ao levar em conta a relação custo-benefício.

Aliás, é tarefa do próprio Poder Legislativo, em conjunto com o Tribunal de Contas da União, a fiscalização e o controle dos orçamentos públicos. Neste ponto, apresenta especial importância a noção de economicidade - vinculada à ideia de desempenho qualitativo -, que envolve a busca do melhor resultado estratégico na alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico. O art. 70 da CF lhe faz referência ao dispor que:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A economicidade reflete uma opção estratégica do constituinte de 88 por uma fundamentação racional das decisões políticas quando da destinação dos recursos públicos postos à disposição dos agentes delegados. Com isso, busca-se, em síntese, a melhor relação possível entre gestão financeira e execução dos recursos orçamentários, atendendo-se à indisponibilidade do interesse público e à eficiência.

É conclusivo, nesse enfoque, que a mera disponibilidade financeira não autoriza de despesas injustificadas e desnecessárias. Mediante a categoria da economicidade, o exame do procedimento oferecido pelo Senado aos seus Parlamentares e dependentes, ex-Parlamentares e cônjuges indica que a alternativa adotada pelo gestor público não se mostra a melhor possível. Observa Regis Fernandes de Oliveira que:

Tendo em vista o bolo arrecadatório, há uma segunda fase que é a de efetuar as escolhas do que deve ser atendido. Tirante as vinculações orçamentárias constitucionais e as obrigações legais que devem ser atendidas, há uma margem de escolha do administrador, no tocante à distribuição dos recursos. Aí incide o princípio da proporcionalidade, como um critério que deve pesar na decisão do chefe do executivo. (2008, p. 40)

Assim, a providência pública, para materializar-se, deve ser precedida de um estudo de concepção que considere todas as variáveis envolvidas, a viabilidade financeira e econômica, a medida de necessidade, a relação custo-benefício, a possibilidade de transferência dos custos, parcial ou totalmente, para a iniciativa privada etc, visando à prevenção de riscos e à aplicação mais rentável e econômica dos recursos. A isto se nomeia planejamento, instrumento essencial para consecução do fim último estatal, o interesse público.

Sobre o tema, vejam-se as considerações extraídas da Decisão nº753/96 da Corte de Contas da União:

Mencione-se que a Constituição Federal, nos dispositivos que tratam da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em seu art. 70, obriga o cumprimento não apenas do princípio da legalidade, mas igualmente dos princípios da legitimidade e da economicidade. [...] Pelo princípio da economicidade, balizado pela razoabilidade, deve-se averiguar a relação entre custo e benefício. A economicidade permite ao aplicador do direito aferir, em cada caso, se houve ou não malversação de verba pública. É este princípio instrumento de aferição da relação entre gasto público e benefício auferido, a ser empregado na subjetividade de cada caso, quando então poder-se-á verificar se determinado fato ou ato administrativo atingiu seu objetivo maior, o interesse público. O princípio da economicidade deve ser utilizado não apenas como critério para aferir o custo-benefício de um gasto, mas igualmente para avaliar o equilíbrio financeiro de contratos administrativos e para aplicar sanções ao administrador, nos termos do art.70, VIII, da Constituição Federal, que prevê 'multa proporcional ao dano causado ao erário'. O controle da economicidade significa, portanto, controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização de custos e gastos públicos. (BRASIL, *online*)

Cabe aqui ainda mencionar, em analogia, o princípio da contrapartida - axioma da seguridade social e fundamento para a instituição de benefícios ou serviços de seguridade como fonte de custeio - previsto no art. 195, § 5º, da CF, que dispõe:

Art. 195. ...

§ 5º. Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

Lido em conjunto com as demais regras do mesmo artigo, indica o preceito que o Legislador, para criar, majorar ou estender benefícios, deverá prever, em paralelo, a contribuição correspondente. Ou

seja, “não é válido qualquer ato do Poder Executivo, ou (administrativo) do Poder Judiciário, ou mesmo do Poder Legislativo, que crie aumento, ou estenda o serviço assistencial ou de benefício, sem que haja fundo para o custeio total [...]”, o que justifica o imperativo recolhimento de contribuição, inclusive do beneficiário.

6 Dos vícios de competência e de procedimento nos atos do senado

Os Atos da Comissão Diretora apresentam vício de competência, reclamando seja declarada as suas nulidades. A Constituição Federal defere ao Senado dispor sobre sua organização e funcionamento, como expresso no art. 52, XIII:

Art. 52 – Compete privativamente ao Senado Federal:

...

XIII – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços,”

Por certo, a Comissão Diretora não se confunde com o ente legislativo do qual é apenas uma parte. Aquela é composta por titulares da Mesa, formada por um Presidente, Vice-Presidentes e Secretários - arts. 46 e 77 do Regimento Interno da Casa. No exercício de sua competência, cabe-lhe discutir e votar as matérias dispostas no art. 91 do Regimento, nas quais não se incluem o que é de competência privativa do Senado.

Como determina o art. 52, XIII, da CF/88, as deliberações do Senado em temas que lhe são ‘privativos’ é refletida pelo conjunto de seus componentes, isto é, pelo Plenário, formado por Senadores, como, de fato, referenda o Regimento Interno -art. 252, IV. Nessa ocasião, deverão ser observados os quóruns previstos no art.288 do RI, que não se restringem às deliberações tomadas pela Comissão Diretora.

Embora integre o Senado Federal, a Comissão Diretora é figura individualizada, com funções específicas, tais quais os demais Órgãos que perfectibilizam, e que, em conjunto, compõem a sua estrutura básica, na forma do art. 6º da Resolução nº 09, de 1997, que “altera o Regulamento Administrativo do Senado Federal e dá outras providências”:

Art. 6º. O Senado Federal tem a seguinte estrutura básica:

I – Comissão Diretora;

II – Gabinete dos Senadores

III – Órgãos de Assessoramento Superior;

IV – Órgão Central de Coordenação e Execução;

V – Órgão Supervisionados.

Dessa forma, a normatização da assistência à saúde em análise se afigura irregular, pois, ao interferir diretamente na organização do Senado e no seu orçamento, demandaria outra forma de referendo, como, aliás, observado no plano de assistência à saúde dos servidores do órgão - Resolução

nº 86/1991 -, instituído por resolução. Tanto assim que, quanto à organização e funcionamento do Senado, o Regimento, no seu art. 98, III, ao discriminar as atribuições da sua Comissão Diretora, outorgou-lhe unicamente competência para propor ao Senado projeto de resolução nesse sentido:

Art. 98. À Comissão Diretora compete:

...

III - propor ao Senado projeto de resolução dispondo sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção de cargos, empregos e funções de seus serviços e a iniciativa de lei para afixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias (Const., art. 52, XIII);

...

Parágrafo único. Os esclarecimentos ao Plenário sobre atos da competência da Comissão Diretora serão prestados oralmente, por relator ou pelo Primeiro-Secretário.

Portanto, a Comissão Diretora da Câmara incorreu em vício de competência ou iniciativa, uma vez que não detinha poderes para editar o Ato da Comissão Diretora nº 09/1995 e seus consecutórios.

Ainda, incorreu tal ato da Comissão Diretora em vício de procedimento. O exercício da competência dada ao Senado para regular sua organização e funcionamento só pode se expressar via Resolução – art. 98, III, do RI. A proposição para tanto haverá de ser posta pela Comissão Diretora e, em seguimento, aprovada pelo Plenário da Casa, cujo quórum deve ser de maioria simples - art. 47 da CF -, limitando-se as atribuições da Comissão a isso.

Tamanha é a relevância do procedimento de elaboração das normas legais, que o Regimento Interno do Senado Federal destinou o seu Título XV aos Princípios Gerais do Processo Legislativo, no qual destacou o seguinte: “Art. 412. A legitimidade na elaboração da norma legal é assegurada pela observância rigorosa das disposições regimentais, mediante os seguintes princípios básicos:

I - A participação plena e igualitária dos Senadores em todas as atividades legislativas, respeitados os limites regimentais;

II - modificação da norma regimental apenas por norma legislativa competente, cumpridos rigorosamente os procedimentos regimentais;

III - impossibilidade de prevalência sobre norma regimental de acordo de lideranças ou decisão de Plenário, ainda que unânime, tomados ou não mediante voto;

IV - nulidade de qualquer decisão que contrarie norma regimental;

V - prevalência e norma especial sobre a geral;

VI - decisão dos casos omissos de acordo com a analogia e os princípios gerais do Direito;

VII - preservação dos direitos das minorias;

VIII - definição normativa, a ser observada pela Mesa em questão de ordem decidida pela Presidência;

IX - decisão colegiada, ressalvadas as competências específicas neste Regimento;

X - impossibilidade de tomada de decisões sem a observância do quórum regimental estabelecido;

XI - pauta de decisões feita com antecedência tal que possibilite a todos os Senadores seu devido conhecimento;

XII - publicidade das decisões tomadas, exceção feita aos casos específicos previstos neste Regimento;

XIII - possibilidade de ampla negociação política somente por meio de procedimentos regimentais previstos.

Art. 413. A transgressão a qualquer desses princípios poderá ser denunciada, mediante questão de ordem, nos termos do disposto no art.404. ...”

Portanto, o procedimento legislativo exige o cumprimento de regras para a elaboração, redação e consolidação das leis. Essas regras são constitucionais, legais e regimentais. Daí que, a Comissão Diretora, ao não dar aplicabilidade ao procedimento previsto para a concessão de assistência à saúde, veiculando-o mediante Atos da Comissão da Mesa Diretora, incidiu em vício de procedimento.

7 Considerações finais

A utilização de recursos públicos federais para a satisfação de luxuosos gastos com a saúde de Senadores, à custa do contribuinte e a despeito do que é a este assegurado, mostra-se completamente despojada de civilidade. A cidadania (fundamento da república federativa do Brasil – art1º, inc.II) não pode ser interpretada como erosão ou auto distanciamento para com o interesse público, ao contrário.

Um gestor que não tem a capacidade de se imaginar enquanto membro da coletividade, mas apenas como beneficiário da coisa pública não tem qualquer habilidade representativa.

Falar de vida pública, segundo Richard Sennett (2014, p. 377) é falar de recusa. A recusa do gestor em ver valores públicos em seus atos, em ver dignidade na repressão às ameaças da democracia, o transforma em narcisista na motivação de seus atos.

O que se vê é um domínio público estendido a autoridades pelas próprias autoridades – um contrassenso com a democracia.

Bem comum e interesse público, os quais devem ser construídos no cotidiano brasileiro, pois se perfazem como o sentido básico da vida pública. Enquanto os agentes políticos e administrativos não se voltarem para o interesse público, enquanto não assumirem um romance com a igualdade e reconhecerem que são eleitos e investidos para mitigar a discriminação, para servir, estarão sepultando diariamente tais conceitos.

A União Federal ou qualquer ente público/político dos três poderes, ao manter um sistema de elite acostumada a privilégios, usufruindo do luxo à conta do povo, traem a democracia. Traem o alicerce político-jurídico-administrativo do povo brasileiro e o coloca debaixo do tapete de suas atividades e preocupações, fazendo-o de marionete do poder.

Porém, o povo brasileiro está se livrando do fantasma do conformismo.

Raimundo Faoro (1958, p. 41 e 44), citando as origens dos donos do poder na formação do Estado brasileiro, aponta que o “patrimonialismo – como sua criatura o estamento burocrático – continha, no próprio seio, o germe do suicídio econômico”. O poder minoritário, que limita a vontade popular, é o que forma o patronato político brasileiro.

A ausência de recursos é que faz o Brasil um País pobre, mas o mau uso do dinheiro do povo é que torna nosso País miserável. A excessiva onerosidade aos cofres públicos produzida pela sistemática dos planos de assistência à saúde dos Parlamentares só empobrece e fere o sentido da democracia; é

apenas mais um símbolo de que os gestores dão mais valor às suas vaidades do que a todas as comodidades as quais o Estado deve proporcionar ao povo (segurança, saúde, educação, moradia, proteção à maternidade, ao idoso, etc.).

Isto mostra o grau de ridículo em utilizar exorbitantes e irracionais gastos com saúde à custa do contribuinte, enquanto este se sujeita às dificuldades do SUS: a redução do recurso público a um direito arbitrário de quem o gere.

A Constituição Federal de 1988 não traz direitos e obrigações supersticiosas, ilógicas, tolas, mas preceitos que foram claramente violados, como se apontou.

A questão central não são apenas os nulos instrumentos que concedem/instrumentalizam o fornecimento dos ilógicos serviços de saúde aos membros do Senado Federal, mas a busca pela extinção do patrimonialismo. Isso é questão de Estado em meio à generalizada corrupção, que cria chagas quase incuráveis em nossa democracia.

Deste modo, não resta outra conclusão se não a de que o Ato nº 09/95 do Senado Federal, e seus consectários (contratos ora questionados), são completamente despojados de civilidade e vulneram diretamente a Constituição Federal, a Lei 8.666/93, a Lei 4.717/65, a Lei 9.784/99 e, sobretudo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reclamando, inclusive, que sejam tomadas providências no Sistema de Proteção de Direitos Humanos ao qual o Brasil é signatário.

Referências

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Diálogo Jurídico**. n. 15 – janeiro / fevereiro / março de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 17/04/2015.

BRASIL. Senado Federal. **Credenciamento de Entidade de Saúde 20120001**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/transparencia/liccontr/contratos/contrato.asp?nc=20120001&cc=2234>>. Acesso em 17/04/2015.

BRASIL. Senado Federal. **Credenciamento de Entidade de Saúde 20110174**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/transparencia/liccontr/contratos/contrato.asp?nc=20110174&cc=1929>>. Acesso em: 17/04/2015.

BRASIL. Senado Federal. **Credenciamento de Entidade de Saúde 20110207**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/transparencia/liccontr/contratos/contrato.asp?nc=20110207&cc=2175>>. Acesso em 17/04/2015.

BRASIL. Senado Federal. **Credenciamento de Entidade de Saúde 20110183**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/transparencia/liccontr/contratos/contrato.asp?nc=20110183&cc=1985>>. Acesso em: 17/04/2015.

BRASIL. Senado Federal. **Credenciamento de Entidade de Saúde 20110001**. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/transparencia/liccontr/contratos/contratos.asp?e=60840055000131&mdo=0>>. Acesso em 17/04/2015.

- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Destques 2013: Tribunal de Contas da União analisa situação da saúde pública no Brasil.** Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xiEu20RjRKoJ:portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/imprensa/noticias/noticias_arquivos/TCU%2520analisa%2520situa%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520da%2520sa%25C3%25BAde%2520p%25C3%25BAblica%2520no%2520Brasil.pdf+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br> . Acesso em: 17/04/2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº753/96.** Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19970811%5CGERADO_TC-20668.pdf> . Acesso em: 20/01/2016.
- BRASIL. **Lei 4.717,** de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> . Acesso em: 17/04/2015.
- BRASIL. **Lei 8.080,** de 19 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm> . Acesso em: 17/04/2015.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder.** Formação do Patronato Político Brasileiro. Rio de Janeiro: Globo, 1958.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Cia das Letras, 1995.
- LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração Pública Dialógica.** Curitiba: Juruá, 2013.
- O'DONNELL, Guillermo. **Democracia, agência e estado:** teoria com intenção comparativa. Trad.: Vera Joscelyne. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- PANNUNZIO, Eduardo. **Judicialização das relações internacionais:** a força do princípio da prevalência dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SENNET, Richard. **O declínio do homem público.** Tradução Lygia Araújo. Rio de Janeiro: Record, 2014.
- SORJ, Bernardo; MARTUCELLI, Danilo. **O desafio latino-americano:** coesão social e democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.
- VIANNA, Oliveira. **O idealismo utópico das elites e o seu “marginalismo” político.** *in:* Instituições Políticas Brasileiras. Niteroi: Editora da Universidade Federal Fluminense, 1987.

JUSTIÇA RESTAURATIVA E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: um diálogo possível

Fernanda Fonseca Rosenblatt¹

Marília Montenegro Pessoa de Mello²

Camila Leite Vasconcelos³

RESUMO: Este capítulo tem por finalidade analisar a justiça restaurativa como modelo alternativo à resolução de conflitos de violência doméstica contra a mulher. De início, aborda-se o processo de “revitimização” da mulher em face da incapacidade do sistema tradicional de justiça criminal em atender suas necessidades dentro do procedimento penal. Destaca-se que, apesar das conquistas do movimento feminista alcançadas com o advento da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), é preciso encontrar outras medidas capazes de superar esse modelo tradicional retributivo-punitivo, o qual oferece apenas a condenação ou a absolvição, sem atender aos reais anseios das vítimas. A justiça restaurativa surge como uma forma diferente de encarar o crime ao sustentar, dentre outros atributos, a participação ativa das partes afetadas pelo conflito como meio de se alcançar a reparação do dano. Em conclusão, e diante da promessa restaurativa, serão explorados as vantagens e os riscos da utilização desse modelo alternativo na administração de conflitos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Palavras-chave: Violência Doméstica. Sobrevitimização do Processo Penal. Justiça restaurativa.

ABSTRACT: This chapter aims to explore the use of restorative justice in cases of domestic violence against women. It begins by examining the sense of secondary victimization frequently reported by victims of domestic violence who have their cases dealt with by the traditional criminal justice system. It is argued that, despite some of the achievements of the feminist movement with the passing of the Maria da Penha Law (Act 11.340/2006), we need to find new ways of dealing with cases of domestic violence in Brazil. The women need to be heard and empowered as opposed to silenced within the processing of their own cases. They need more options than conviction and non-conviction, which are typically the only options available within the traditional, retributive-punitive way of “doing” justice. While promising to return conflict to those most directly affected by it and repairing the harms done by crime, restorative justice appears as an interesting alternative. The chapter then proceeds to exploring both the potentials and risks of restorative justice for cases of domestic violence against women.

Keywords: Domestic Violence. Secondary Victimization. Restorative Justice.

1 Doutora em Criminologia pela *University of Oxford* (Inglaterra). Professora de Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito da UNICAP e da Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

3 Mestranda em Direito pela UNICAP. Especialista em Direito Processual pela Escola Superior de Advocacia Professor Ruy Antunes. Professora de Direito da Faculdade de Ciências de Timbaúba - FACET.

1 O papel da vítima de violência doméstica no sistema tradicional de justiça criminal

Não é novidade afirmar que a Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha, foi considerada por parte do movimento feminista brasileiro⁴ uma grande conquista por ser um forte instrumento jurídico de combate à violência de gênero contra a mulher.

Antes do advento da referida lei no Brasil, conflitos domésticos estavam submetidos às práticas e tratativas previstas na Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), especificamente quando as agressões praticadas pelos agressores eram consideradas de menor potencial ofensivo. Não há dúvidas de que, para *aquela* dado momento histórico, tratou-se de um avanço, pois permitiu que a violência praticada dentro dos lares se tornasse evidente no meio social pela grande quantidade de casos levados aos Juizados Especiais Criminais.

Os institutos apresentados como solução de conflitos pela lei dos Juizados eram a conciliação, a transação penal ou a suspensão condicional do processo, inclusive para os delitos praticados contra a mulher no contexto da violência doméstica, tais como ameaças, crimes contra a honra e lesão corporal leve, uma vez que as penas cominadas os caracterizavam como crimes de menor potencial ofensivo.

No entanto, apesar da atenção dada pelos Juizados ao contexto doméstico, permitindo que esposas, irmãs, filhas, pudessem recorrer a algo que desse a esperança de fazer cessar a violência sofrida dentro de casa, ao longo da aplicação da lei foi possível perceber que esta não foi capaz de reprimir, prevenir ou mesmo diminuir as agressões. A possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, por exemplo, permitiu que a violência de gênero passasse a ser vulgarizada, fazendo imperar o sentimento de impunidade em algumas mulheres, as quais passaram por diversas vezes pelos Juizados sem que tenham obtido a solução para o seu problema. Além do mais, surgiu a crítica de que a Lei 9.099/95 não compreendia as peculiaridades da violência doméstica.

Para efetivar os direitos fundamentais das vítimas de violência doméstica no Brasil, a luta dos movimentos em defesa dessas mulheres foi delineada no sentido de intensificar a punição no âmbito do Direito Penal, buscando-se retirar certas prerrogativas legais, como a possibilidade de substituição das penas e a transação penal. Foi diante desse clamor público aliado a um contexto político favorável a investidas punitivo-repressivas que a Lei nº 11.340/2006 foi editada e colocada em vigor no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Maria da Penha foi vista como uma grande vitória por ser um instrumento normativo aparentemente sensível ao contexto da violência doméstica, principalmente por afastar a dor da injustiça presente no seio social, já que o agressor passou a receber uma punição real e com isso houve a

⁴ É possível falar em diferentes correntes ou em diferentes feminismos brasileiros (ANDRADE, 1999).

propagação da ideia de que caso cometesse o crime nas circunstâncias dessa lei, sanções mais severas como a prisão poderiam ocorrer, até mesmo quando se tratasse de uma simples ameaça ou injúria.

Além do enrijecimento penal, por ter uma natureza também assistencialista e protecionista, a Lei nº 11.340/2006 foi celebrada por ampliar às mulheres o acesso à justiça, bem como por lhes facilitar a obtenção de medidas protetivas de maneira mais rápida.

Contudo, apesar de toda essa estrutura jurídica montada para prevenir a violência doméstica contra a mulher, atualmente se vislumbra vários aspectos que dificultam a concretização da finalidade da lei, impedindo que a mesma cumpra o seu papel originário, de cunho e discursos nitidamente punitivistas, que na verdade se mostrou inadequado para resolver conflitos de caráter doméstico.

De acordo com as pesquisas desenvolvidas por Marília Montenegro ao longo da última década, verificou-se que não será por meio do Direito Penal que a mulher encontrará a solução para a agressividade cometida pelos seus maridos, companheiros, filhos e irmãos, já que a mudança de comportamento almejada por ela (e pelo coro do senso comum) só será alcançada através da educação, com a desconstrução do patriarcalismo arraigado na sociedade, bem como com a aplicação de ações preventivas (MELLO, 2015, p.198).

A realidade é que, após todos esses anos em vigor, a Lei Maria da Penha tem se mostrado ineficiente para atender as demandas domésticas. Com efeito, as sugestões empíricas nacionais se repetem ao demonstrarem a permanência de altos índices de ocorrências policiais e processos judiciais envolvendo crimes domésticos contra mulher (vide, por exemplo, MEDEIROS, 2015).

Os estudos de Elena Larrauri (2011, p.1-28) sugerem que também na Espanha o sistema penal para prevenir e combater a criminalidade doméstica e familiar contra a mulher é ineficiente, especialmente pela não redução dos números de homicídios praticados contra as mulheres por seus companheiros, levando à reflexão de que não apenas no plano nacional como no internacional o Direito Penal não é o caminho mais viável para evitar e erradicar a questão em esboço.

Seria necessário um artigo inteiro para discorrer sobre os inúmeros motivos da insatisfação em torno da Lei nº 11.340/2006 na resolução dos conflitos domésticos,⁵ porém, segundo Marília Montenegro (2015, p. 219), é possível afirmar que todos eles caminham para um mesmo aspecto que é a apropriação por parte do Estado do conflito doméstico a ele apresentado. Em outras palavras, na medida em que a mulher procura a delegacia de polícia para registrar a ocorrência, principalmente se ela tiver sofrido uma lesão corporal, o sistema penal retira dela o poder de decidir o destino do seu problema.

5 Nesse sentido, vide MELLO (2010).

Com efeito, quando a vítima adentra no sistema de justiça criminal tradicional, ela deixa de ter qualquer poder de mando sobre o seu conflito. O *seu* conflito deixa de lhe pertencer e passa a ser administrado por profissionais (representantes do Estado) e pelas lógicas da ação penal pública, lógicas inarredavelmente fechadas à opinião da vítima acerca da medida a ser imposta ao imputado. O que ocorre é um processo de despersonalização do conflito – ou de “coisificação”, como prefere Zaffaroni (1996) –, ao longo do qual as atenções se voltam ao fato cometido e criminalizado não às pessoas envolvidas ou aos conflitos subjacentes. Quer dizer, as histórias de vida das partes envolvidas no conflito não são e nem serão em nenhum momento levadas em consideração, por não caber ao Direito Penal tal função.

Esquece o sistema tradicional de justiça criminal que, diferentemente de outros crimes, aqueles cometidos nas circunstâncias da Lei Maria da Penha trazem consigo uma relação de afetividade entre a vítima e o imputado (MELLO, 2015). E o manuseio do Direito Penal não é sensível a essa situação, na medida em que se busca simplesmente enquadrar a conduta praticada a uma descrição inserida num tipo penal e, conseqüentemente, aplicar a punição prevista.

Corroborando com o exposto, Barbosa et al. (2015) afirma que:

O Sistema Penal foi criado em uma lógica que trabalha com delitos que envolvem partes que pouco se conhecem (ou nem se conhecem) e lida com tais delitos de forma objetiva, pragmática. Entretanto a violência doméstica foge completamente a essa lógica. Trata-se de um crime que envolve, em sua maioria (73,7%), pessoas que já foram ou ainda são parceiros íntimos e que, por sua vez, possuem um forte laço afetivo, com o qual o Sistema Penal não está preparado para trabalhar. E ainda, dos homens e mulheres que tiveram um relacionamento íntimo, 64% deles tiveram filhos; o que só tende a aumentar a ligação afetiva entre vítima e suposto agressor.

De acordo com HULSMAN e CELIS (1993, p. 82), o sistema penal vislumbra apenas uma parte do acontecimento e sob um ângulo extremamente limitado, pois para o casal que passou pela experiência dolorosa o que verdadeiramente importa não é o desforço físico, mas sim a vida que eles têm ou tiveram em comum.

As pesquisas desenvolvidas por Marília Montenegro ao longo da última década revelam de forma clara que na maioria das vezes a solução apresentada pelo sistema tradicional de justiça não coincide com a vontade da vítima (MELLO, 2015). Não parece difícil concluir que na maioria dos casos tudo que a mulher deseja é quebrar com o ciclo de violência do qual é vítima. Isto é, o encarceramento do agressor não é o objetivo primordialmente buscado. A mulher quer viver a cessação da violência e, muitas vezes, pretende manter o relacionamento sob esses novos ares. Quando acontece do seu companheiro ser preso, normalmente ela é a primeira a visitá-lo na penitenciária e a primeira a tentar tirá-lo daquele lugar, sendo por isso mal interpretada e taxada como “mulher que gosta de apanhar”, enquanto na verdade ela só gostaria de viver em paz na sua casa com o seu marido e com os seus filhos. Até mesmo nos casos

em que a mulher deseja a separação, inexistem dados empíricos a sustentar como regra o desejo da vítima de violência doméstica pela persecução *criminal* do agressor.

Então, o processo penal, na forma como é hoje concebido, silencia a vítima, cala a sua voz, causando-lhe ainda mais dor e relegando à mesma um papel secundário de mera informante (MELLO, p. 219). A intenção do Estado pode até ser de “proteger” essa mulher por meio da aplicação da legislação, mas a realidade empírica em torno da aplicação da Lei Maria da Penha revela um cenário no qual a vítima é colocada diante de outras situações de vulnerabilidade, já que muitas vezes é o agressor o responsável por prover as necessidades da casa, como também poderá ser atribuída a ela a responsabilidade de ter colocado o pai dos seus filhos na prisão. Com isso, ao invés de proteger, o sistema retributivo é quem passa a dar continuidade ao processo de violência que a mulher terá que suportar.

Ainda acerca dessa revitimização, a mulher começa a carregar o sentimento de culpa por todo o mal que está causando a sua família, fazendo-a acreditar que todo o sofrimento sentido pelo seu companheiro dentro da prisão é muito pior que a violência suportada por ela.

Para tentar desfazer essa celeuma, a mulher passa a mentir, desdizendo todo o dito por ela na esfera policial, afirmando que as coisas não aconteceram bem daquela maneira. E, mesmo depois de ter sofrido a violência doméstica, e de ter passado por todas as privações e culpas decorrentes da prisão do seu parceiro, por vezes, ela é taxada de louca pelos operadores do sistema por ter procurado a polícia movida por uma forte emoção ou passa a responder criminalmente pela prática de denúncia caluniosa (MEDEIROS, 2015).

Nesse sentido, depois de ser vítima da violência no seio familiar, a mulher termina sendo vítima do próprio sistema penal que ao invés de ampará-la, termina causando *mais* sofrimento porque a aplicação de uma punição ao agressor termina sendo também a imposição de uma sanção a ela.

Fica evidente que a vítima é neutralizada, pois o sistema tradicional de justiça não está preocupado em contemplar os sentimentos dela e nem tão pouco os efeitos daquela violência para sua vida. Nos dizeres de Marília Montenegro o Direito Penal está interessado apenas na persecução penal daquele que praticou um ato criminoso e “após a expropriação do conflito pelo Estado, portanto, o suposto agressor não tem que dar satisfações à ofendida, mas deve prestar contas ao próprio Estado, detentor da ação penal” (MELLO, 2015, p. 219)

Dessa forma, a vítima não participa ativamente do processo criminal que lhe envolve, pois lhe é retirado qualquer possibilidade de diálogo ou exposição de sua vontade. Não se deseja saber a vontade dela para aplicar uma solução minimamente adequada e viável para o caso concreto porque a lei vedou a utilização de institutos alternativos ao processo, além da necessidade de se observar os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada. Como se não bastasse, por vezes, a vítima fica economicamente desamparada, é quem dá assistência ao agressor durante o período

de reclusão e submete-se a visitas íntimas humilhantes quando de suas visitas ao estabelecimento penal. Todos esses aspectos demonstram que a mulher é duplamente vitimizada, primeiro por parte do seu parceiro e depois pelo próprio sistema de justiça.

Nesse diapasão, João André da Silva Neto e colegas (2016, p. 3) asseveram que

A total “despersonalização” do processo penal causa, dentre outros fracassos e frustrações, o fenômeno da “vitimização secundária”. Ou seja, no que a vítima perde seu papel de protagonista dentro do processo penal, ela sofre duas vezes: pela agressão que lhe foi dirigida (quer dizer, pelo crime sofrido) e pelo confisco de “seu” conflito pelo Estado (ROSENBLATT, 2015)

Curioso é que a Lei nº 11.340/2006 adveio justamente para dar voz às mulheres, mas na prática, após a assinatura do termo de representação, nos casos de ação pública condicionada, o procedimento impede que elas falem, tornando-as inócuas igualmente à época em que eram ignoradas e sem qualquer vez no espaço público. Portanto, apesar dos argumentos favoráveis à sua existência, paradoxalmente, ela aparenta ser um meio de perpetuação da violência exercida contra a mulher.

Por isso, CELMER (2010, p. 1-9) conclui que nos casos que envolvem uma carga subjetiva muito grande, como é o contexto da violência doméstica e familiar contra a mulher, o Direito Penal não foi estruturado para contemplá-la.

Diante de toda essa rigidez trazida pelo advento da Lei nº 11.340/2006, é comum as vítimas desistirem de denunciar os seus parceiros quando sofrem violência, principalmente se existe a possibilidade do mesmo ser preso, pois a punição aplicada a ele termina refletindo diretamente nela.

[...] legislações muito rígidas desestimulam as mulheres agredidas a denunciarem seus agressores e registrarem suas queixas. Sempre que o companheiro ou esposo é o único provedor da família, o medo de sua prisão e condenação a uma pena privativa de liberdade acaba por contribuir para a impunidade... É urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas nesta área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime (MELLO, 2015, p. 222).

Nesse mesmo sentido, Baratta (2004, p. 302) sustenta que o sistema punitivo tem um número muito maior de problemas em relação a quantidade que ele se propõe a resolver, pois ao invés de proceder com uma composição de conflitos, termina por reprimi-los ainda mais, fazendo com que paulatinamente surjam duas consequências: o agravamento desse conflito ou o surgimento de novos.

Por mais bem-intencionada que seja, a Lei nº 11.340/2006, como já defendido em linhas acima, está longe de ser um meio eficiente de combate à criminalidade a favor da mulher. Trata-se de um instrumento jurídico que não comporta um meio termo. É a regra do tudo ou nada, da absolvição ou da condenação, enquanto que a solução eficaz e almejada pela vítima raramente se encontra nessas duas possibilidades. Como leciona Christie (2004, p. 118-119), o Direito Penal

[d]eixam de lado muitas questões relevantes, e está baseado em dicotomias do tipo tudo ou nada, culpável ou inocente. Em muitas situações somos meio culpáveis. Se esta culpabilidade média é vista à luz de anteriores transgressões da outra parte ou de seus associados, abre-se uma porta para se chegar a um acordo. As soluções civis são mais integrativas, se esforçam para preservar os sistemas sociais como corpos de indivíduos em interação.

Portanto, diante de um sistema jurídico-penal estritamente retributivo que não alcança os ideais de prevenção e ressocialização, é necessário estar atento a outras alternativas para solucionar os abusos domésticos que infelizmente ainda atingem as mulheres de forma tão gritante. Diante da incapacidade de ministrar os conflitos por parte do sistema penal tradicional, ocorrendo não raro a intensificação do problema ou o nascimento de um novo, é necessário buscar formas alternativas e ao mesmo tempo eficientes para o enfrentamento da violência doméstica e familiar cometida contra a mulher. Dentre elas, a justiça restaurativa surge como uma medida capaz de propor um novo olhar para esse problema.

Os conceitos e características da justiça restaurativa, bem como as vantagens e riscos desse modelo alternativo de administração de conflitos, especificamente quando de sua aplicação no âmbito da violência doméstica, serão analisados a seguir.

2 O modelo restaurativo de administração de conflitos criminalizados

Howard Zehr (2012, p. 49) define a justiça restaurativa como sendo:

Um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

O referido autor propõe uma “troca de lentes” (ZEHR, 2008), na medida em que sugere que o crime deixe de ser visto como mera violação de uma norma penal incriminadora, ensejadora de punição. A substituição para “lentes restaurativas”, segundo Zehr (2008), envolve um novo enxergar sobre o delito como ato que *gera danos a pessoas e comunidades*. Dentro duma perspectiva restaurativa, portanto, a reação “penal” mais lógica seria a *reparação* desses danos (e não a punição dos culpados) através de um processo inclusivo, no qual todas as partes afetadas pelo delito possam expressar seus sentimentos e necessidades (isto é, desvelar os danos causados e sentidos).

A justiça restaurativa, portanto, desafia a orientação normativa do sistema tradicional de justiça criminal, na medida em que tem por finalidade precípua a *restauração* do dano advindo do crime e não a *retribuição* pelo mal praticado (HUDSON, 1998). Quer dizer, a reparação do dano é o maior objetivo do modelo restaurativo, objetivo que, na prática, pode se materializar de diversas formas, tais como o pagamento de indenização à vítima, compensação à vítima através da execução de algum trabalho (quando o infrator pinta o muro que pichou, por exemplo), prestação de serviços à comunidade ou até mesmo através de um pedido de perdão com a promessa de que tal prática não acontecerá mais

(WALGRAVE, 1999).

Ocorre que um modelo voltado à reparação pressupõe um processo inclusivo, no qual as partes, inclusive a vítima, tenham um papel ativo, tanto na definição dos danos provocados quanto na elaboração do plano de reparação desses danos. No sistema tradicional de justiça criminal, enquanto os esforços estão voltados à punição do infrator, o ideal de justiça é promovido de forma mecânica por “profissionais do conflito” (juiz, promotor, advogado, etc.) (Christie, 1977), todos treinados para as discussões em torno da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade da conduta praticada (ROSENBLATT, 2015). Assim, no mais das vezes, o processo penal tradicional corre à revelia da compreensão e das necessidades reais da vítima. Enquanto isso, ao pretender quebrar com essa mentalidade orientada para o castigo, “a justiça restaurativa surge como uma resposta à pequena atenção dada às vítimas no processo penal” (PALLAMOLLA, 2008, p. 4), na medida em que busca enxergar “as mais complexas e não retributivas necessidades das vítimas” (DZUR; OLSON, 2004, p. 91).

Com efeito, as pesquisas vitimológicas têm reiteradamente revelado o que as vítimas de crime mais querem do sistema de justiça criminal: mais informações sobre o “seu” caso, mais “voz” dentro do “seu” processo, mais atenção aos danos emocionais e psicológicos decorrentes da “sua” experiência de vitimização (ROSENBLATT; MELLO, 2015; STRANG; SHERMAN, 2003). Ou seja, as vítimas relatam precisar de algo que destoa das providências mecânicas e míopes do sistema retributivo, e a justiça restaurativa promete enxergar as necessidades não-retributivas das vítimas, na medida em que prima por um processo voltado à reparação de danos e, não só isso, por um processo *no qual o monopólio da decisão é reservado às próprias partes*.

Para utilizar a linguagem inaugurada por Christie (1977), dentro da lógica restaurativa, os conflitos são “devolvidos” a quem de fato pertencem, vez que serão as partes diretamente afetadas pelo crime (vítima, infrator e comunidade) – e não os profissionais do sistema de justiça criminal – que irão definir as consequências oriundas do crime e que irão desenvolver uma estratégia para equacionar os problemas atrelados a essas consequências. Por isso que, na prática, os processos restaurativos devem envolver encontros “cara a cara” entre a vítima, o infrator e a comunidade afetada, momento no qual é dada a cada uma dessas pessoas a oportunidade de exprimir seus sentimentos, opiniões e vontades sobre como administrar as questões em contenda. O processo restaurativo, portanto, é um processo “horizontal”, no qual os envolvidos são “empoderados” na resolução do seu próprio conflito, enquanto se desafia o mito de que seriam os profissionais os mais indicados a resolver conflitos criminalizados (BRAITHWAITE, 2002; JOHNSTONE, 2011; ZEHR, 1990).

Cabe ressaltar que, ao conceder esse poder às partes (inclusive à vítima), a justiça restaurativa não pretende criar um modelo de justiça ainda mais punitivo. Muito diferentemente disso, como leciona Pinto (2005, p. 21), o processo restaurativo

[...] atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo *retributivo*, em que o Estado figura, com seu monopólio penal exclusivo, como a encarnação de uma divindade vingativa sempre pronta a retribuir o mal com outro mal.

Mas seria o modelo restaurativo uma alternativa eficaz ao contexto da violência doméstica e familiar cometida contra a mulher? Seria possível um diálogo entre a justiça restaurativa e a violência doméstica?

3 Ensaando um diálogo entre a justiça restaurativa e a violência doméstica

Não se pode negar que o conflito de violência doméstica traz uma carga subjetiva intensa por conter o aspecto da afetividade entre a vítima e o agressor. Com efeito, diferentemente de um roubo perpetrado contra vítima desconhecida, o crime de violência doméstica envolve uma história ainda em curso entre agressor e vítima, uma relação preexistente ao crime que, por mais que esteja abalada pela violência, possui raízes e implicações que vão para muito além da necessidade de subsunção do fato à norma. O modelo tradicional de justiça criminal, como vimos, é incapaz de enxergar essas subjetividades, mormente quando investe esperança de conter a violência doméstica através da utilização da prisão.

Precisamos, então, buscar uma alternativa, e a justiça restaurativa surge com o discurso de que estaria apta a contemplar essas subjetividades e voltada à reparação dos danos advindos do crime, inclusive dos danos provocados à relação existente entre as partes conflitantes (ZEHR, 2008). Mas seria a justiça restaurativa um modelo viável e, muito importante, *desejável* para os casos de violência doméstica contra a mulher? Quais seriam as vantagens e os riscos desse sistema em comparação com o modelo tradicional de justiça criminal? Embora ainda estejamos engatinhando na formulação dessas questões e, portanto, ainda muito distantes de possíveis respostas, é importante lançar o problema em tempos de “reaceleração” do movimento restaurativo brasileiro (ROSENBLATT; MELLO, 2015). É tão-somente isso que se pretende fazer a seguir: lançar questões em torno do diálogo entre a justiça restaurativa e os crimes de violência doméstica.

Por ainda não existir no Brasil projetos consolidados de práticas restaurativas voltadas à resolução de conflitos no âmbito da violência doméstica, é importante lançar um olhar sobre as experiências estrangeiras. Nesse sentido, valioso trazer à baila a experiência de alguns países europeus,⁶ recentemente mapeada num estudo financiado pela Comissão Europeia (DROST et al., 2015, p. 7). Desse estudo, constatou-se que o modelo de prática restaurativa mais utilizado em casos de violência doméstica é a mediação vítima-ofensor (DROST et al., 2015, p. 21), mas cada país adotou um

6 Áustria, Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda e Reino Unido.

procedimento próprio de justiça restaurativa adaptado à realidade local. Na Áustria, por exemplo, a mediação vítima-ofensor é utilizada para casos de violência doméstica desde do início dos anos 1990, e há muita ênfase na necessidade de se realizar entrevistas individuais antes de juntar as partes “cara a cara”, inclusive para se avaliar a viabilidade desse encontro e os riscos de revitimização (DROST et al., 2015). Na Grécia, “a mediação vítima-ofensor é possível apenas nos casos de violência doméstica que envolvam contravenções, ameaça, insulto ou coerção” (SILVA NETO et al. 2016, p. 11). Além disso, alguns pressupostos devem ser preenchidos, tais como o compromisso do ofensor em não mais agredir, a saída dele da residência quando a vítima desejar, a reparação do dano a ela causado e o comparecimento do infrator a programas que trabalham mudanças comportamentais (DROST et al., 2015).

No que diz respeito às semelhanças, em todos os países analisados, à exceção da Grécia, tanto a vítima quanto o agressor podem levar pessoas de sua confiança para desempenharem um papel de apoio durante o encontro restaurativo (DROST et al, 2015, p. 24). Outrossim, o consentimento da vítima, em todos os países analisados, é condição necessária para a deflagração do processo restaurativo, e a continuidade do processo também depende da vontade da vítima (DROST et al., 2015, p. 20). Da leitura dessas experiências, Silva Neto et al. (2016, p. 12), destacam:

Na maioria dos países, a consequência do encontro restaurativo é uma espécie de acordo entre as partes – que podem ou não decidir manter o relacionamento. Os acordos nos casos de violência doméstica geralmente consistem na busca de ajuda e terapia para o comportamento violento do agressor e/ou para o seu envolvimento com o álcool, mas a maioria dos acordos tem por foco principal o comportamento do agressor no futuro.

Segundo Larrauri (2011, p. 224), diversos grupos feministas se opõem à utilização da justiça restaurativa para os conflitos domésticos por considerarem que todo tratamento menos gravoso dado à violência contra a mulher pode ser “contraproducente” às conquistas do movimento em defesa dos direitos dessas vítimas. Entretanto, como ela mesmo argumenta, os receios e as críticas existem muito em razão do desconhecimento desse sistema. Por exemplo, argumentos típicos, contrários ao uso da justiça restaurativa para casos de violência doméstica, sustentam que esse modelo alternativo pode forçar uma reconciliação entre as partes de modo a inibir a vontade da vítima em desfazer o relacionamento. Nesse caso, o desejo da vítima continuaria sendo silenciado e o conflito, roubado. É preciso destacar, entretanto, que o objetivo primeiro das práticas restaurativas não é o perdão ou a reconciliação, mas sim a reparação dos danos oriundos de um crime. O perdão e a reconciliação, na sistemática processual restaurativa, são efeitos colaterais eventuais e bem-vindos, mas não constituem o fim último dos encontros. Sobre essa questão, Zehr (2012, p. 18) esclarece:

De fato, algum grau de perdão, ou mesmo reconciliação, realmente ocorre com mais frequência do que no ambiente litigioso do processo penal. Contudo, esta é uma escolha que fica

totalmente a cargo dos participantes. Não deve haver pressão alguma no sentido de perdoar ou de buscar reconciliação.

Ademais, como lembra Elena Larrauri (2011, p. 220), é preciso destacar que a justiça restaurativa não se reduz ao contexto da mediação. Se alguns elementos típicos da mediação – como o conceito de “culpa compartilhada” e “linguagem neutra” (ZEHR, 2008) – não são adequados, porque a vítima pode se sentir revitimizada, é preciso lembrar que o leque de práticas restaurativas é grande. Como no caso de outros crimes, temos à disposição as conferências de grupo familiar, os círculos restaurativos, dentre vários outros modelos e técnicas (ZEHR, 2008).

Por outro lado, o fato da justiça restaurativa não focar na punição do agressor, não significa que o mesmo não seja responsabilizado sob a ótica restaurativa. Com a justiça restaurativa, o que se busca é uma responsabilização *ativa* do agressor. Ao invés de se ter um réu negando os fatos, ou um réu confesso que recebe passivamente uma punição, o que se pretende é que o acusado, por meio de um processo dialogal de resolução de conflitos, compreenda a repercussão de suas atitudes e trabalhe para consertar os males feitos. Quer dizer, na medida em que o agressor participa das discussões para definir os danos provados pela sua conduta e opina na elaboração de um plano de reparação desses danos, ele está assumindo a responsabilidade pelo dano praticado. E essa assunção de culpa tem se mostrado, em outros países, mais satisfatória à vítima (DROST et al., 2015).

Vale ressaltar, ainda, como bem o faz Larrauri (2011, p. 235), que a justiça restaurativa não exclui a possibilidade de se recorrer a medidas ou recursos positivos já existentes no atual sistema, como por exemplo, a imposição de um programa de tratamento ao agressor. Nesse ínterim, a autora entende que a justiça restaurativa possui o potencial de cumprir os objetivos propostos e não cumpridos pelo sistema tradicional de justiça criminal, notadamente os objetivos de comunicar censura, proteger as vítimas, adotar medidas para reduzir a reincidência e integrar o infrator (LARRAURI, 2011, p. 236).

No Brasil, a proposta restaurativa, notadamente nos casos envolvendo violência doméstica, ainda é muito incipiente, não obstante estarmos há dez anos da inauguração dos primeiros projetos pilotos (ACHUTTI, 2014). Existe o Projeto de Lei nº 7006/2006, o qual prevê a incorporação de métodos restaurativos no processo penal brasileiro, mas o mesmo se encontra em tramitação na Câmara dos Deputados desde o ano de 2006, não havendo previsão de implementação dessas mudanças. De outro lado, o Conselho Nacional de Justiça vem sendo um forte aliado na tentativa de operacionalizar a justiça restaurativa no país (ROSENBLATT; MELLO, 2015), mas os potenciais e riscos da utilização de práticas restaurativas em casos de violência doméstica ainda é terreno inexplorado.

4 Considerações finais

Resta clara a ineficiência do sistema de justiça criminal no trato da violência doméstica e familiar praticada contra a mulher. Com efeito, o que temos à disposição é um processo penal mecânico e frio, que desconsidera as subjetividades próprias dos conflitos domésticos, e que ignora o fato da violência contra a mulher ser, para muito além de um problema jurídico, um problema social decorrente, dentre outros fatores, do patriarcalismo arraigado na sociedade (MELLO, 2015).

O presente capítulo, portanto, teve como objetivo demonstrar que podem existir outras formas de se administrar o conflito doméstico, de modo mais qualificado, sem que se despreze o grau de afetividade entre os envolvidos e a vontade da vítima, já que ninguém melhor do que ela para expressar as suas próprias necessidades. Com efeito, por não se tratar de um conflito entre duas pessoas estranhas, faz-se necessário que a mulher tenha voz e vez no seu processo, ou seja, ela precisa ser atuante e vista como a verdadeira protagonista na busca da melhor solução para o caso concreto.

Nesse ínterim, a opção restaurativa parece interessante, na medida em que contempla a participação da comunidade que cerca a vítima e o infrator, a capacidade de decisão da vítima, o direcionamento do problema por meio da reparação do dano e o favorecimento de acordos restauradores que facilitem a reintegração do agressor. Quer dizer, o diálogo entre a justiça restaurativa e a violência é possível, muito embora ainda seja cedo para traçar os termos e o destino desse diálogo.

Referências

- ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo. In: CAMPOS, Carmen Hein de (org.). **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Sulina, 1999.
- BARBOSA, Iricherly Dayane da Costa Barbosa; SILVA NETO, João André da; MELO, Luíza Azevedo de; e MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Marias que não são “Da Penha”**: uma análise crítica do enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher pelo sistema de justiça criminal [Artigo não publicado]. 2015.
- CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 409-422, mai./ago., 2006.
- CELMER, Elisa Girotti. Sistema penal e relações de gênero: uma análise de casos referentes à Lei 11.340/06 na comarca do Rio Grande/RS. 2010. Disponível em: http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278298189_ARQUIVO_SISTEMAPENALERELACOESDEGENERO-fazendogenero.pdf
- CHRISTIE, Nils. **A suitable amount of crime**. New York: Routledge, 2004.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as Property. **British Journal of Criminology**, v. 17, n. 1, p. 1–15, 1977.
- CHRISTIE, Nils. Victim movements at a crossroad. **Punishment and Society**, v. 12, n. 2, p. 115-122, 2010.
- DE VITTO, Renato Campos Pinto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

- DROST, Lianne; HALLER, Birgitt; HOFINGER, Veronika; KOOIJ, Tinka van der; LÜNNEMANN, Katinka; WOLTHUIS, Annemieke. **Restorative Justice in Cases of Domestic Violence: best practice examples between increasing mutual understanding and awareness of specific protection needs.** Utrecht: Verwey-Jonker Instituut, 2015.
- JACCOUD, Mylène. In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). **Justiça Restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 163-186.
- LARRAURI, Elena. **Mujeres y Sistema Penal.** Buenos Aires: editorial Bdef, 2011.
- MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. **Reflexões sobre o Punitivismo da Lei “Maria Da Penha” com base em Pesquisa Empírica numa Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher do Recife.** Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco. Recife, 2015.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. A Lei Maria da penha e a força simbólica da “nova criminalização” da violência doméstica contra a mulher. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p.936-950.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A Justiça Restaurativa da teoria à prática: relações com o sistema da Justiça criminal e implementação no Brasil.** Dissertação de Mestrado. PUC do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008.
- PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. **Vitimologia: evolução no tempo e no espaço.** Rio de Janeiro: Maanaim, 2007.
- PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: Catherine Slakmon; Renato Campos Pinto De Vitto; Renato Sócrates Gomes Pinto (Orgs.). **Justiça Restaurativa.** Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 19-39.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Uma Saída Restaurativa ao Processo de Vitimização Secundária. In: Wanderley Rebello Filho; Heitor Piedade Junior; Ester Kosovski. (Orgs.). **Vitimologia na Contemporaneidade.** Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015, p. 84-96.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela. Paving the way toward a ‘Latin’ restorative justice. **Restorative Justice**, v. 3, p. 149-158, 2015.
- ROSENBLATT, Fernanda Fonseca; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. O uso da justiça restaurativa em casos de violência doméstica contra a mulher: potencialidades e riscos. In: Luciano Oliveira; Marília Montenegro Pessoa de Mello; Fernanda Fonseca Rosenblatt. (Orgs.). **Para além do Código de Hamurábi: estudos sóciojurídicos.** Recife: ALIDI, 2015, p. 95-110.
- SILVA NETO, João André da; ADVINCULA, Maria Júlia Poletine; SANTOS, Pedro Henrique Ramos Coutinho. O “Direito ao Conflito” nos Casos de Violência Doméstica: Potencialidades e Riscos. In: **[Capítulo de livro no prelo].** Recife: APPODI, 2016.
- TYLER, Tom R. **Why People Obey the Law.** New Haven: Yale University Press, 1990.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas.** Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa: Teoria e Prática.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.



PARTIDOS QUE JUDICIALIZAM: o problema entre legitimidade ativa universal e representatividade democrática

Gabriela Perrelli de Melo¹

Flávia Danielle Santiago Lima²

RESUMO: Partidos políticos possuem ampla legitimidade para propor ações diretas de inconstitucionalidade. Por conseguinte, geralmente judicializam temas alheios a seus ideais partidários e aos interesses do eleitorado. Vive-se a crise de representatividade. Propõe-se, portanto, o debate sobre como compatibilizar legitimidade ativa com o caráter representativo e responsivo dessas instituições. Através de análise qualitativa, verifica-se como os atores do controle abstrato atuam e se discute os princípios e características ligados à ideia de democracia. Estuda-se a compatibilidade e adequação da pertinência temática com o atual problema dos partidos políticos. A pertinência temática, se aplicável a estas instituições, certamente não solucionará a crise de representatividade, mas ao menos dará à revisão judicial um espaço responsivo.

Palavras-chave: Partidos políticos. Função representativa. Revisão judicial.

ABSTRACT: Political parties have a largest legitimacy to put forward direct actions of unconstitutionality. Therefore, they often take to court themes unrelated to voters' demands or party lines. There is a crisis of representation. We propose a debate on how to make compatible their legitimacy to put forward actions with their representative and accountability rules. We conduct a qualitative analysis to verify the behavior of abstract control actors and discuss the principles and characteristics linked to the idea of democracy. We study the compatibility of thematic pertinence with the actual political parties' issues. We conclude that the thematic pertinence, if applicable, will not solve the crisis of representation, but at least it will provide an accountability forum for the judicial review.

Keywords: Political parties. Representative rule. Judicial review.

1 Introdução

Do Estado de Direito para o Estado Constitucional, o Poder Legislativo cedeu seu papel de destaque para o Poder Judiciário. O ordenamento jurídico passou a ser orientado não pelas leis, mas pela

1 Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (Unicap).

2 Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

Constituição, fonte de interpretação e aplicação de todas as normas e atos normativos, constituindo, também, seu parâmetro de validade.

Como consequência da autonomia do Judiciário e de sua autoridade enquanto poder constitucional, o séc. XX e o mundo presenciaram o fenômeno da judicialização da política: questões tradicionalmente resolvidas no âmbito do Legislativo e do Executivo passaram a ser discutidas por juízes e tribunais, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional.

No Brasil, a abertura política vivida durante o processo constituinte de 1987-1988 propiciou o desenvolvimento do controle abstrato de constitucionalidade, ao instituir não apenas uma variedade de ações diretas, como também ao ampliar o rol de legitimados ativos e, por conseguinte, incrementar a possibilidade de impugnação de atos normativos elaborados pelos poderes majoritários.

Nesse sentido, destacam-se os partidos políticos. Tais instituições, em virtude do seu relevante papel para o regime democrático – são representantes do povo, a quem e por quem o governo se presta –, foram contempladas com legitimidade bastante extensa para demandar no Supremo Tribunal Federal (STF). Basta que tenham ao menos um representante no Congresso Nacional para que estejam autorizados a propor as ações diretas do controle. Em especial, judicializam sem necessidade de comprovar nexo entre a demanda e suas atividades institucionais – filtro este denominado de pertinência temática, construído pela jurisprudência para outros atores contemplados com o direito de acesso à justiça constitucional.

Os referidos partidos, no entanto, sofrem da crise de representatividade dos entes majoritários. A sociedade civil não consegue se reconhecer nos seus representantes e se encontra descrente da política; por conseguinte, afasta-se dessa esfera, caindo num ciclo vicioso, no qual o abismo que os separa cresce cada vez mais.

No Direito, como compatibilizar a legitimidade ativa dos partidos políticos com o seu caráter representativo?

Buscando respostas a essa pergunta, o artigo propõe analisar os comportamentos dos atores capazes de ajuizar ações do controle concentrado, tendo como referencial as ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs) propostas no STF. Outrossim, estudar por que o Tribunal consagrou o filtro da pertinência temática e se há compatibilidade dela para com os mandatos públicos e a ideia de democracia representativa.

2 Processo constituinte de 1988 e jurisdição constitucional

O Estado do séc. XX fora responsável pela expansão da jurisdição constitucional (ZAGREBELSKY, 1999). Por conseguinte, juízes e tribunais passaram a interpretar e aplicar a Constituição a situações nela diretamente previstas, mas não tão somente: a Carta passou a ser utilizada como parâmetro para aferir a

validade de qualquer norma jurídica ou ato normativo, além de constituir critério de interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional (BARROSO, 2011, p.86).

A fim de se criar o filtro necessário para a existência da unicidade e da segurança jurídica – e, por conseguinte, de um sistema – fora concebido o mecanismo de retificação conhecido como controle de constitucionalidade. Instituto multifacetário, através dele é feito juízo de validade de norma ou ato normativo pelos órgãos jurisdicionais.

O Brasil, como é bem sabido, adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, sendo possível o seu exercício pelo modelo difuso e pelo abstrato. Logo, o controle poderá ser realizado por qualquer juiz, pela via incidental, sob a análise de um caso concreto; ou poderá ser deferido a um tribunal de cúpula, mediante propositura de ações diretas, independentemente da disputa entre partes, mas que terá caráter “erga omnes”.

O Diploma Político de 1988, contudo, estabeleceu um modelo “sui generis”, consideradas as tradições norte-americana e austríaca; atribuiu, ainda, novos contornos ao instituto da revisão judicial em nosso ordenamento.

Muitas foram as razões para esta opção no arranjo jurídico-político que permitiu a transição institucional para a democracia política.

Aduz Ernani Carvalho (2008) que o processo constituinte de 1987-1988 fora marcado por duas grandes prioridades e preocupações. Em virtude da “terceira onda” de democratização (HUNTINGTON, 1994), da abertura política sofrida pelo mundo – em especial pelo Brasil, que migrava de um regime fechado para um aberto – e a consequente necessidade de se fazer um novo pacto social, a agenda política brasileira centrou-se em dois pontos básicos: a) definir o regime (presidencialismo ou parlamentarismo); b) calibrar o grau de centralização, com uma evidente cautela acerca do excesso de poder nas mãos do Executivo – dada a trágica experiência histórica com o regime ditatorial.

A preocupação com a transição democrática fez surgir em muitos países, cuja história recente havia sido marcada pelo autoritarismo, o controle de constitucionalidade. Por esse motivo, tornou-se uma prática comum de associar democracia ao mecanismo – muito embora o “status” de condição necessária não seja verdadeiro (GRIMM, 2011). Através do controle, o Judiciário estaria autorizado a intervir em litígios antes resolvidos exclusivamente na arena política e, no plano estatal, pelos outros poderes, cuja característica principal se resume ao princípio majoritário: representantes eleitos por uma maioria.

Deste modo, no Brasil, onde o STF já desempenhava o papel de tribunal de cúpula, o processo constituinte de 1988 veio a ampliar o rol de legitimados a acionar o mecanismo de retificação. Como é notório, poucos países no mundo democratizaram tanto o acesso ao debate constitucional (CARVALHO, 2008). Desse modo, o cenário deixou de ter apenas o Procurador-Geral da República (PGR) como

demandante no controle concentrado para ter mais outras oito entidades também capazes de desempenhar esse papel, elencadas no art. 103 da Constituição Federal.

Ocorre que a concentração da legitimidade ativa no Procurador-Geral da República, como outrora era concebido o sistema abstrato, constituía um abuso: as demandas de interesse dos Estados, representado pelo Governador ou pela Câmara, ficavam ao livre arbítrio do PGR, que apenas ajuizava perante o STF de acordo com sua vontade, e muitas vezes não levava a causa à Corte. Assim, o monopólio significava uma subordinação dos Estados ao Procurador-Geral da República, que também não era tão independente assim. O PGR, antes da Constituição de 1988 (CF), era nomeado pelo Presidente da República e por ele poderia ser exonerado a qualquer momento (CARVALHO, 2005, p. 109-110).

A necessidade de ampliar o rol de legitimados ativos era evidente. A questão era o grau dessa amplitude. Contudo, pelo lobby exercido na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público não ter se centrado no art. 103 da CF – seu interesse era nos artigos 101 e 102 –, a medida passou sem gerar maiores controvérsias. A proposta vencedora traduziu a ideia predominante de abertura política e o desenho daquela constituinte, na qual havia participação de diversos setores da sociedade (CARVALHO, 2005, p. 104-118).

Contudo, com o passar dos anos, como consequência de tamanha extensão do acesso à justiça constitucional, gerou-se, dentro do STF, uma contenda sobre o mister de se restringir essa legitimidade ativa. Aos olhos de muitos ministros, a grande diversidade e demanda, ao invés de contribuir para maior efetividade do controle concentrado, teria colocado em risco o bom funcionamento do Tribunal, sobrecarregando-o. O excesso de trabalho não traria proveito para a ordem e segurança jurídicas. Ademais, o controle abstrato, tal como desenhado, abria portas à litigância aventureira e de má fé.

Criou-se, portanto, o instituto da pertinência temática para alguns dos legitimados ativos, como meio de impor limites ao acesso efetivo – como exemplo, os Governadores as Mesas das Assembleias Legislativas dos Estados; ou foram minimamente disciplinados certos conceitos, tais como o de entidades de classe e confederações sindicais.

O requisito da pertinência temática funciona, assim, como um obstáculo para a ação. Para se constituírem legítimos a propor as ações, deve existir nexo entre a norma impugnada e as atividades institucionais dos requerentes. Aqueles a quem a jurisprudência exige relação de pertinência são denominados legitimados especiais; seu revés, legitimados universais.

3 Como os atores judicializam?

Além do Procurador-Geral da República, no desenho da mais recente engenharia do controle de constitucionalidade, encontram-se autorizados a propor as ações diretas o Presidente da República, as

Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, os Governadores, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), os partidos políticos, as confederações sindicais e entidades de classe com âmbito nacional.

Dentre os requerentes, de um lado, foram constituídos legitimados especiais a Mesa da Assembleia Legislativa, os Governadores, as confederações sindicais e as entidades de classe. Eles necessitam comprovar nexos entre a norma questionada e os objetivos institucionais específicos do órgão ou entidade.

Ocorre que a ampliação desmedida do acesso à Corte – tal como fora adjetivado o desenho original da Constituição de 1988 – poderia trazer riscos ao sistema. Se por um lado concentrar em um único órgão o direito de propositura acaba por restringir a possibilidade de impugnação de normas e atos normativos, por outro lado, ampliar demais a capacidade de demandar não é um proveito nem para a ordem nem para a segurança jurídica (CARVALHO, 2008). Coloca-se em risco o bom funcionamento do Tribunal pela sobrecarga de trabalho.

A título de exemplo, coleciona-se dados do STF, expostos por Ernani Carvalho (2009): os partidos políticos encontram-se como a categoria que mais demandou na Corte durante os primeiros quatorze anos da Constituição de 1988 – um total de 34,4% de todas as ações. Foram eles seguidos dos atores sociais: confederações sindicais e entidades de classe (32,6%). Logo atrás, com um pouco menos da metade do último percentual, o Procurador-Geral da República (15,2%) e os Governadores de Estado ou Distrito Federal (5,8%).

	Frequência	%	% acumulada
Mesa de assembleia legislativa	20	1,9	1,9
Governador de estado ou de distrito federal	62	5,8	7,6
Procurador-geral da República	163	15,2	22,8
Conselho federal da OAB	52	4,8	27,7
Partido político	368	34,3	62,0
Confederação sindical ou entidade de classe	350	32,6	94,6
Entidade de classe — burocracia jurídica	46	4,3	98,9
Missing	12	1,1	100,0
<i>Total</i>	1 073	100,0	–

Figura 1 - Requerentes

Fonte: Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), Supremo Tribunal Federal (1988-2002) *apud* CARVALHO, 2009, p. 319.

Não por acaso constituiu-se os legitimados especiais. Havia necessidade. A demanda era muito grande. Tornou-se imperioso um filtro, para se manter o adequado funcionamento do órgão de cúpula e principal encarregado do controle de constitucionalidade, o STF, bem como para salvaguardar a ordem e segurança jurídicas, afastando, ademais, o risco de uma litigância aventureira ou de má fé: “pessoas de direito privado não dispõem de interesse genérico de defesa da supremacia constitucional, mas da defesa de seus interesses” (QUEIROZ NETO, 2003, p. 70)

Para defesa do critério da relevância temática, alguns lembraram da própria finalidade da abertura e ampliação do rol de legitimados ativos: garantir às entidades uma via para defender os interesses dos seus representados. Nesse sentido o voto do Ministro Néri da Silveira na ADInMC 305-4-RN. A necessidade de comprovar pertinência temática consagraria o idealizado no momento da constituinte, ao exigir como condição da ação o nexo entre demanda e as atividades institucionais – no caso das entidades de classe e confederações –, ou entre demanda e a repercussão na esfera da autonomia estadual – no caso das Assembleias Legislativas e dos Governadores.

Como legitimados universais, por outro lado, encontram-se os atores jurídicos, acompanhados do Presidente da República e das Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados. Também como universais apresentam-se os partidos políticos.

4 Como os partidos políticos judicializam?

Dentre os grupos organizados da sociedade brasileira que exerceram influência no processo constituinte de 1988 – e por esse motivo chamados de grupos de pressão (CARVALHO *et al*, 2011) –, os partidos políticos foram contemplados com a legitimidade para acionar a revisão abstrata, caso tenham ao menos um representante no Congresso Nacional. Isso porque a própria ideia do princípio majoritário contempla a visão da relevância dos partidos políticos para a democracia moderna (HELD, 2001), ao passo que eles representam não apenas a sua classe/instituição, mas todo o eleitorado.

A sua inclusão no rol dos legitimados ativos para propor as referidas ações foi medida extremamente vantajosa para o resguardo do poder. Primeiro porque seria um autorizativo para sua atuação também em outra esfera, a saber, o Judiciário. Segundo, acaso ocorresse mudança no quadro político com o decorrer dos anos e os partidos antes majoritários viessem a se tornar a minoria legislativa, haveria também para eles um instrumento alternativo de debate.

É o que a literatura se refere como *policyseeking approach*: a jurisdição constitucional interferindo no *policy-making governamental* (políticas da maioria), como resultado atitudinal e estratégico de atores políticos que perderam no processo legislativo (CARVALHO, 2009, p. 317). Isso seja no intuito de reverter as políticas pretendidas pela maioria parlamentar, seja porque a oposição possui interesse em mostrar serviço ao eleitorado (sua agenda).

Ganhou a oposição – anterior, atual e futura –, sobretudo aquelas instituições cuja representação é mínima. Ocorre que os juízes funcionam como agentes livres nas suas relações com os partidos políticos e com as maiorias, além de não haver custos no controle concentrado (CARVALHO, 2010, p. 196-197) – ao menos os benefícios potenciais da referida lide superam os custos. Litigar na justiça constitucional confere visibilidade, quando não acarreta verdadeiro constrangimento à realização de políticas públicas.

Nós já tivemos o caso em que o partido tinha apenas um deputado que, em vez de discutir questões políticas de elaboração legislativa na Câmara, preferia assistir às sessões do STF, dizendo “porque aqui posso pôr abaixo o que lá minha voz isolada de nada adiantará”. E mais ainda com propaganda, porque os jornais diriam “essa lei caiu graças ao empenho do deputado fulano de tal” (MOREIRA ALVES, 1997, p. 195)

Não por outro motivo, os dados constantes em Vianna *et al* (1999, p. 95-101) demonstram que mais de 70% das ADINs promovidas pelos partidos são daqueles de oposição.

Os partidos políticos são grupos que exercem e sofrem pressão. São capazes de formular e expressar demandas de maneira a influenciar os resultados do sistema político, ao mesmo tempo em que se consagram como mandatários públicos. Pautam-se, pois, pelos respectivos eleitorados, os quais, por sua vez, também equivalem a grupos de interesse.

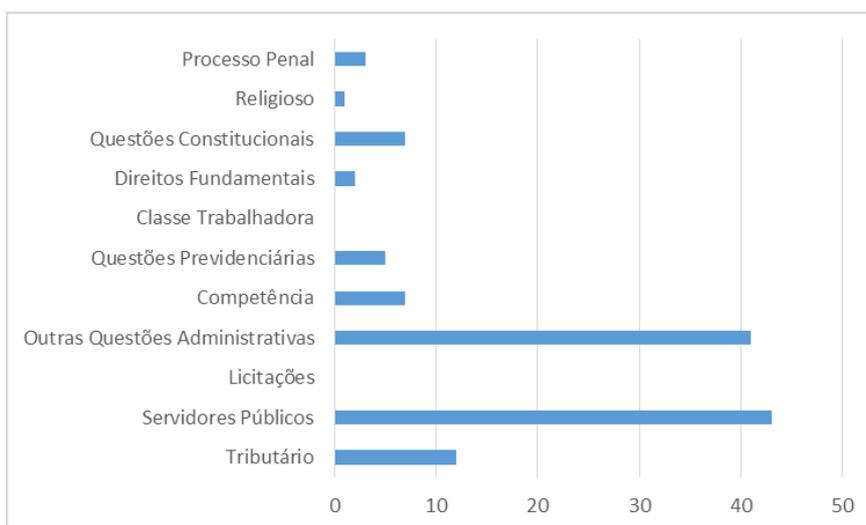
No processo constituinte de 1987-1988, não deixaram esse poder de lado: atuaram mais uma vez como grupo de pressão. Consequentemente hoje, dentre outros privilégios adquiridos com a Carta Política, consagram-se legitimados ativos do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Saliente-se: legitimados universais, posto que não necessitam comprovar pertinência temática quando do ajuizamento das ações. São dotados de ampla capacidade processual. Seu “lobby”, porém, não deve ser entendido como necessariamente prejudicial aos ideais democráticos: novas formas de representação podem e devem ser vistas como importantes arranjos no sentido da participação da sociedade civil no processo decisório (CARVALHO *et al*, 2011).

5 Crise de representatividade no controle abstrato

Contudo, constatou-se que os partidos políticos judicializam no STF, na maioria das vezes, temas que não encontram correspondência com seus ideais partidários (MELO; GOMES NETO, 2015). A incompatibilidade entre as ADINs propostas e os estatutos é quase uma regra, tamanha a periodicidade com que ocorre o evento. As causas trazidas ao Judiciário através do controle abstrato não estão em consonância com a função representativa desses mandatários públicos. Esses atores estão orientados pelos seus interesses, não por uma ética republicana ou democrática.

Melo e Gomes Neto (2015) realizaram estudo para aferir a compatibilidade entre as ADINs propostas por partidos minoritários de direita e os ideais partidários. Foram coletadas todas as ações do período de 1988 a 2014, disponíveis no site do Supremo Tribunal Federal. Para identificar partidos minoritários de direita, recorreram a estudos de Gabriela Tarouco (2013) e criaram uma tabela qualitativa-quantitativa, com o intuito de medir o grau ideológico de cada partido. Como resultado, chegaram a estes partidos minoritários de direita: PRB, PHS, PSL, PTC, PSC e PTR (atual PRTB).

Agruparam em categorias os temas das ações:

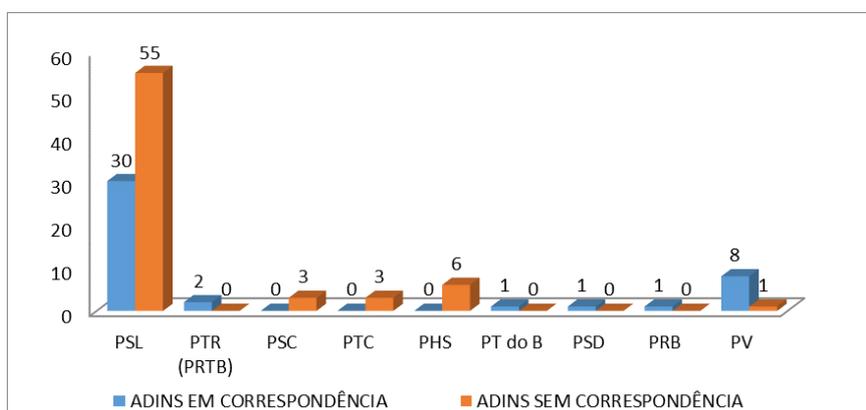


Fonte: Melo e Gomes Neto (2015)

Questões administrativas e ações sobre servidores públicos e temas de Direito Tributário foram as categorias que mais se destacaram. Juntas, somam 96 ações ajuizadas, num universo de 111 ADINs.

No que se refere ao PSL, por exemplo, temos um total de 85 ações ajuizadas apenas por esse partido. Foi a instituição que mais demandou o Judiciário, dentro do universo analisado. Dessas 85 ações, notou-se que 16 versaram sobre o Ministério Público: cinco delas sobre a competência do órgão – e assim classificadas –, abordando especialmente o poder de investigar (função de polícia judiciária e apuração de infrações penais); mas a grande maioria tratou de tópicos como vedações, prerrogativas, reversão e afastamento dos membros ministeriais, nomeação, atribuições, vencimentos e destituição do Procurador Geral de Justiça dos Estados – por esse motivo, classificadas como questões administrativas.

Quando da análise da correspondência das ações para com os estatutos, verificou-se:



Fonte: Melo e Gomes Neto (2015)

Como se pode constatar, há uma grande tendência para a falta de compatibilidade entre a prática (as ações propostas) e a teoria (os ideais partidários defendidos nos estatutos). O Partido Social Liberal (PSL), por exemplo, ajuizou 85 ações, das quais 50 não guardaram correspondência com o que pregam.

O resultado da referida pesquisa empírica oferecida por Melo e Gomes Neto (2015) veio a confirmar a crise de representatividade sofrida no Brasil. O Estado encontra-se cada vez mais afastado de sua precípua função – a representativa – para assumir, no lugar dela, função cada vez mais burocrática, olvidando-se do eleitorado (MAIR, 2003). Os estatutos, uma vez que não observados na atividade prática dos partidos, parecem estar a cumprir meramente um requisito formal, exigido tanto pelo art. 17 do Diploma de 1988 quanto pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) para a constituição da pessoa jurídica.

A preocupação primordial na democracia sempre foi a participação do povo na organização do Estado e na atuação do governo, por considerar que ele, em decorrência natural, expressando livremente sua vontade, então soberana, saberia velar pela liberdade e a igualdade (DALLARI, 2010, p. 151).

A democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, que se exprime pela regra de que todo poder emana do povo; b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; nos casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário, o da representação. (DA SILVA, 2014, p. 133)

Na democracia representativa, a eleição gera, em favor do eleito, o mandato político representativo, que constitui o seu elemento básico (NUNES JÚNIOR, 2014). O poder é conferido pelo povo, seu titular e em nome de quem se deve agir, aos seus representantes, periodicamente eleitos. Por isso a expressão “mandatários públicos”.

Porém, em virtude da complexidade das sociedades modernas, conferiu-se um grande poder aos representantes, dotando-os de uma autonomia, afim de conferir efetividade ao sistema democrático. Como as políticas públicas, em virtude dessa complexidade, passaram a requerer cada vez mais a tomada de decisão em um menor espaço de tempo, não seria possível exigir que os representantes apenas atuassem após o consentimento dos seus representados (DALLARI, 2010, p. 156-158). Aos partidos foi dada a autonomia e liberdade de decidirem por aqueles que representam, os quais neles votam e assim o tornam representantes na expectativa de verem cumpridos o que esses políticos previamente propõem.

Tamanha autonomia e liberdade, porém, constituem um risco. Tal como concebida a atual engenharia do mandato, seu exercício sujeita-se apenas à consciência do representante (DA SILVA, 2014 p. 141). O mandatário político não está vinculado aos seus eleitores, de quem não recebe instrução alguma. Se receber, não tem obrigação jurídica de atender, não tendo, por isso, de prestar contas, ainda que politicamente o faça, tendo em vista o interesse na reeleição.

Faltam mecanismos de responsividade, *accountability*, que possam conferir aos partidos políticos responsabilidade por aquilo que fazem. Por isso, a crise de representatividade. A essência do mandato, tal como concebida atualmente, constitui risco à democracia, atacando um de seus princípios típicos e norteadores, constitutivos do regime.

6 Pertinência temática e representatividade partidária

Nesse sentido, buscou-se empreender análise sobre o ativismo judicial no caso da fidelidade partidária e as normas que regulam os partidos políticos.

Embora pessoas jurídicas de direito privado, a legitimidade para os partidos políticos fora concebida como universal em virtude de serem instituição imprescindível ao desenvolvimento do regime democrático. “Cabe a esses grupos políticos estabelecer a ligação imprescindível entre governo e a sociedade” (AGRA, 2012, p. 96). Consubstanciam o principal mecanismo para o exercício dos direitos políticos, eis que representantes do povo, com funções definidas pela CF e pela Lei 9.096/95, art. 1º: velar pelo Estado Democrático de Direito, pela autenticidade do sistema representativo e de defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

6.1 Fidelidade partidária como analogia à fidelidade para com os estatutos

Elegeu-se o caso da fidelidade partidária por ter sido um exemplo emblemático de judicialização da política, cujas premissas, à primeira vista, sob um olhar cru anterior à análise, suspeitava-se servirem a uma analogia. Isso porque, por um lado, os políticos deveriam de ter fidelidade aos seus respectivos partidos; enquanto que, por outro lado, os partidos deveriam ter obediência aos seus estatutos.

Perquiriu-se, então, quais as premissas para o desenvolvimento da tese da fidelidade partidária pelos tribunais brasileiros. Nunes Júnior (2014), em estudo de caso, aponta para a soberania popular, para democracia representativa, para o papel dos partidos nesse cenário político e para a fidelidade como princípio da organização partidária.

Pela ideia de soberania popular, o povo é a única fonte do poder, o que se exprime pela regra de que todo o poder emana do povo. A democracia, por sua vez, é o regime fundado na soberania popular.

A preocupação primordial na democracia sempre foi a participação do povo na organização do Estado, na atuação do governo, por considerar que ele, em decorrência natural, expressando livremente sua vontade, então soberana, saberia velar pela liberdade e a igualdade (DALLARI, 2010, p. 151). Apresenta-se, pois, de três formas: a democracia direta, a democracia indireta ou representativa e a democracia semidireta. O próprio povo discutiria e votaria as principais questões de seu interesse; ou prosseguiria indiretamente, elegendo representantes para, através de um mandato, assim fazer; ou, ainda, congregaria as duas formas, tornando-se uma democracia participativa.

A impossibilidade prática de utilização *ad eternum* dos processos da democracia direta – seja pela extensão territorial dos governos ou pela evolução histórica das sociedades (DAHL, 2012, p. 43-44) –, tornou inevitável o recurso às democracias representativa e participativa, as quais se aprimoraram e nelas se desenvolvem as questões de cidadania e representatividade. Nesse sentido, concebeu-se os partidos políticos, que, no Direito Constitucional, foram corolário da liberdade de associação (DA SILVA, 2014, p. 402).

A Constituição de 1988, afirma Da Silva (2014, p. 137):

(...) combina representação e participação direta, tendendo, pois, para a democracia representativa. É o que, desde o parágrafo único do art. 1º, já está configurado, quando, aí, se diz que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos (democracia representativa), ou diretamente (democracia participativa).

O nosso sistema eleitoral, embasado na democracia representativa e semidireta, é eminentemente partidário. “O partido político é uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular *com o fito de assumir o poder para realizar seu programa*” (DA SILVA, 2014, p. 394) [destaque nosso]. O partido corresponde a um dos mecanismos que propiciam à população brasileira a condição de se expressar nos acontecimentos políticos, um dos canais que possibilitam uma participação mais efetiva nas decisões de governo (AGRA, 2010, p. 337). Configuram, ainda, inafastável requisito de elegibilidade para a obtenção de um mandato popular.

A eleição gera, portanto, em favor do eleito, o mandato político representativo, que constitui o seu elemento básico do regime democrático. Nele se consubstanciam os princípios da representação e da autoridade legítima (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 104). Pelo primeiro, o poder é conferido pelo povo, seu titular e em nome de quem se deve agir, aos seus representantes, periodicamente eleitos. O segundo princípio, por sua vez, está relacionado à teoria da imputação do Direito Administrativo: o Estado carece de vontade real e própria, pelo que atua mediante seus agentes. Assim, é pelo mandato que se constituem os órgãos governamentais, dotando-os de titulares e, pois, de vontade humana, conferindo ao Estado condições de manifestar-se (DA SILVA, 2014, p. 140).

O mandato político representativo é criação do Estado Liberal burguês, como uma forma de manter distintos Estado e sociedade e de tornar abstrata a relação povo-governo (DA SILVA, 2014, p. 139). Nesse sentido, três são as suas características básicas: a) é geral, pois o representante eleito por uma parcela da sociedade exercerá o mandato por todas as pessoas que habitam o território nacional; b) é livre, já que não são devidas satisfações jurídicas ao eleitor; e c) é irrevogável, diante da regra ser a de que o eleito cumpra o mandato no tempo previsto para sua duração, feita a ressalva, no Brasil, das hipóteses do art. 55 da Constituição Federal (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 104).

Contudo, mesmo após essa ponderação das características então concebidas para o mandato político representativo, Nunes Júnior reitera, à guisa de conclusão:

O partido político é instância associativa permanente e estável, dotada de ideologia e programa próprios, destinados à arregimentação coletiva, tendo em vista a conquista do poder, seja pela ocupação de cargos, seja pela capacidade de influenciar nas decisões políticas. Dessa maneira, o partido político tem como função fundamental organizar a vontade popular e exprimi-la na busca do poder, com vistas à aplicação de seu programa de ação. [grifos nossos] (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 104).

Os partidos políticos constituem, pois, um dos pilares do regime democrático – segundo o art. 17 da CF, necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito – e funcionam como instrumentos por meio dos quais se realiza a representação política. Em relação a esta, mencione-se o fato de o sistema eleitoral brasileiro não admitir candidaturas avulsas, tendo em vista que o art. 14, § 3º, V, da Constituição exige a filiação partidária como uma das condições de elegibilidade. Daí, prossegue-se com a ideia de fidelidade partidária.

Expostas as premissas que balizaram a conclusão do STF acerca da regra da fidelidade partidária, percebe-se que as mesmas são aplicáveis à obediência aos estatutos, eis que derivam da mesma raiz ontológica, o Estado Democrático.

Os estatutos são os instrumentos pelos quais o partido político dá publicidade às suas bandeiras e símbolos, divulgando-os na sociedade como sendo os seus. Ideais esses nos quais se pautam os eleitores, que, por isso, votam.

Aqui há a própria ideia de identidade do eleitor – que leva ao voto – e, por conseguinte, de representatividade.

Com a fidelidade partidária, criou-se uma hipótese de perda do mandato parlamentar, com a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa (LIMA, 2014, p. 281-285). Isso sob a justificativa de, dentre outras, fazer respeitar a vontade soberana do cidadão, impedir a deformação do modelo de representação popular, além de preservar a legitimidade do processo eleitoral. É o que se depreende dos Mandados de Segurança (MS) 26603, 26602 e 26604, do Distrito Federal, julgados pelo STF.

6.2 A regulamentação dos partidos políticos

Partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, que adquirem personalidade jurídica de acordo com a lei civil. Devem registrar os seus estatutos no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, contudo, deverão, ulteriormente, também assim o fazer perante o TSE.

Dispõe a Lei 9.096/95, em seu art. 1º, a finalidade das agremiações: elas deverão assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e defender direitos

fundamentais albergados pela Constituição Federal. Fazem parte de instrumento imprescindível no processo de formação da vontade política do povo – o instituto da representação. É pelo povo e para o povo que devem governar. O escopo precípua de todo e qualquer partido político corresponde ao zelo pelo cumprimento do sistema representativo, não apenas como conjunto de regras, mas, principalmente, na efetiva representatividade que ele proporciona (LUCON e VIGLIAR, 2011, p. 574).

É-lhes assegurada autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, segundo consta do art. 17 da Constituição Federal e do art. 3º da Lei 9.096/95, mas tal prerrogativa não é absoluta; os partidos hão de se organizar e funcionar em harmonia com o regime democrático; sua estrutura interna também fica sujeita ao mesmo princípio (DA SILVA, 2014, p. 408-409).

Pelo Diploma constitucional e pelo art. 5º da Lei 9.096/95, deverão ter caráter nacional, e suas ações, exercidas de acordo com o seus respectivos estatutos e programas. A esse respeito, como dito, há obrigatoriedade de registro dos estatutos perante o TSE, sendo isso requisito para que o partido possa adquirir capacidade eleitoral e participar das eleições (art. 9º da Lei 9.096/95 e art. 4º da Lei 9.504/97; CONEGLIAN, 2014, p. 34-37). Com o registro, o partido político tem resguardada a sua denominação, sigla e símbolos.

Quaisquer mudanças programáticas ou estatutárias devem ser registradas de acordo com a lei civil e no TSE (art. 10). Tudo porque ali estará a alma das agremiações: seus ideais, objetivos políticos, estrutura interna, organização e funcionamento (art. 14, também da Lei 9.096/95).

7 Conclusões

Partidos políticos constituem organizações destinadas a congregar eleitores que participam dos mesmos interesses ou das mesmas ideologias (CRETELLA JÚNIOR, 1989). Vê-se, portanto, não apenas a função burocrática, mas, em especial, a representativa arraigada no conceito das agremiações.

No entanto, no Brasil, eles judicializam, na maior parte das vezes, questões não compatíveis com os seus estatutos, portanto, alheias aos seus ideais partidários e ao que é esperado pelos eleitores que neles votam. Diante da crise de representatividade em que se inserem, mecanismos que visem a responsividade dessas instituições se fazem necessários. Imperioso garantir a função representativa dos mandatários públicos, para fazer-lhes gozar de maior crédito perante a sociedade, que, pelo desenho institucional, não se reconhece mais nos seus representantes.

O mandato público não deve ser entendido como falta de responsabilidade, tal como prefere chamar Dallari (2010), a fim de criticar a característica de tamanha autonomia. Ao revés, a autonomia deve ser limitada pelo princípio do regime democrático, razão de ser dos próprios partidos políticos.

O problema da crise representativa não atinge apenas a esfera política, mas também o Direito – como naturalmente haveria de ser, pois os sistemas, embora independentes, são cognitivamente abertos,

pelo que devem ser reciprocamente considerados (NEVES, 1994). Eles detêm uma interface: a Constituição, a qual autoriza o fenômeno da judicialização da política. O amplo direito de acesso à Corte, tal como encontra-se desenhado o fenômeno no ordenamento brasileiro, atribui ao Tribunal uma sobrecarga de trabalho, fora aquela que invariavelmente a sua natureza já lhe atribui: o STF funciona tanto como órgão de cúpula como Corte Constitucional.

No caso dos partidos políticos, então legitimados universais, a inexistência de um filtro para propositura não apenas coloca em risco a ordem e segurança jurídicas, mas permite, no campo jurídico, que eles atuem com os mesmos vícios da esfera política: não obedecendo ao seu papel primeiro de representação. Por isso, propõe-se a relevância temática como requisito para o interesse de agir.

A pertinência temática serve como demonstrativo do interesse de agir. Deve-se comprovar relevância da matéria tema da ação direta para as atividades institucionais, umnexo entre ambas. Havendo uma exigência desse porte, evitar-se-ia a propositura incompatível com os ideais partidários. Ademais, reitere-se: os mesmos argumentos presentes para criação da pertinência temática para os outros atores do controle abstrato também se encontram presentes na situação que se defende. Os partidos políticos estão em primeiro lugar no *ranking* dos números de ADINs ajuizadas. A demanda é farta. Além de responsável por causar um grande trabalho ao STF, cabe afirmar, é o único dos atores políticos com ações na Corte que não deve obedecer ao critério da relevância temática, gozando, pelo desenho do mecanismo de controle concentrado, de legitimidade ampla e, por que não dizer, irrestrita.

O filtro não solucionará, como evidente, o problema da crise de representatividade, pois ela possui raízes profundas e ultrapassa, como dito, a esfera jurídica. A *accountability* deve ser pensada também em níveis mais densos. Porém, ao menos diante da justiça constitucional, ter-se-ia mecanismo capaz de impor uma conformidade entre bandeiras hasteadas pelos partidos e a sua atividade prática, na órbita jurídica. Não faz sentido conferir-lhes uma prerrogativa justificada pelo seu relevante papel na democracia quando, a bem da verdade, tais atores políticos não atuam orientados por ética republicana ou democrática; quando a classe age unicamente por seus interesses, olvidando-se dos eleitores.

Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 5. ed., rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

AGRA, Walber de Moura. **Temas polêmicos do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 83-122, 2011.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. **Revisão abstrata da legislação e a judicialização da política no Brasil**. Tese de Doutorado. Tese de doutorado, USP, São Paulo, 2005.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador, JusPodivm, 2008.

- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil. **Análise Social**, v. 191, p. 315-335, 2009.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil. **Sociologias**, ano 12, v. 23, p. 186-207, 2010.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de; SANTOS, Manuel Leonardo; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Interactions between the Brazilian Supreme Court and the National Industry Union in Corporative Political Disputes. In: **22nd World Congress of Political Science (IPSA)** – Madrid. Montreal: International Political Science Association (IPSA), 2011.
- CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda eleitoral: Eleições 2014**. Curitiba: Juruá Editor, 2014.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.
- DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 25-44, 2011.
- HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- HUNTINGTON, Samuel Phillips. **A Terceira Onda**. São Paulo: Editora Ática, 1994.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Código Eleitoral Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2011.
- MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. **Análise Social**, v. XXXVIII, p. 277-293, 2003.
- MELO, Gabriela Perrelli de; GOMES NETO, José Mário Wanderley. Liberais na Corte: judicialização de questões políticas no Supremo Tribunal Federal por partidos políticos minoritários de direita. In: **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI** – UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados especiais. Valorização dos recursos processuais. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v.18, p. 189-211, 1997.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. Ativismo judicial no Brasil: o caso da fidelidade partidária. **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n. 201, p. 97-128, 2014.
- QUEIROZ NETO, Luiz Vicente de Medeiro. A pertinência temática como requisito da legitimidade ativa para o processo objetivo de controle abstrato de normas. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1 Região**, v. 15, n. 7, p. 58-74, 2003.
- TAROUCO, Gabriela. Partidos, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 149-165, 2013.
- VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice de Rezende; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. **El derecho dúctil**, p. 38-55, 1999.



MINORIA VERMELHA PARTIDÁRIA: ganhadores ou perdedores no controle judicial abstrato?

Gabriela Perrelli de Melo¹

José Mário Wanderley Gomes Neto²

RESUMO: Os partidos minoritários ganham as ações que propõem no controle de constitucionalidade? A Constituição de 1988 ampliou o acesso à justiça constitucional: criou-se para a classe política a oportunidade de perpetuar o debate de suas questões, desta vez em outra arena - o Judiciário. Nesse universo, partidos políticos destacam-se como uma das categorias que mais ajuízam ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs). Portanto, diante da grande requisição da justiça constitucional e face a uma função contramajoritária da Corte, quais seriam os resultados dessas ações? Foram analisadas as variáveis de julgamento (procedente, improcedente, dependente de julgamento, liminar concedida) das ADINs propostas de 1988 a 2014 por partidos minoritários de esquerda. Os resultados mostraram um número pequeno de êxito.

Palavras-chave: Partidos políticos. Revisão judicial. Resultados.

ABSTRACT: Do minority political parties win lawsuits they submit to judicial review? The 1988 Constitution expanded access to constitutional justice, giving opportunities for politicians to perpetuate the debate about their own interests, this time in another arena: the Judiciary system. In this context, political parties stand out as one of the entities that propose the largest number of direct actions of unconstitutionality (ADINs). This research analyses the outcomes of these actions in face of intensive request of judicial review and the supposed counter-majoritarian role of the Court. We analyze the variables of judgment (upheld, not upheld, dependent on judgment, granted an injunction) of all ADINs proposed by leftwing minority political parties from 1988 up to 2014. The results show a small number of success.

Keywords: Political parties. Judicial review. Outcomes.

1 Introdução

Do Estado de Direito para o Estado Constitucional, a Constituição deixou de ser mera disposição política, sem força normativa, para se constituir como Carta Política, interface entre o mundo do Direito e o mundo político. Passou a assumir papel de centralidade no ordenamento jurídico, consistindo em parâmetro de interpretação das normas infraconstitucionais. A jurisdição constitucional fora alargada,

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP).

² Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

albergando tanto a aplicação direta do Diploma Superior como a interpretação conforme a Constituição, inclusive consagrando a Carta como parâmetro de validade das demais normas. Em um grande número de países, como é o caso do Brasil, foram instituídas Cortes Constitucionais, a fim de efetivar e promover o mecanismo de retificação conhecido como controle de constitucionalidade.

A judicialização da política tornou-se uma consequência do desenho institucional. Em particular no Brasil, seu exercício é uma consequência natural: o país é um lugar onde a representatividade majoritária encontra-se descredenciada; a isso, soma-se uma constituição analítica e extensa, na qual há uma tendência a tornar tudo judicializável, e um mecanismo muito amplo de controle de constitucionalidade. O Brasil adota um sistema misto de retificação, com influências tanto do modelo europeu quanto do modelo americano, além de institucionalizar uma diversidade de ações diretas e um acesso à justiça constitucional tão amplo que poucos são os países que vieram assim a democratizar.

Na Constituição de 1988, dentre os contemplados com o acesso e a legitimidade para acionar o controle abstrato de constitucionalidade estiveram os partidos políticos. Como grupos de pressão, conseguiram seu lugar e a possibilidade de perpetuar o debate de suas questões em outro espaço que não o seu originário. Com a promulgação do novo Diploma, os partidos políticos também podem recorrer à justiça constitucional para defender os seus interesses. Migram de uma arena majoritária para uma contramajoritária, fato que em muito veio a ajudar a oposição e a minoria partidária a se fazer presente no jogo democrático.

A legitimidade tem sido bastante utilizada pelos partidos políticos, constituindo a classe uma das categorias que mais ajuízam ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs). Até o ano de 2009 foram constatadas 368 dessas ações por eles propostas, número equivalente a 34,3% do total de ações da época (CARVALHO, 2009, p. 333).

Diante dos fatos, insta analisar o resultado das ações propostas obtido pelos os partidos políticos. Estariam eles a ganhar suas demandas, ou seriam perdedores no controle de constitucionalidade? O Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula brasileiro que faz as vezes de Corte Constitucional, estaria sendo ativista ou autocontenciosa nas decisões políticas que é instado a tomar pela provocação dos partidos políticos?

Para tanto, foram selecionadas as ações de 1988 a 2014 ajuizadas pelos partidos minoritários de esquerda encontradas no site do STF e a partir delas foram analisadas as variáveis de julgamento (procedente, improcedente, dependente de julgamento e liminar concedida). Elegeu-se a categoria minoritária por estarem autorizados a demandar no controle abstrato partidos políticos também pouco numerosos, portanto, supostamente sem tanta visibilidade e pressão dos grupos de interesse, quando comparados aos majoritários.

Diante da suposta autonomia e independência do Judiciário, a classe política – não se olvidando que se trata de um grupo de pressão –, ainda é capaz de exercer algum tipo de influência perante o Supremo e, por conseguinte, ganhando ali suas demandas? Ou impera o caráter contramajoritário da Corte Constitucional brasileira?

2 Do Estado de Direito ao Estado Constitucional: a ascensão do Poder Judiciário

O Estado Liberal consagrou a ruptura com o Absolutismo então vigente. Diante da ascensão da burguesia mercantil – classe que fez lastrear a nova ordem sob o viés da propriedade e da liberdade contratual –, consagraram-se os princípios da separação dos poderes e da vontade da maioria, a fim de conter a autoridade do governante. O Poder Legislativo destacou-se, em virtude do importante papel ocupado pela noção da lei: exprimia a vontade geral do Estado (LIMA, 2007). Como reflexo no Direito, fora o momento do Estado de Direito – ou Estado Legislativo de Direito –, do Positivismo Jurídico, e a lei era sua fonte por excelência, estando o Judiciário a ela submetido.

A decadência do Positivismo e a fundação do Estado Constitucional são emblematicamente associadas à derrota dos regimes nazista e fascista, no fim da II Guerra Mundial (BARROSO, 2011, p. 85), que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade e do princípio majoritário. As principais mudanças de paradigma enfrentadas pelo Pós-Positivismo foram o reconhecimento de força normativa à Constituição, a sua centralidade e supremacia, a consequente elaboração de uma nova hermenêutica e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (BARROSO, 2005).

Vive-se um momento de ascensão do Poder Judiciário, não concebido por Montesquieu nem pela doutrina liberal (LIMA, 2007). O papel que lhe era atribuído naquele Estado de Direito era secundário, especialmente quando confrontado com os demais poderes. Isso devido à perspectiva da democracia de cunho representativo.

O Poder Legislativo imperava e fora inicialmente concebido como a “tradução imediata” da soberania popular, vez que, composto por representantes do povo, a lei consistia no produto direto da democracia representativa (LIMA, 2007). O modelo político contribuía para tanto, vez que os representantes eram reduzidos à própria classe da burguesia mercantil; as demais classes restaram afastadas da política, seja pela exclusão do direito de voto, seja por motivo outro (ZAGREBELSKY, 1999). Ademais, no Estado Liberal, com a restrição dos juízes a meros aplicadores do texto, o debate entre política e direito não encontrava guarida na função jurisdicional. Contudo, após a barbárie dos regimes totalitários e a inauguração de uma nova ordem jurídica, a Constituição passou a representar a ordem democrática como Lei das leis, conferindo ao Judiciário o papel de seu guardião.

Sabe-se, hoje, embora não seja condição necessária à democracia (GRIMM, 2011), a revisão judicial é fenômeno mundial, presente mesmo em países outrora influenciados pelo modelo democrático

inglês de Westminster – com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade. Em particular no Brasil, a função jurisdicional abriga o debate de políticas públicas dentro do universo do Direito (BARROSO, 2011, p. 86-87). A Constituição Federal de 1988, como expoente do movimento neoconstitucionalista (BARROSO, 2005), institucionalizou a judicialização da política e trouxe o controle de constitucionalidade como um importante meio de freio e contrapeso – na teoria da separação dos poderes –, além de instrumento para garantir a supremacia constitucional e defender os direitos fundamentais ali albergados. Nenhum poder encontra-se acima da Constituição e todos devem a ela obediência. A Carta Política é, agora, centro do sistema jurídico e vínculo estrutural significativo entre Direito e Política.

3 Partidos políticos e jurisdição constitucional

O Estado do séc. XX fora responsável pela expansão da jurisdição constitucional. Por conseguinte, juízes e tribunais passaram a interpretar e aplicar a Constituição a situações nela diretamente previstas, mas não tão somente: a Carta Política passou a ser utilizada como parâmetro para aferir a validade de qualquer norma jurídica ou ato normativo, além de constituir critério de interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional (BARROSO, 2011, p.86).

Sendo a Constituição a norma superior, à qual todas as outras devem obediência, algum artifício deveria ser elaborado a fim de se criar o filtro necessário para a existência da unicidade e da segurança jurídica. Fora, portanto, concebido o mecanismo de retificação controle de constitucionalidade, instituto multifacetário, mediante o qual há o reconhecimento da invalidade de uma norma ou ato normativo pelos órgãos jurisdicionais.

O Brasil, como é bem sabido, adota um sistema misto de controle de constitucionalidade, sendo possível o seu exercício pelo modelo difuso e pelo abstrato. Logo, o controle poderá ser realizado por qualquer juiz, pela via incidental, sob a análise de um caso concreto; ou poderá ser deferido a um tribunal de cúpula, mediante propositura de ações diretas, independente da disputa entre partes.

Entretanto, embora o controle difuso tenha sido importado para o Brasil em 1890, com o Decreto nº 510, o concentrado apenas foi instituído em 1965, com a Emenda Constitucional 16 (AGRA, 2008, p. 19-22).

Note-se que o controle abstrato em essência corresponde a um instituto relativamente novo na ordem jurídica. Se assim o é, ainda mais recente seria o seu formato atual, pois sofreu alterações com o Diploma Político de 1988.

Aduz Ernani Carvalho (2008) que o processo constituinte de 1987-1988 fora marcado por duas grandes prioridades e preocupações. Em virtude da abertura política sofrida pelo mundo – em especial pelo Brasil, que migrava de um regime fechado para um aberto – e a consequente necessidade de se

fazer um novo pacto social, a agenda política brasileira centrou-se em dois pontos básicos: a) definir o regime (presidencialismo ou parlamentarismo); b) calibrar o grau de centralização, com uma evidente cautela sobre o excesso de poder nas mãos do Executivo – dada a trágica experiência histórica com o regime ditatorial.

A preocupação com a transição democrática trouxe para muitos países, cuja história recente havia sido marcada pelo autoritarismo, o controle de constitucionalidade em evidência. Através desse mecanismo, o Judiciário poderia intervir em litígios antes resolvidos exclusivamente na arena política, dentro dos outros Poderes, cuja característica principal resume-se ao princípio majoritário – representantes eleitos por uma maioria.

Assim sendo, no Brasil, onde já havia o Supremo Tribunal Federal (STF) como tribunal de cúpula, o processo constituinte de 1988 veio a ampliar o rol de legitimados a acionar o mecanismo de retificação. Como é notório, poucos países no mundo democratizaram tanto o acesso ao debate constitucional. Desse modo, o cenário deixou de ter apenas o Procurador-Geral da República como demandante para ter mais outras oito entidades como tais personagens do controle concentrado, elencadas no art. 103 da Constituição Federal.

Dentre os grupos organizados da sociedade brasileira que exerceram influência no processo constituinte de 1988 – e por esse motivo chamados de grupos de pressão –, os partidos políticos foram contemplados com a legitimidade para acionar a revisão abstrata, caso tenham ao menos um representante no Congresso Nacional. Isso porque a própria ideia do princípio majoritário sementa a ideia da importância dos partidos políticos para a democracia moderna (HELD, 2001), ao passo que eles representam não apenas a sua classe/instituição, mas todo o eleitorado.

A sua inclusão no rol dos legitimados ativos para propor as referidas ações foi medida extremamente vantajosa para o resguardo do poder. Primeiro porque seria um autorizativo para sua atuação também em outra esfera, a saber, a Judiciária. Segundo, acaso ocorresse mudança no quadro político com o decorrer dos anos, e os partidos antes majoritários viessem a se tornar a minoria legislativa, haveria também para eles um instrumento alternativo de debate.

Ganhou a oposição – anterior, atual e futura –, sobretudo aquelas instituições cuja representação é mínima. Ocorre que os juízes funcionam como agentes livres nas suas relações com os partidos políticos e com as majorias legislativas, além de não haver custos no controle concentrado (CARVALHO, 2009, p. 333-334) – ao menos os benefícios potenciais da lide constitucional superam os custos. Litigar na justiça constitucional confere visibilidade, quando não acarreta verdadeiro constrangimento à realização de políticas públicas.

Nós já tivemos o caso em que o partido tinha apenas um deputado que, em vez de discutir questões políticas de elaboração legislativa na Câmara, preferia assistir às sessões do STF, dizendo “porque aqui posso pôr abaixo o que lá minha voz isolada de nada adiantará”. E mais ainda com propaganda, porque os jornais diriam “essa lei caiu graças ao empenho do deputado fulano de tal” (MOREIRA ALVES, 1997, p. 195)

Os partidos políticos são grupos que exercem e sofrem pressão (CARVALHO *et al*, 2011). São capazes de formular e expressar demandas de maneira a influenciar os resultados do sistema político, ao mesmo tempo em que se consagram como mandatários públicos. Pautam-se, pois, pelos respectivos eleitorados, os quais, por sua vez, também equivalem a grupos de interesse.

No processo constituinte de 1987-1988, não deixaram esse poder de lado: atuaram mais uma vez como grupo de pressão. Consequentemente, hoje se consagram, dentre outros privilégios adquiridos com a Carta Política, legitimados ativos do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro. Saliente-se: legitimados universais, posto que não necessitam comprovar pertinência temática quando do ajuizamento das ações. São dotados de ampla capacidade processual. Seu lobby, porém, não deve ser entendido como necessariamente prejudicial aos ideais democráticos: novas formas de representação podem e devem ser vistas como importantes arranjos no sentido da participação da sociedade civil no processo decisório (CARVALHO *et al*, 2011).

Por fim, reitere-se que a jurisdição constitucional não é elemento indispensável ao constitucionalismo e à democracia – “ninguém duvidaria do caráter democrático de Estados como o Reino Unido e a Holanda, que não adotam o controle de constitucionalidade” (GRIMM, 2011, p. 31). Contudo, inegável ter ela servido como espaço de contraponto e complemento do debate político travado pelos legitimados majoritários em suas respectivas arenas (BARROSO, 2011, p. 95). A Corte coexiste com o sistema de representantes eleitos, tendo importante papel democrático: presta-se a proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo. “Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição se dará a favor e não contra a democracia” (BARROSO, 2011, p. 95).

4 Constituição, Direito e Política

Carl Schmitt (1961), ao pensar em um conceito de Constituição, admitiu ser ela a concreta situação do conjunto da unidade política e ordenação social de um certo Estado (SCHMITT, 1961, p. 30). Por conseguinte, o Estado não teria uma Constituição, mas ele próprio seria a Constituição, pois ela é a sua alma. Ademais, por significar a normatização total da vida do Estado, concebeu-a como Lei das leis, seguindo o critério de validade de Kelsen (SCHMITT, 1961, p. 33).

Contudo, é certo também afirmar que não apenas a decisão política interfere no Direito, mas este, quando concebida a Constituição, regula aquele.

Ao definir-se a Constituição como vínculo estrutural entre Direito e política, pressupõe-se a autonomia operacional de ambos esses sistemas. A Constituição apresenta-se então como mecanismo de interpenetração e interferência entre dois sistemas sociais autopoieticos, possibilitando-lhes, ao mesmo tempo, autonomia recíproca. (NEVES, 1994, p. 129)

O Direito é entendido como um sistema autopoietico, vez que é capaz de referir-se a si mesmo e ao seu meio ambiente. É um sistema autônomo, pois possui fechamento operativo, em virtude do seu código-diferença binário específico (lícito/ilícito). Contudo, é o próprio fechamento que possibilita a abertura o sistema.

Entende-se que a autonomia do Direito – e, por conseguinte, a capacidade de controle do código lícito/ilícito – apenas se deu com a sua positivação, no Estado Moderno. “O Direito [até então] permanecia sobredeterminado pela política e as representações morais estáticas, político-legitimadoras, não dispondo exclusivamente de um código-diferença específico entre um sim e um não” (NEVES, 1994, p. 119). Com a positivação das leis, o controle da licitude passou a ser exercido exclusivamente pelo sistema jurídico.

“O Direito constitui, com outras palavras, um sistema normativamente fechado, mas cognitivamente aberto” (NEVES, 1994, p. 120). Sofre, sim, com as interferências dos outros sistemas – política, economia etc. –, porém compreender o Direito como detentor de um código próprio significa, simultaneamente, por assim dizer, blindá-lo.

A vigência jurídica das expectativas normativas não é determinada imediatamente por interesses econômicos, critérios políticos, representações éticas, nem mesmo por proposições científicas; ela depende de processos seletivos de filtragem conceitual no interior do sistema jurídico. A capacidade de reciclagem (dimensão cognitivamente aberta) do Direito positivo possibilita que ele se altere para adaptar-se ao meio ambiente complexo e “veloz”. O fechamento normativo impede a confusão entre sistema jurídico e seu meio ambiente, exige a “digitalização” interna de informações provenientes do meio ambiente. (...) A alterabilidade do Direito é, desse modo, fortificada, não – com seria de afirmar-se com respeito a um fechamento indiferente ao meio ambiente – impedida; mas ela ocorre conforme os critérios internos e específicos de um sistema capaz de reciclar-se, sensível ao seu meio ambiente. (NEVES, 1994, p. 120-121)

Inaugurada uma nova ordem social – cujo pressuposto corresponde a uma decisão política forte (SCHMITT, 1961) – a Constituição não apenas a descreve, mas constitui, também, o seu mecanismo de proteção, pois ao Direito compete a autorreferência, o controle do código lícito/ilícito e, por conseguinte, a regulação das demais esferas sociais.

Sem dúvidas, o reconhecimento da autonomia do Judiciário permitiu a independência de juízes e tribunais na tomada de decisão. A isso, no Estado Constitucional, o papel de centralidade da Constituição veio a somar e desenvolver um fenômeno: a judicialização da política. Houve a transferência de poder para o Judiciário. Questões que tradicionalmente eram resolvidas no âmbito do Legislativo e Executivo passaram a compor o universo jurídico, decididas ali em caráter último.

Também como causas para o fenômeno, pode-se acrescentar o descrédito da política majoritária – com a crise de representatividade – e a própria eleição, pelos demais Poderes, do Judiciário como foro para deliberação de questões polêmicas, cujo conteúdo possa vir a representar um desgaste para seus debatedores (BARROSO, 2011, p. 88). É, inclusive, não raras as vezes, pela inércia dos demais Poderes que o Judiciário é instado a atuar (NUNES JUNIOR, 2014).

Por isso, como expõe Barroso, “no mundo real, não vigora nem a equiparação [entre Direito e Política] nem a separação plena” (2011, p. 85). Para além dos antônimos realismo e formalismo jurídico, respectivamente, a interação entre estas esferas é complexa, com sutilezas e variações. Na concretização das normas, o juiz nem sempre poderá obedecer aos anseios do Direito e pautar suas decisões em critérios objetivos, mas também não incorrerá em uma ampla discricionariedade, tal como as decisões políticas. “Há parâmetros de razoabilidade e de legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade” (BARROSO, 2011, p. 85).

O fenômeno da judicialização da política no Brasil não decorre unicamente da força normativa da Lei Maior, nem do descrédito da classe política majoritária, embora aqui a crise de representatividade, em especial, mostra-se cada vez mais acentuada (MAIR, 2003). Ocorre que a própria engenharia institucional proporciona a deflagração do fenômeno, tornando-o “um fato inelutável” (BARROSO, 2011, p. 89): a Constituição de 1988 é analítica, e tudo parece se pretender judicializável; bem como o controle de constitucionalidade adotado congrega dois modelos – o americano e o europeu –, valendo-se de um sistema misto, além de admitir um grande número de ações diretas e um acesso à justiça constitucional tão democratizado.

Destarte, instado, “o juiz ou o tribunal não possui alternativa de se pronunciar ou não” (BARROSO, 2011, p. 89): o modo como venham a exercer essa competência é que será considerado ativismo ou não.

Enquanto a judicialização da política trata-se de um fenômeno, o ativismo judicial corresponde a um dos possíveis comportamentos a ser adotado pelo juiz ou tribunal quando demandados a se manifestar acerca de matérias de cunho político. Ativismo é a eleição de uma postura proativa, a escolha de um modo de interpretar que amplia o alcance da Constituição. O termo possui intrínseco a si, a bem da verdade, uma carga negativa, estando no inconsciente de muitos como o exercício impróprio da jurisdição constitucional.

A noção depreciativa se deve ao modo como fora cunhado o termo nos Estados Unidos. Ali, a expressão fora utilizada por conservadores para taxar o comportamento da Suprema Corte de Warren (1954 a 1969), responsável por uma jurisprudência progressista, que muito realizou em termos de políticas públicas (LIMA, 2014). Tudo que fora feito pela Corte, contudo, ocorreu sem a chancela prévia

do Congresso e sem qualquer decreto presidencial. Portanto, devido aos conservadores, a expressão assumiu caráter depreciativo.

Ativismo está associado a uma ideia de maior e mais intensa participação do Judiciário nas decisões políticas, buscando concretizar valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço tradicionalmente destinado ao outros dois Poderes. Contudo, nem sempre o comportamento se dá em virtude de um simples querer da Corte Constitucional, mas são significativas as vezes em que é chamada para atuar diante da inércia dos demais Poderes – a exemplo da reforma política e da fidelidade partidária (NUNES JUNIOR, 2014).

O antônimo do ativismo corresponde à autocontenção: o Judiciário procura decidir questões políticas reduzindo sua interferência no Legislativo e Executivo. Enquanto o ativismo procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional – inclusive a partir de princípios e conceitos jurídicos indeterminados –, a autocontenção privilegia os demais Poderes, possuindo verdadeira deferência às ações e omissões dos representantes majoritários.

A presente pesquisa tem por objetivo aferir se há um ativismo ou uma autocontenção da Corte Constitucional brasileira, o STF, diante das pretensões e demandas dos partidos políticos no controle abstrato de constitucionalidade. É feita uma análise, como a seguir será visto, das variáveis de julgamento e dos resultados das ADINs propostas pelas referidas instituições políticas, a fim de responder à pergunta: os partidos ganham ou perdem aquilo que ajuízam no controle concentrado?

5 STF e partidos minoritários: ativismo ou autocontenção?

Para a referida análise, foram selecionadas todas as ações diretas de inconstitucionalidade propostas por partidos políticos minoritários de esquerda, do ano de 1988 até 2014, encontradas no sítio virtual da Suprema Corte.

Primeiramente, identificaram-se as ações ajuizadas por partidos políticos. Após filtrar quais seriam aqueles com poucos representantes no Congresso Nacional, fora necessário estabelecer um critério para distinguir direita de esquerda.

Para tanto, recorreu-se a bibliografias sobre o tema, dentre as quais Gabriela Tarouco (2013) e André Singer (2002). Este foi fundamental para entender a evolução histórica da dicotomia em apreço, enquanto os estudos daquela serviram de base para desenvolver uma tabela quantitativa-qualitativa, aferindo-se a posição de cada partido, com base na escala Manifesto Research Group.

O Manifesto Research Group (MRG), vinculado ao European Consortium for Political Reserach (ECPR), foi lançado em 1979 com o propósito de estudar manifestos dos partidos europeus e resultou em um vasto banco de dados atualmente mantido pelo Comparative Manifesto Project (CMP), no Wissenschaftszentrum, em Berlim. O CMP reúne dados sobre posições políticas de 780 partidos em 54 países desde o pós-guerra, estimadas a partir das suas Ênfases

programáticas e conta com uma rede de pesquisadores associados em diversos países (TAROUCO, 2013, p. 153).

Por ter sido o Manifesto Research Group pensado no sistema partidário europeu, Gabriela Tarouco fixou uma escala alternativa, levando em conta as particularidades brasileiras. O seu objeto foram os partidos políticos majoritários, participantes de pelo menos três eleições.

A cientista política atribuiu características específicas para cada ideologia partidária, bem como uma porcentagem a elas para, depois, aferir o grau e a correspondente posição no rol dos de esquerda ou dos de direita.

[...] assim, chegamos às seguintes categorias: (i) como categorias de posicionamento à esquerda: regulação do mercado, planejamento econômico, economia controlada, análise marxista, expansão do Welfare State e referências positivas à classe trabalhadora; (ii) como categorias indicativas do posicionamento à direita: menções positivas às forças armadas, livre iniciativa, incentivos, ortodoxia econômica, limitação do Welfare State e referências à classe média e grupos profissionais (para contrastar com as referências à classe operária) (TAROUCO, 2013, p. 159).

A escala alternativa assumia uma variação de -100 a +100 em números percentuais, em correspondência ao deslocamento de características de extremo esquerda e extremo direita, respectivamente. O número zero indicava partidos de posição central.

Destarte, com fulcro no trabalho de Gabriela Tarouco, criou-se uma nova tabela, desta feita para analisar a ideologia dos partidos políticos minoritários com representação no Congresso Nacional.

As categorias foram mantidas, mas não a variação. Cada categoria de direita possuía valor 01 (um) ponto positivo na escala, enquanto as de esquerda eram representadas por numerais negativos. Desse modo, os partidos políticos que ao total tivessem na escala um número de -6 seriam de extrema esquerda, enquanto os de 6, de extrema direita. Quanto mais perto do zero, mais de centro seriam.

Tabela 1a - Classificação ideológica dos partidos políticos minoritários, com representação no Congresso Nacional

Manifesto	CATEGORIAS INDICATIVAS DE DIREITA						Total Direita
	Forças Armadas: positivo	Livre Iniciativa	Incentivos	Ortodoxia Econômica	Limitação do Welfare State	Classe Média e Grupos Profissionais	
PPS							0
PRB	1	1	1	1		1	5
PV		1	1			1	3
PC do B							0
PSB		1					1
PSOL							0
PHS		1		1		1	3
PSL7		1	1	1			3
PTC		1		1	1		3
PSC		1			1	1	3
PMN							0

PTR (PRTB)		1	1	1		1	4
PST (PL)		1					1
PSD		1		1		1	3
PT do B		1	1			1	3

Fonte: elaboração própria

Tabela 1b - Classificação ideológica dos partidos políticos minoritários, com representação no Congresso Nacional

Manifesto	CATEGORIAS INDICATIVAS DE ESQUERDA						Total Esquerda	Posição na Escala Direita menos esquerda
	Regulação do Mercado	Planejamento Econômico	Economia Controlada	Análise Marxista	Expansão do Welfare State	Classes Trabalhadoras: positivo		
PPS	-1	-1	-1	-1	-1	-1	-6	-6
PRB			-1		-1		-2	3
PV		-1			-1	-1	-3	0
PC do B	-1	-1	-1	-1	-1	-1	-6	-6
PSB		-1			-1	-1	-3	-2
PSOL	-1			-1	-1	-1	-4	-4
PHS					-1		-1	2
PSL	-1				-1		-2	1
PTC							0	3
PSC							0	3
PMN	-1	-1			-1		-3	-3
PTR (PRTB)							0	4
PST (PL)					-1	-1	-2	-1
PSD					-1		-1	2
PT do B							0	3

Fonte: elaboração própria

Identificados os partidos minoritários de esquerda, recorreu-se ao site do Supremo Tribunal Federal para avaliar os resultados das ações diretas de inconstitucionalidade por eles propostas.

Foram eleitas as variáveis de julgamento: procedente, improcedente, dependente de julgamento e liminar concedida. Do resultado da análise, é preponderante a improcedência das ações, fazendo dos partidos políticos perdedores no controle concentrado de constitucionalidade.

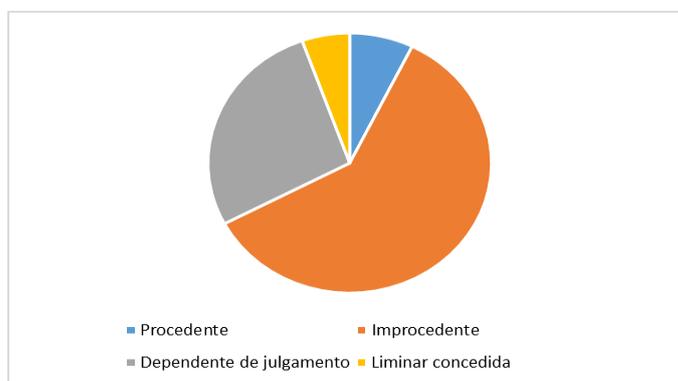


Gráfico 1 - Resultado das ADINs propostas por partidos políticos minoritários de esquerda

Fonte: elaboração própria.

Contudo, coube uma outra indagação: por qual motivo perderam? Ora, dentro do conjunto das ações improcedentes encontrava-se aquelas extintas por perda de objeto. A perda superveniente de objeto não é algo pelo qual se possa culpar os partidos políticos; afinal, no momento da propositura, a ação tinha o seu devido objeto. O responsável pela extinção poderia ser, no máximo, o próprio Tribunal, ao retardar um julgamento.

Desta feita, outra análise fora feita, desta vez para evidenciar o quantitativo de ações julgadas improcedentes pela perda de objeto. O resultado fora revelador.



Gráfico 2 - Comparativo entre as ADINs que foram extintas por perda de objeto e ADINs julgadas improcedentes por outras causas
Fonte: elaboração própria

Pouco mais de um terço das ações tiveram de ser consideradas extintas pela perda superveniente do objeto. Portanto, não apenas os partidos políticos costumam ser perdedores no controle concentrado, por variados motivos; mas a própria Corte Constitucional muitas vezes atua perante eles numa posição autocontenciosa.

6 Conclusões

Através da análise qualitativa-quantitativa, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal não possui o perfil ativista, ou, ao menos, pode-se afirmar que é seletivo. Quando se trata dos partidos políticos, a Corte tende a julgar como improcedente o pedido, ou prefere se abster do julgamento. Ambas as atitudes são autocontenciosas.

Ademais, do total de ações julgadas improcedentes até o de 2014, um terço assim foi considerada em virtude da perda superveniente de objeto. O que significa que a Corte não atuou em tempo hábil para solucionar a lide objetiva. Desse modo, também agiu pautando seu comportamento no viés da autocontenção, retardando a sua prestação jurisdicional.

A demora no julgamento traz risco para o alcance de uma demanda satisfeita. Isso não no sentido de tornar procedente o pedido, mas de dar-lhe a oportunidade de ter seu mérito julgado, e não uma mera extinção sem julgamento do feito. Nesse sentido, as ações ainda dependentes de análise do

Tribunal devem, por precaução, serem entendidas como parte do comportamento autocontencioso. Sobretudo porque parte significativa delas não são recentes.

Diante da autonomia e independência do Judiciário, a classe política, mesmo se tratando de um grupo de pressão com significativa influência no meio político, não consegue exercer influência suficiente perante o Supremo para ver atendidas as suas demandas.

Referências

- AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, v. 240, p. 1-52, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 83-122, 2011.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Dimensão política do acesso à justiça: aspectos da revisão judicial. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Dimensões do acesso à justiça**. Salvador, JusPodivm, 2008.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Judicialização da Política no Brasil. **Análise Social**, v. 191, p. 315-335, 2009.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de; SANTOS, Manuel Leonardo; GOMES NETO, José Mário Wanderley (2011). Interactions between the Brazilian Supreme Court and the National Industry Union in Corporative Political Disputes. In: **22nd World Congress of Political Science (IPSA)** – Madrid. Montreal: International Political Science Association (IPSA), 2011.
- GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e Democracia. **Revista de Direito do Estado**, n. 21, p. 25-44, 2011.
- HELD, David. **Modelos de Democracia**. Madrid: Alianza Editorial, 2001.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. A separação dos poderes e a constituição do Estado moderno: o papel do poder judiciário na obra de Montesquieu. **Revista Virtual da AGU**, ano VII, n. 63, 2007.
- LIMA, Flávia Danielle Santiago. **Jurisdição constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá Editora.
- MAIR, Peter. Os partidos políticos e a democracia. **Análise Social**, v. XXXVIII, p. 277-293, 2014.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. Força vinculante das decisões do Supremo. Declaração de constitucionalidade. Juizados especiais. Valorização dos recursos processuais. **Revista dos Tribunais**, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, v.18, p. 189-211, 1997.
- NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NUNES JUNIOR, Amandino Teireixa. A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre a verticalização das coligações e fidelidade partidária, 2014.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Editora Nacional, 1961.
- SINGER, André. **Esquerda e direita no eleitorado brasileiro: a identificação ideológica nas disputas presidenciais de 1989 e 1994**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.
- TAROUCO, Gabriela. Partidos, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, p. 149-165, 2013.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Del estado de derecho al estado constitucional. **El derecho dúctil**, p. 38-55, 1999.



A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO ACOPLAMENTO ESTRUTURAL DOS SISTEMAS POLÍTICO, SOCIAL E JURÍDICO

Igor Moura Rodrigues Teixeira¹

RESUMO: O presente trabalho toma como referência a Teoria dos Sistemas sob a perspectiva desenvolvida por Niklas Luhmann, para procurar compreender a “democracia representativa” como elo comunicativo intersistêmica, demonstrando-se que esta não fornece a estrutura dialogal necessária para a devida interação sistêmica entre a sociedade e os sistemas político e jurídico. Para esta reflexão desenvolver-se-á, em um primeiro momento, uma exposição sobre os principais pressupostos da teoria sistêmica; para posterior análise da democracia representativa como um subsistema político, demonstrando-se a sua ineficiência como elemento de comunicação intersistêmica; e, por fim, realizar-se-á uma reflexão sobre a base teórica da democracia participativa como estrutura que funcione como acoplamento estrutural necessário à esta relação intersistêmica entre os sistemas político, jurídico e social.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas. Autopoiese. Democracia representativa. Democracia participativa. Acoplamento estrutural.

ABSTRACT: This work has the a reference to systems theory from the perspective developed by Niklas Luhmann, to seek to understand the "representative democracy" as intersystem communication link, demonstrating that this does not provide the dialogical structure necessary for proper systemic interaction between society and the political and legal systems. For this reflection will be developed, at first, an exhibition on the main assumptions of systems theory; for further analysis of representative democracy as a political subsystem, demonstrating the inefficiency as intersystem communication element; and, finally, will be held a reflection on the theoretical basis of participatory democracy as a structure that functions as a structural coupling required for this intersystem relationship between the political, legal and social systems.

Keywords: Systems theory. Autopoiesis. Representative democracy. Participatory democracy. Structural coupling.

1 Introdução

As ciências política e jurídica contemporâneas têm se ocupado, sobretudo, em estudar os pressupostos e as estruturas que compõem o Direito e o Estado. Isto ocorre ao lado de um estado de crise social que se configura na relação entre sociedades e as instituições estabelecidas, denotando uma crise de legitimidade destas. Questiona-se se as instituições desempenham o seu papel diante das

¹ Universidade Federal do Ceará.

necessidades do sistema social. Isso é estabelecido sob uma perspectiva difundida pelo senso comum que o Estado não atende os anseios mais basilares. Igualmente, o sentimento de insegurança e descrença nas instituições jurídicas torna-se cada vez mais patente, o que, por si só, nos remete a uma reflexão sobre os fundamentos do Direito, do Estado e das instituições políticas estabelecidas.

O presente trabalho vale-se da Teoria dos Sistemas sob a perspectiva desenvolvida por Niklas Luhmann, no sentido de compreender a “democracia representativa” como subsistema – enquanto diferenciação do sistema político –, demonstrando-se que esta não fornece os elementos comunicativos necessários para a devida interação sistêmica. Ao lado que se encontra desgastada como estrutura de composição legítima do poder político, frente às deficiências comunicativas em relação ao sistema social, a democracia representativa é colocada como principal estrutura de governo na contemporaneidade, o que reforça esta concepção de crise funcional das instituições.

Decorrente desta proposição inicial, amolda-se a necessidade em se pensar em uma nova estrutura, a perfectibilizar o acoplamento estrutural entre os sistemas político, social e jurídico. Para este fim, aponta-se a composição teórica de um modelo de democracia participativa. A estrutura da “democracia participativa” é aqui apresentada como essencial a produzir novos instrumentos de comunicação intersistêmica, contribuindo para a construção de um espaço dialógico plural da opinião e da tomada de decisão sobre o que público, contribuindo para a recomposição do próprio sistema político.

Em essência, o modelo de democracia participativa visa constituir uma esfera pública compartilhada, na delimitação de códigos e programas instituídos coletivamente, em uma forma dinâmica de decisões influenciadas pelo maior número possível de agentes. Em síntese, a “democracia participativa” induz uma interseção entre os sistemas social e político, cifrando uma linguagem comum a ambos, fornecendo os elementos de irritabilidade para o desenvolvimento de um direito, *a posteriori*, legítimo.

Para tanto, o trabalho será dividido em três capítulos, em que se abordará desde a construção teórica dos pressupostos que compõem a teoria luhmanniana, no que tange à teoria dos sistemas; à reflexão sobre o sistema representativo, à luz de Luhmann, como estrutura insuficiente para interação intersistêmica entre os sistemas social, político e jurídico; bem como, por fim, a democracia participativa como modelo teórico que suplante as deficiências identificadas pelo sistema representativo.

2 A teoria dos sistemas e o pressuposto comunicativo

Inicialmente, em linhas gerais, pode-se discorrer que o Direito, segundo o funcionalismo sistêmico de Niklas Luhmann, diferenciou-se funcionalmente, transformando-se evolutivamente em um sistema autopoietico (operacionalmente fechado e cognitivamente aberto), a fim de integrar os

comportamentos por meio de normas positivas que são generalizações congruentes de expectativas contrafactuais de comportamento. (LUHMANN, 2011).

Deve-se destacar que Luhmann imagina a sociedade moderna sob uma perspectiva de diferença funcional, em que cada subsistema, do sistema maior sociedade, desenvolve uma função específica delineada por um código binário específico. (BÔAS FILHO, 2009, p. 113). Não há uma preocupação com a identificação entre o direito e qualquer arquétipo de moral objetivo, pelo contrário, a diferenciação funcional sistêmica visa, precipuamente a distinção entre o direito e a política com qualquer pretensão moral.

A partir deste ponto, Palombella (2005, p.345) discorre que para Luhmann, o funcionalismo sistêmico é “[...] completamente descompromissado no plano da correspondência entre normas e fatos ‘morais’ objetivos, aliás, nitidamente centrado na diferenciação funcional entre direito e qualquer pretensão moral”.

Diante da centralidade de sua teoria dos sistemas ao referencial autopoietico, Luhmann vai de encontro a qualquer ideia de integração social, de forma ampla, pois tal integração é vista sob o enfoque de cada subsistema social, a qual não privilegia a sociedade sob o ponto de vista de uma unidade racional (NEVES, 2006, p. 50). Aqui se aponta as principais diferenças entre a teoria sistêmica de Luhmann e a ação comunicativa de Habermas, pois aquela desconsidera uma racionalização extra-sistêmica. Nas lições de Orlando Villas Bôas Filho (2009, p. 112),

Luhmann propõe a substituição do conceito de ação pelo de comunicação, que seria mais adequado para a descrição da forma pela qual ocorre a reprodução do sistema social. Concebida como unidade sintética de três operações seletivas (mensagem, informação e compreensão), a comunicação não ostenta pretensões normativas, as quais seriam, segundo Luhmann, ‘medidas de emergência’, utilizadas no âmbito da teoria da ação para explicar a interconexão entre as ações.

Para a devida compreensão da teoria luhmanniana torna-se necessária a análise de seus pressupostos iniciais. O seu objeto primeiro é a diferença entre sistema e ambiente, não se referindo a uma análise de um sistema ou de um ambiente vistos isoladamente. Esse modelo possui dois lados, sendo o sistema o lado interno e o ambiente, o lado externo.

Para o autor, todos os avanços de sua teoria na seara sistêmica se dão, inicialmente, sob as variações entre sistema e meio, pois o sistema só pode ser compreendido em relação ao meio. Segundo Luhmann (2011, p. 80 e 89), “de certa forma, o meio atua, aqui, como o canal por onde a causalidade é conduzida. [...] – pois – a diferença entre sistema e meio resulta do simples fato de que a operação se conecta a operações de seu próprio tipo, e deixa de fora as demais”.

Logo, diante de tais diferenciações iniciais, verifica-se a ideia de superação de três obstáculos epistemológicos para o desenvolvimento da teoria sistêmica. Primeiramente, busca-se superar na teoria

dos sistemas a concepção que estabelece a sociedade como constituída de pessoas e de uma rede de relações entre pessoas. Para a teoria sistêmica, entretanto, a sociedade é constituída por comunicação, pois é este o seu elemento central. É através da comunicação que as relações intersistêmicas são realizadas.

Deve-se ressaltar que as pessoas compõem outro tipo distinto de sistema, a qual será denominada de sistema psíquico. Logo, Luhmann (2011, p. 299) leciona que “a comunicação está baseada em um paradoxo, cuja técnica normal de resolução consiste em inquirir e elucidar o processo de comunicação, servindo-se dela mesma”.

Em um segundo plano, sobrelece a ideia de que há fronteiras territoriais e/ou políticas intransponíveis pelas sociedades. Todavia, tendo em vista que as sociedades são compostas por comunicação e hoje esta não pode ser limitada no espaço, haja vista o aparato tecnológico contemporâneo, conclui-se pela inexistência de fronteiras separando diversas sociedades. (KUNZLER, 2004, p. 126). Para Luhmann (1997, p. 108),

La precisión de que la sociedad es un sistema social omniabarcador trae como consecuencia que para cada comunicación con capacidad de enlace haya sólo un sistema único de sociedad. En el plano meramente fáctico pueden existir diversos sistemas de sociedad, de la misma manera en que antes se hablaba de un gran número de mundos. Pero si existieran estas sociedades, estarían sin relación comunicativa; o bien, en la perspectiva de cada una de ellas, una comunicación con las otras sociedades sería imposible o no tendría consecuencias.

O terceiro obstáculo epistemológico se refere à separação entre o sujeito e o objeto. Na teoria dos sistemas, não há nenhum observador externo ao sistema social que possa analisá-lo com distância e imparcialidade. Da mesma forma, não há um ponto de vista absoluto, considerado como sendo o único correto, ninguém possui tal prerrogativa enquanto observador. O conhecimento, nessa toada, é resultado da observação de segunda ordem, no qual um observador observa o que um outro observador observou. (LUHMANN, 1997a, p. XIV).

A comunicação, portanto, é o reflexo de três movimentos que ele denominará por seleções: a seleção da informação; a seleção do ato de comunicar; e a seleção realizada no ato de entender. (LUHMANN, 2011, p. 299). Estes três movimentos de seleção estão imbricados em si, não obstante, a comunicação só existirá quando houver uma compreensão entre a diferença da informação e o ato de comunicar. (BELMONTE, 2013, *online*).

Com a análise do pressuposto comunicativo e da teoria da diferenciação funcional em Luhmann, passa-se a abordar o conceito de autopoiese. Pode-se dizer que um sistema é autopoietico quando ele produz sua própria estrutura e todos os elementos que o compõem, o que remete à ideia de encerramento operativo. Para Luhmann (2011, p. 111), o termo “encerramento operativo” demanda como consequência primeira, que o sistema só poderá ser delineado como tal quando estiver

configurado em uma organização própria. Como leciona o autor, “as estruturas específicas podem ser construídas e transformadas, unicamente mediante operações que surgem nele mesmo”.

O sistema autopoietico, em linhas gerais, é constituído somente por elementos produzidos internamente. São essas estruturas internas ao sistema as que irão produzir o que existe e o que é aceitável ao próprio sistema. Por constituir um princípio teórico, com aspectos de metateoria, a autopoiese se preocupa em realiza uma leitura que se aproxime da compreensão da realidade complexa. Para este fim, o autor caracteriza os dois aspectos fundamentais da autopoiese enquanto delineação teórica.

O primeiro é delimitar um “ponto firme” de explicação, trata-se de seguir a seguinte caracterização: “um sistema é autopoietico, ou não é”, ou seja, o sistema estaria adstrito à suas próprias regras e operações. Remetendo-se à distinção inicial entre meio ambiente e sistema, deve-se mencionar, entretanto, que a definição dos elementos que compõem o sistema passa por um processo de interação com o meio ambiente. Como observa Luhmann (2011, p. 126), “as estruturas estariam primeiramente determinadas pelo meio, e depois, pouco a pouco, desenvolveriam suas próprias operações”. O fechamento operacional em destaque, portanto, é dado quando o sistema em si é identificado enquanto sistema.

Esse processo remete a segunda característica apontada por Luhmann. Trata-se da observação de como o meio ambiente produz efeitos no sistema, a qual pode ser denominada por “abertura cognitiva”. Conforme disposto por Villas Bôas Filho (2009, p. 123), a abertura cognitiva funciona como mecanismo de superação das limitações nas quais se encontram submetidas os sistemas no fechamento operacional e o seu processo de “auto-reflexão” autopoietica. Luhmann propõe um meio de conjugar essa auto-reflexão com a observação externa proporcionada pela relação entre sistema e ambiente e com os demais sistemas.

Um exemplo trabalho por Luhmann é a relação entre os subsistemas sociais da política e do Direito em que a Constituição configura-se como o acoplamento estrutural, delineando-se a ideia de auto-descrição conjugada com a descrição externa do sistema jurídico. Os subsistemas existem em uma relação paritária e de autonomia em relação aos outros subsistemas, pois se diferenciam pela sua relação funcional com a sociedade e por seus respectivos códigos binários (lícito/ilícito; poder/não poder; ter/não ter), no entanto, não deixam de sofrer irritações do meio ambiente e dos demais sistemas, já que coexistem cognitivamente no mundo. Como leciona Luhmann (2011, p. 132):

O sistema pode reagir a irritações e estímulos, não quando tudo pode influir no sistema, mas somente quando existem padrões altamente seletivos. Ou seja, o sistema reage apenas quando processar informação e transformá-la em estrutura. As irritações sugem de uma confrontação interna (não especificada, num primeiro momento) entre eventos do sistema e possibilidades próprias, que consistem, antes de tudo, em estruturas estabilizadas, expectativas. Portanto, não existe nenhuma irritação no meio do sistema, assim como não existe *transfer* de irritação do

meio ao sistema. Trata-se sempre de uma construção própria do sistema; é sempre uma autoirritação (naturalmente posterior a influxos provenientes do meio).

É sob esse aporte que analisar-se-á a ideia de acoplamento estrutural e a sua estruturação como mecanismo de irritação e comunicação entre os sistemas jurídico, identificado por ser autopoietico, na forma da teoria sistêmica; e o sistema político, bem como a sua interação com a sociedade através da estrutura da democracia participativa.

A irritação provocada pelo meio ambiente, por sua vez, irrita o sistema, contribuindo para o seu próprio processo de autoreprodução. Entretanto, cabe observar que essa irritação se delineará nos limites estabelecidos pelo código binário correspondente a aquele sistema. Para o sistema jurídico, por exemplo, toda e qualquer mecanismo de irritação decorrente do sistema político ou econômico só se estabelecerá a partir da sua configuração como lícito e ilícito, isto é, na forma que aquela irritação é juridicizada.

Quando atendidos tais pressupostos, a irritação provocada pelo ambiente é um estímulo à autopoiese do sistema, pois se insere neste através do seu próprio código binário, contribuindo para sua auto-reprodução. A própria irritação faz parte do sistema. Luhmann (1997b, p. 68), a esse respeito, afirmou que “irritações se dão sempre e inicialmente a partir de diferenciações e comparações com estruturas (expectativas) internas aos sistemas, sendo, portanto, - do mesmo modo que informação – necessariamente produto do sistema”. Isso é o que designa a “dupla complexidade do sistema”.

Portanto, o sistema deve se acomodar a uma complexidade dual, a do ambiente, e da relação entre o sistema, o ambiente e os demais sistemas através dos mecanismos acoplativos que terão o papel de estabelecer tal enquadramento (abertura cognitiva); e a dele mesmo, no seu processo interno de produção e reprodução sistêmica (fechamento operacional). Como ensina Kunsler (2006, p. 129), “se o sistema não se preocupasse em diminuir a complexidade do ambiente, selecionando elementos, e a sua própria, autodiferenciando-se, seria diluído pelo caos, por não conseguir lidar com o excesso de possibilidades”.

Para Bôas Filho (2009, p. 143), a autopoiese, portanto, “indica apenas que o sistema deve produzir e reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem a partir de um regime de clausura operacional.”

O Direito configura-se como subsistema social cuja reprodução autopoietica base se fecha operacionalmente ao redor das expectativas normativas, sem que isso implique um isolamento cognitivo em relação ao ambiente. Isso está inserido na relação entre direito e ambiente, que se identifica como “uma relação ambígua”, pois de um lado a sociedade é o próprio ambiente do direito, já que este se estabelece a partir da existência e organização mínima daquela; enquanto, por outra perspectiva, as operações jurídicas, já que se estabelecem com base na comunicação, elemento que para Luhmann

compõe em substrato o sistema sociedade, efetuam-se dentro da sociedade. (BÔAS FILHO, 2009, p. 141). O direito e a sociedade, nessa toada, se perfazem sob o mesmo elemento, a comunicação.

Vale ressaltar, que o direito na teoria luhmanniana não se preocupará com o aspecto da justiça, sob o ponto de vista individual. Para o autor, o que interessa ao direito é a garantia de um todo justo, diante da sua funcionalidade sistêmica e dos critérios que o diferenciam em relação aos demais subsistemas sociais. Palombella (2005, p. 351), discorre a respeito da preocupação com o critério de justiça proposto por Luhmann:

O direito, visto pela óptica funcional sistêmica, não tem a ver com a ótima realização de um valor. Ao contrário, visa 'otimizar' a relação entre 'os graus de realização de valores', portanto, a 'justiça' 'não encontra mais em si mesma nenhum motivo de preferência por determinados valores, mas trata os valores de modo igual e indiferente'.

Complementa o autor:

Não são as decisões individuais que podem ser definidas como justas, mas o sistema jurídico como um todo, assim como, justas, assim como, por exemplo, a qualidade de solvência de uma empresa está relacionada com sua capacidade global, e não como com um único contrato. (PALOMBELLA, 2005, p. 352).

Dessa forma, os elementos fundamentais para garantir a funcionalidade sistêmica adequada passam, primeiramente, pela definição do seu código binário (lícito e ilícito), a qual lhe garante a unidade operacional. Em um segundo momento, a partir de tal delimitação, a configuração de sua cláusula operacional autorreferencial, que irá especificar as suas funções em relação ao ambiente. Nessa toada que se designa a função do direito, qual seja, o processamento das expectativas normativas mediante a estabilização contrafática de tais expectativas. (NEVES, 2013, p. 83-85).

Assim, conclui-se que o fechamento operacional do sistema diz respeito à concepção de que as determinações do meio ambiente são inseridas no sistema apenas quando esse, de acordo com os seus critérios e código-diferença atribuí-lhes sua forma. O fechamento operacional é condição para abertura cognitiva, isto é, a relação seletiva contínua e estável do sistema com o ambiente, a ser realizada pela estrutura do acoplamento estrutural. Para Luhmann (2011, p. 132),

Nunca se deve perder de vista que o acoplamento estrutural é compatível com a autopoiesis, e que, por conseguinte, há possibilidades de influir no sistema, desde que não se atente contra a autopoiesis. Isso pode ser formulado de modo inverso: a linha de demarcação que divide o meio, entre aquilo que estimula ao sistema e aquilo que não o estimula – e que se realiza mediante acoplamento estrutural –, tende a reduzir as relações relevantes entre sistema e meio a um âmbito estreito de influência. Apenas desse modo, um sistema pode transformar as irritações em causalidades.

O sistema autopoietico denota uma relação paradoxal, entre os dois elementos que o compõe: sistema e ambiente, bem como a relação entre cada sistema com os demais sistemas existentes. O acoplamento estrutural funciona como mecanismo de irritação entre um subsistema e outro. Este, por sua

vez, reage aceitando ou não aceitando as irritações, o que denota um processo de estabilização no que tange à adaptação do sistema ao meio ambiente, perfazendo-se a conciliação entre autorreferência e relação intersistêmica. Para Germano Schwartz (2015, p. 20),

[...] a grande contribuição de Luhmann reside na proposição de que a única realidade é a realidade das observações, ou, em outras palavras, a pergunta sobre o que é real somente é possível porque existe um observador que a faça, e o 'real', somente existirá enquanto observação.

O que propõe, portanto, a teoria sistêmica é essa busca pela leitura da realidade, sob uma perspectiva simplificadora, com intuito de melhor compreender substancialmente os sistemas que compõem a sociedade.

É a partir dessa ideia inicial que Luhmann vai preocupar-se com a eficiência dos mecanismos de interação enquanto instrumentos de ampliação do observável. A teoria dos sistemas, nessa toada, oferece o arcabouço teórico para tal, pois, na medida em que ela é constituída mediante a diferenciação, ou ainda confrontação, entre sistema e ambiente, ela estabelece o meio de análise das funções sistêmicas equivalentes e dos problemas internos do próprio sistema. É sob esta perspectiva que se verifica que o fechamento operacional do sistema autopoietico é o que garante, portanto, a sua abertura cognitiva de interação com os demais sistemas sociais e com o ambiente.

Vale destacar, entretanto, que Luhmann não é peremptoriamente conclusivo, tendo em vista à sua admissão de que a teoria dos sistemas não é suficiente para dirimir todas as variáveis decorrentes do sistema jurídico. No entanto, o autor constata que a justiça não deve ser vista sob o ponto de vista individual, específico e determinado pelo caso concreto posto, mas como parte integrante de um todo sistêmico. Não é a decisão neste caso concreto que deve ser justa, mas o ordenamento, enquanto sistema, que o é.

Assim, procurar-se-á realizar uma análise do sistema representativo, como estrutura do sistema político, no sentido de identificar, primeiro, se este fornece a estrutura necessária à composição do próprio sistema político como um sistema funcional, tendo em vista que é a principal estrutura de composição do poder. Feita tal análise, diante da constatação de que a base representativa não fornece os mecanismos de irritação e interferência (acoplamento estrutural) adequados para proporcionar a auto produção e reprodução dos elementos sistêmicos da política, representando a esta uma estagnação sistêmica, sem estipular uma relação concernente entre ambiente e sistema político na perspectiva sistêmica, para posterior análise de uma proposta de reconfiguração da estrutura operacional da política.

Essa análise é essencial ao estudo da teoria dos sistemas para as relações sistêmicas entre direito e política, pois ambos se retroalimentam de tal interação, o que nos remete a configuração de um mecanismo de acoplamento estrutural adequado a composição de suas relações.

3 Estado representativo: insuficiência e contradições

Inicialmente, para o enquadramento adequado a abordagem luhmanniana sobre a composição da democracia participativa como estrutura de acoplamento estrutural entre os sistemas político, jurídico e social, deve-se estabelecer que a democracia representativa funciona como subsistema do sistema político. Tal classificação é cogente, pois a democracia representativa é fundada sob um sistema próprio de diferenciação em relação ao sistema político, apesar de enquadrada nesta enquanto subsistema. Esse pressuposto inicial é fundamental para a análise em questão.

O Estado representativo, dessa forma, dispõe de elementos próprios ao seu funcionamento, pois os seus meios de interação com o ambiente são distintos enquanto subsistema do sistema político, tendo em vista que este coloca uma multiplicidade de elementos de interação e irritabilidade seja qual for o subsistema formatado. Por exemplo, na análise de um regime político totalitário, o código binário passa do poder e não poder, presente no sistema político, para poder concentrado e poder não concentrado, próprio da constituição totalitária.

Outro exemplo, a qual é objeto do presente trabalho, é o da democracia representativa, cujo código binário apresenta-se de forma mais complexa. O poder e não poder deve estar acompanhado de códigos binários suplementares, são eles: o consentimento ou não consentimento, se for feita uma análise sob uma perspectiva formal, ou, ainda, sob um aspecto material, se é legítimo ou não legítimo.

Assim, o sistema político é gênero de subsistemas inferiores que irão delinear a forma com a qual o sistema político se perfaz. Os subsistemas, por sua vez, fornecem as estruturas próprias à realização prática da política. Para tanto, o código binário poder e não poder é insuficiente para compor as estruturas jurídicas e políticas presentes na composição do sistema político e da sua institucionalização maior, o Estado. Isso fica claro quando Luhmann (1980, p. 34-35) aborda:

[...] na legitimação de decisões trata-se, basicamente, dum estudo verdadeiro, se possível isento de perturbações dentro do sistema social. Trata-se dum aspecto do problema geral de 'como alterar as perspectivas' e da pergunta de como sistema parcial político-administrativo da sociedade pode reestruturas as expectativas na sociedade, através das suas decisões, apesar de ser apenas um sistema parcial. A eficácia desta atividade dum parte pelo todo dependerá, consideravelmente, de se conseguirem integrar novas expectativas em outros sistemas estabelecidos – quer personalidades, quer sistemas sociais, sem causar neles considerável transtorno d funções.

É a partir desta análise inicial e deste enquadramento da democracia representativa como subsistema político representativo, na forma da teoria de Luhmann, que se desenvolve a análise da democracia participativa não como subsistema, mas como estrutura de comunicação entre o sistema político, jurídico e social. A distinção que se propõe aqui é dada pelo elo comunicativo entre sistemas que a participação fornece, que edificado no modelo de democracia participativa representa um instrumento hábil de irritação legítima entre os sistemas.

Cabe, dessa forma, uma abordagem sobre o sistema representativo e a democracia representativa como subsistema do sistema político, bem como estrutura de realização do sistema político em relação ao meio ambiente.

A concepção de que a “representação é um dos parâmetros essenciais da democracia – isto é – [...] a ideia segundo a qual os governantes, que recebem seu mandato dos governados, devem agir em lugar deles é um dos axiomas fundamentais da ‘democracia representativa’” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 127) é insuficiente para uma relação legítima de poder entre o povo e os seus governantes.

O Direito, portanto, como sistema, perde o seu substrato maior, a efetividade de suas normas, diante desta realidade apartada do social vivenciada nos Estados nacionais.

Deve-se destacar, nesta toada, que o “mérito das instituições republicanas foi ter, outrora, contado com a *virtù* de que o povo é capaz e que lhe permite dedicar-lhe à coisa pública” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 109). Entretanto, diante do paradigma da representação, esse ideário, na prática, é constantemente afastado, seja por aqueles que detêm os cargos de exercício do poder representativo, sejam pelos fatores que estabelecem a *práxis* cotidiana sob a lógica da sociedade técnico-científica e do domínio das regras de mercado, fatores que exercem forte influência nas instituições política e jurídicas postas.

A prática política cotidiana oferece vários exemplos de que o corpo representativo é extremamente deficitário em atender as demandas sociais. Desta feita, a importância de se repensar os princípios que norteiam o Estado e o Direito, no sentido de construir uma fundamentação racional sobre a legitimação destas instituições, aos fins para os quais são estabelecidas, é preeminente.

De tal modo, em um formato simplista, mas atento às necessidades reais das sociedades contemporâneas, a democracia, como princípio norteador da vida em sociedade, deve estar presente nas mais diversas esferas da vida social humana. A sociedade, para tanto, deverá sofrer uma mudança radical em sua estrutura relacional entre os indivíduos para tal realização.

É sob a perspectiva neoliberal, metamorfose do liberalismo clássico, que se afirma a necessidade preeminente da representação, como a principal instância viabilizadora do regime democrático. A ideia de que o Estado e sociedade são corpos institucionais distintos, apesar do primeiro ser responsável pela regulação do segundo e pela aplicação do Direito está ultrapassada. Ao contrário, o que se observa é a necessidade do Estado em aproximar-se cada vez mais das instituições privadas, não para exercer um poder arbitrário e de dominação sobre elas, mas para construir linhas de diálogo, para aprender com elas, a fim de melhorar o teor de suas decisões, garantindo-as efetividade.

Verifica-se, a partir dessa conjectura, a necessidade de uma revisão do conceito de político, da atividade política e do próprio contrato social que estabelece os fundamentos do Estado. Cabe a lição de que para além desse modo de construção do poder político formatado no bojo da modernidade, torna-se

capital a constituição de concepções metapolíticas e metajurídicas que garantam a realização dos anseios populares, em sua maior potência. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 109).

Trata-se da realização do próprio bem comum, pois através de instituições abertas ao diálogo, com bases consoantes aos princípios de justiça, com garantia de ampla liberdade de participação e igualdade de condições, que se estabelece o caminho necessário para este fim. Höffe (2005, p. 58), assim, leciona:

Aqui vale uma entidade jurídica e de Estado, de modo mais grave: uma instituição social como legítima, tão logo ela passa a servir ao bem-estar da respectiva comunidade: '*Salus Populi, suprema lex.*' O discurso de um interesse social, respectivamente de um bem estar-social ou bem-estar geral encobre, porém, que um grupo ou comunidade não é neste sentido, uma formação homogênea de tal modo que o bem-estar de uns se harmonize sem problema com o de outros.

Essa ideia que aponta para o tom do debate político em essência e transcende a concepção legitimadora da representação, aponta para a edificação de um discurso racional que busque o bem-estar social. Este fim só pode ser alcançado, ou implementado igualmente, diante das limitações do Estado, se construído com a própria sociedade, que cria e debate os critérios de validade e de conteúdo das normas.

[...] a dimensão metafísica da potência é pressuposto ontológico de um regime político do qual a *multitudo* (ou seja, o 'povo') é o fundamento e a engrenagem essencial. Por conseguinte, o povo, na medida em que 'estes sejam independentes e levem uma vida honrada', dá a si mesmo, por meio de seus próprios sufrágios, a lei que o governa e não tem outro objetivo senão a ordem pública e o bem comum. A democracia é o lugar da autodeterminação e da autonomia – por isso, a República, assumindo uma forma democrática, não poderia ter outro fim senão a liberdade. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 146).

Remete-se, portanto, à concepção de democracia de Espinosa, sob a qual, em síntese, observa que tal teoria democrática seria o reencontro, ou a reestruturação, de um Estado que objetiva a garantia ampla da liberdade do indivíduo, característica inerente da sua própria natureza, para que este possa realizar uma opção (sem prejudicar a si mesmo ou a outrem) sob o prisma da razão.

O Direito deve, portanto, ser constituído pelo que for essencial à comunidade, destinatária daquele determinado conjunto de normas. Isso, todavia, só é possível se tal Ciência Jurídica for realizada definitivamente com espaço para a reconstrução permanente do que é o melhor para a sociedade. Portanto, "consequentemente, uma coisa é mandar e cuidar da república segundo o Direito, outra é mandar da melhor maneira e governar da melhor maneira a república" (ESPINOSA, 2009, p. 43).

Defende-se neste estudo que este ideal, em grosso modo, pode ser concretizado através de instrumentos de participação constantes, em que os melhores argumentos possam ser levantados por todos aqueles que queiram contribuir para uma decisão legítima.

Neste ponto, vários ensinamentos de Espinosa são relevantes. Primeiramente, o autor coloca que

[...] se numa cidade reina mais a malícia e se cometem mais pecados do que noutra, é seguro que isso nasce de essa cidade não providenciar o bastante pela concórdia nem instituir os direitos com suficiente prudência e, conseqüentemente, não manter o Direito de cidade absoluto. Porque um estado civil que [...] as lei são com frequência violadas, não difere muito do próprio estado natural, onde cada um vive consoante o seu engenho, com grande perigo de vida. (ESPINOSA, 2009, p. 44).

A partir dessa assertiva, depreende-se a perspectiva de que um ambiente de participação ampla é essencial à harmonia do próprio Estado e do Direito. Seguindo o seu pensamento, Espinosa complementa: “aquela cidade cuja paz depende da inércia dos súditos, os quais são conduzidos como ovelhas, para que aprendam só a servir, mais corretamente se pode dizer uma solidão do que uma cidade.”

Nesta toada que aponta como pressuposto da democracia a ideia de dissenso, deve vir acompanhada com “disposição para o consenso”, pois só a partir da “concórdia” social, para usar um termo de Espinosa, é que se constrói um Estado legítimo, em consonância com o aspecto da liberdade dos seus integrantes.

De tal modo, o povo deve cultivar o senso de responsabilidade perante a coisa pública, que servirá como mitigação à exclusividade do exercício do poder pelo corpo representativo, já que para a democracia: “os eixos centrais – a cidadania, o sufrágio e a lei – destinam-se filosoficamente a jugular as paixões pela razão. Nesse sentido, numa democracia os homens não têm outros senhores senão eles mesmos” (GOYARD-FABRE, 2003, p. 146).

No Estado democrático deve-se atentar para a preservação do próprio estado de natureza do indivíduo, uma vez que nele

[...] ninguém transfere o seu direito natural a outro, de tal maneira que não tenha mais que ser consultado em seguida; ele o transfere – ao máximo – à maioria da sociedade da qual ele mesmo faz parte. E nessas condições, todos permanecem iguais, como eram antes no estado de natureza. (ESPINOSA, 2014, p. 287).

Assim, denota-se a figura do Estado como instância máxima da razão, que se perfaz como instrumento de realização do bem comum e dos princípios da liberdade e da igualdade, componentes da natureza humana. O Estado como instância da razão é onde o indivíduo alcançaria a real liberdade ao dar o seu inteiro consentimento às diretrizes estatais, fundado na razão.

É sob esse panorama inicial que a reflexão sobre a instituição dos fundamentos de um Direito legítimo, consoante com base comunicativa, utiliza a democracia participativa como postulado para o processo de legitimação. Conforme aponta Herrero (2009, p. 171):

E na medida em que descobrimos e *tomamos consciência* dos pressupostos transcendentais e do princípio moral, implicados no discurso argumentativo, perguntamos: qual o significado desses pressupostos e do princípio moral do discurso para a situação real na qual vivemos e queremos continuar a viver. Perguntamos, pois pelo significado do princípio moral para a práxis histórica transformadora da sociedade. (grifo original)

Desta forma, visa-se discutir as bases do poder como forma do agir coletivo, em sua concepção mais ampla, bem como do agir institucional, trazendo a abordagem filosófica para a realidade do Direito. As duas investidas são importantes ao desenvolvimento do trabalho, pois a política e o Direito encontram-se imbricadas de tal forma que não podem ser dissociadas em uma análise sobre os seus fundamentos.

A primeira busca uma teoria normativa das instituições sociais, isto é, visa refletir sobre a fundamentação e a validade das estruturas institucionais construídas socialmente em prol da coletividade humana. Já o Direito, sob a égide da Filosofia do Direito, trata da reflexão sobre a constituição de uma instituição fundamental para a existência social, através de uma estrutura baseada na ordem e na coerção, como instrumento de aplicabilidade das normas de convívio social. Objetiva, portanto, esta última, regular as ações humanas para que haja efetivamente uma convivência minimamente pacífica.

4 Democracia participativa e acoplamento estrutural

Por fim, deve-se concluir que a política e o Direito encontram-se numa relação necessária, que, por isso mesmo, a Constituição, deve ser aplicada levando-se em consideração o ambiente de interação e a fronteira tangencial entre esses dois sistemas. Portanto, a construção de instrumentos de participação sob o invólucro da democracia participativa está sob a ordem do dia, como desafio aos governantes em legitimarem as suas decisões perante as novas demandas sociais e a crescente sede de participação daqueles que historicamente foram excluídos.

Ao tempo que a democracia é a ferramenta desse Estado de direito contemporâneo é também o instrumento para o constitucionalismo do futuro, a qual se consubstancia na ideia de proposição e controle de políticas, bem como no meio essencial para a realização da justiça, no cotidiano institucional. Höffe (2005, p. 131) considera a democracia participativa a “perfeição da democracia executora de poder, – na qual – o povo não se constitui apenas como eleitorado temporário, eventualmente acompanhado de constantes pesquisas de opinião política, mas como ator da política”.

A realização de tais estruturas encontra abrigo na aceitação social, logo, uma sociedade inserida ao processo de deliberação política, amplamente participativo e aberto aos diversos atores envolvidos, em relações de igualdade, tende a produzir direcionamentos mais eficazes à realização de direitos, almejados e propostos pela população.

Essas estruturas encontram abrigo no que Santos (2011, p. 249) irá denominar de um “novo senso comum emancipatório”, que se relaciona com um painel amplo de conhecimentos destinados à realização da solidariedade, a ser “[...] complementada pela invenção de subjectividades individuais e

coletivas, capazes e desejosas de fazerem depender a sua prática social dessa mesma constelação de conhecimentos”.

É sob este prisma que se delinea a figura um novo paradigma emergente que visa transformar a relação entre o povo e o Estado, entre a sociedade e os bens públicos e sociais que este deve administrar. Por isso que a superação das definições de povo, principalmente no que tange ao “povo ativo”, trazidas por Friedrich Müller devem ser superadas. Trata-se, pois, frente à perspectiva de revolução paradigmática, de se delinear um conceito amplo que busque estar atento ao resgate cultural das sociedades em sua essência, apontando para uma reinvenção solidária do Estado.

Nessa acepção paradigmática, Santos utiliza o arquétipo denominado por “Sul”, para ilustrar o teor revolucionário que esta concepção pode ter. Para ele, “[...] o Sul como *metatopos* que preside a constituição do novo senso comum ético enquanto parte integrante da tópica para a emancipação”. Esta colocação aponta para a realocação de Estados e populações inteiras que historicamente foram excluídas pelas instâncias de dominação e poder hegemônicos e os põem como produtores de novas formas de convívio e de cidadania. Traz em seu bojo, o fracasso das instituições políticas e jurídicas reinantes e propõe um novo horizonte metodológico para a política e a democracia. Assim, “[...] o Sul também é aqui usado como uma metáfora cultural, isto é, como um lugar privilegiado para a escavação arqueológica da modernidade, necessária à reinvenção das energias emancipatórias e da subjectividade da pós-modernidade” (SANTOS, 2011, p. 367).

Segundo C. B. Macpherson (1978), para discutir um modelo próprio de democracia participativa deve-se transpor o ideal político liberal. Para ele, não há como trabalhar com a delineação de uma estrutura amplamente participativa de poder se não pensarmos em uma mudança nas estruturas que formam a sociedade moderna. Disso denota a sua preocupação com a realização de um sistema democrático em larga escala em sociedades complexas e densamente povoadas como são as nações atualmente. (MACPHERSON, 1978, p. 98-101).

Assim, Macpherson defende um sistema que proporcione a coexistência entre as instâncias representativas e a participação direta dos cidadãos. Para tanto, delinea dois modelos de democracia participativa, os quais serão implementados se configurados dois pré-requisitos essenciais. O primeiro destes requisitos é a mudança na consciência do povo, que, segundo ele, no lugar de se ver e agir como essencialmente consumidor, deve “ver-se e agir como executor e desfrutador da execução e desenvolvimento de sua capacidade”. (MACPHERSON, 1978, p. 102).

O segundo requisito é a considerável diminuição da desigualdade econômica e social vivenciada, haja vista que a desigualdade exige uma estrutura partidária e não participativa para se manter coesa à sociedade. Para Macpherson (1978, p. 103), a desigualdade só pode ser aceita em um sistema político não participativo, pois a redução da desigualdade econômica e social só é possível com forte ação

democrática. Para ele, da mesma forma que a democracia participativa depende da mudança de consciência da população e da diminuição drástica das desigualdades econômicas e sociais, tais mudanças só seriam realizadas sob uma estrutura de ampla participação democrática.

O primeiro modelo de um sistema participativo descrito por Macpherson é centralizado no esquema de uma pirâmide, em que a democracia direta figuraria na base, nas relações sociais cotidianas dos indivíduos, como as relações de vizinhança e na indústria; e a democracia por delegação estaria nas camadas superiores. Segundo Macpherson (1978, p. 110):

Assim, começaríamos com a democracia direta ao nível de fábrica ou vizinhança – discussão concreta face a face e decisão por consenso majoritário, e eleição de delegados que formariam uma comissão no nível mais próximo seguinte, digamos, um bairro urbano ou subúrbio ou redondezas. Os delegados teriam de ser suficientemente instruídos pelos que os elessem, e responsáveis para com eles de modo a tomar decisões em nível de conselho em caráter razoavelmente democrático.

Trata-se de um enfoque abstrato, como bem leciona o autor, o que traz diversos problemas para a sua realização, destacando-se no centro destes a intensa divisão e oposição de classes. Se por um lado essa divisão exige que o sistema político, a fim de manter a sociedade unificada, procure preencher a função de contínua conciliação entre os interesses de classes, impossibilitando, por sua vez, a responsabilização dos níveis superiores eleitos em relação às camadas inferiores. Por outro lado, a própria estrutura de classes desestimula a participação dos que se situam nos estratos inferiores, tornando-os relativamente inoperantes. (MACPHERSON, 1978, p. 112-113).

Para o autor a solução mais plausível a estes problemas está na conjunção entre o sistema piramidal, proposto inicialmente, e o de partidos competitivos. A sua colocação se perfaz com a preocupação enquanto a aplicabilidade prática de um regime democrático que proporcione a harmonia entre as demandas sociais mais urgentes e a abertura para a participação política.

Por fim, o estudo de Macpherson se comunica com o de Carole Pateman (1992, p. 68-114) que apresenta os fundamentos da sua teoria da democracia participativa sob o fundamento da necessária construção de uma cultura de participação. Após o estudo sobre a importância da participação na indústria, ela conclui que a realização da participação na esfera do trabalho contribui tanto para o desenvolvimento de uma cultura societal de participação, bem como para a reconfiguração das relações de trabalho e produção, o que denota fatores positivos tanto para patrões como empregados. Para a autora,

Foi apresentada, agora, a evidência para apoiar o argumento da teoria da democracia participativa de que a participação em estruturas de autoridade não-governamentais é necessária para alimentar e desenvolver as qualidades psicológicas (o sentimento de eficiência política) requeridas para a participação a nível nacional. Também foi citada a evidência para apoiar o argumento de que a indústria é

a esfera mais importante para que ocorra essa participação, e isso nos fornece a base para uma possível explicação de por que os baixos níveis de eficiência têm maior probabilidade de serem encontrados entre os grupos de baixa condição sócio-econômica. (PATEMAN, 1992, p. 72).

Através da configuração de uma cultura de participação na indústria, a autora prescreve diversas conclusões interessantes, que corroboram com a realização dos princípios da solidariedade, cooperação e responsabilização, característicos da democracia participativa. Verificou-se, através do estudo de Pateman (1992, 75-88), que houve um aumento de harmonia e senso de cooperação entre os participantes das experiências participativas nas indústrias da Iugoslávia. O processo de aprendizado inserido na participação também é salutar para o reposicionamento social de ambas as classes.

Assim, da mesma forma que se identificou as possibilidades inseridas na configuração da cultura de participação, como observado no estudo da autora, aponta-se para a ampliação de tal perspectiva para necessário ao processo de repolitização do Estado e da sociedade. Pelas lições de Pateman (1992, p. 130), “a experiência da tomada de decisão no nível mais baixo da administração pode funcionar como um treinamento inestimável para a participação na tomada de decisões nos níveis mais altos”.

Dessa forma, propõe-se a ideia de que para a realização de uma cultura política comprometida com ideias de justiça e de igualdade e solidariedade, torna-se necessária a realização de uma cultura da participação na sociedade contemporânea. Somente a partir de tal perspectiva, podemos implementar um sistema político verdadeiramente democrático, no seu mais alto grau e condizente com as perspectivas demandadas ao direito à política e ao Estado.

Valendo-se da Teoria dos Sistemas sob a perspectiva desenvolvida por Niklas Luhmann, pode-se compreender que é pertinente a tese de que o subsistema da “democracia representativa” – enquanto diferenciação do sistema político – esgotara suas possibilidades evolutivas, por conta de reiterada falha comunicativa frente ao sistema social, permanentemente observado na condição de ‘meio’ e, portanto, de ‘outro’, não portador do mesmo código e dos mesmos programas.

Dessa proposição, amolda-se a necessidade de um novo subsistema, a perfectibilizar o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema social: a “democracia participativa”. O mecanismo da “democracia participativa” é explicitado como apto a conduzir novas possibilidades evolutivas ao sistema político, por permitir um espaço compartilhado, em código e programas idênticos, entre as diferenciações do sistema social global da cidadania ativa e da dinâmica de decisões influenciadas pelo maior número possível de agentes; noutras palavras, a “democracia participativa” induz uma interseção entre os sistemas social e político, cifrando uma linguagem comum a ambos.

5 Considerações finais

O lapso de integração intersistêmica é sempre um lapso comunicacional. De modo que é possível examinar a insuficiência do paradigma da representação política como, em verdade, uma comunicação truncada entre os sistemas social, político e jurídico, que transparece, essencialmente, na inexistência de um mecanismo estrutural, comum a ambos os sistemas, que possa acoplá-los.

Todo esse panorama é entendido como desvirtuação, num Estado Democrático de Direito, à medida que a representação política e aqueles que estão representados deveriam, ao menos idealmente, comunicar-se de modo livre e com fluidez, reconhecendo-se na condição de pertencentes a um mesmo sistema.

Por fim, estabelece-se uma possibilidade de acoplamento estrutural entre os sistemas político e social, através da estrutura da “democracia participativa”, a exemplo do atrelamento que a Constituição concebeu aos sistemas político e jurídico. O subsistema da “democracia participativa” deslocaria o que antes era observação externa (observação de outro sistema) a observação interna. Noutros termos, os sistemas político, social e jurídico contariam possibilidade direta de coevoluir, porque existiria autoreferência – uma interseção contínua de reprodução de comunicações – e não mais mera informação sobre o ‘meio’.

A “democracia participativa” faz emergir a sociedade como cidadania ativa e, portanto, elemento inscrito no sistema político, distinguível pelo código poder/não poder. Ao mesmo tempo em que, de outro lado, traz à tona a política como democracia, forma de participação do máximo possível de agentes numa decisão sobre interesses comuns, elemento matriculado no sistema social, distinguível pelo código geral comunicação/não comunicação. Nessa base, torna-se fator de conexão e reprodução das comunicações entre os sistemas político e social, evitando a heterorreferência que, historicamente, os tornou distantes um do outro.

Referências

BELMONTE, Roberto Villar. **A teoria da comunicação autopoietica de Niklas Luhmann**. Artigo de conclusão da disciplina Teoria da Comunicação e Informação ministrada no primeiro semestre de 2013 no PPGCOM/UFRGS. Disponível em <<https://villar21.wordpress.com/2013/11/01/a-teoria-da-comunicacao-autopoietica-de-niklas-luhmann/>>. Acesso em: 13 fev 2016.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado Político**. Tradução: Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ESPINOSA, Baruch de. **Tratado teológico-político**. Org.: J. Guinsburg; Newton Cunha; Roberto Romano. Trad.: J. Guinsburg; Newton Cunha. São Paulo: Perspectiva, 2014.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. Tradução: Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

- HERRERO, Javier. Ética do Discurso. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (Org.). **Correntes fundamentais da ética contemporânea**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 163-192.
- HOBBS, Leviathan. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Trad.: Rosina D'Angina, 2. ed. São Paulo: MartinClaret, 2012
- HÖFFE, Otfried. **Justiça Política**: fundamentação de uma Filosofia crítica do Direito e do Estado. Trad.: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- KUNZLER, Caroline de Moraes. A teoria dos sistemas de niklas luhmann. In: **Estudos de Sociologia**. N. 16. Araraquara, 2004, p. 123-136. Disponível em <seer.fclar.unesp.br/estudos/article/download/146/144>. Acesso em: 13 fev 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução: Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. Tradução: Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 1997a.
- LUHMANN, Niklas. O conceito de sociedade. In: NEVES, C. B.; SAMIOS, E. M. B.(Org.). **Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas**. Porto Alegre: Ed. UFRGS, 1997b.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- MACPHERSON, C. B. **A democracia liberal**: origens e evolução. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução: Maurício Santana Dias. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2010
- PATEMAN, Carole. **Participação e teoria democrática**. Tradução: Luiz Paulo Rounet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011.



A EXIGIBILIDADE JUDICIAL DO DIREITO À EDUCAÇÃO: uma análise à luz das teorias de justiça de John Rawls e Ronald Dworkin

Leonardo Nascimento Rodrigues¹

Vanessa Rocha Ferreira²

RESUMO: No direito positivo, tanto em nível constitucional como infraconstitucional, o direito à educação se encontra plenamente resguardado, havendo dispositivos legais que conferem a todos os brasileiros o acesso a este direito fundamental. Nada obstante, quando se analisa a realidade social, o que se observa é um cenário bem diferente do previsto na ordem jurídica, haja vista a constatação de que milhares de pessoas em nosso país não possuem este direito plenamente atendido, sobretudo, em razão da omissão do Poder Público. A fim de ilustrar o exposto, chama atenção um estudo feito em agosto de 2012 pela UNICEF, em que ficou constatada a existência de 3,8 milhões de crianças fora da escola no Brasil. Dessa forma, o objeto do presente trabalho é tentar demonstrar, através de uma metodologia interdisciplinar e de uma pesquisa teórica, os fundamentos filosóficos para justificar a exigibilidade judicial do direito à educação, tomando como base as Teorias da Justiça de John Rawls e Ronald Dworkin. Note-se, pois, que não se pretende discutir questões que usualmente se colocam quando se trata de controle jurisdicional de políticas públicas, tais como, separação de Poderes, caráter programático das normas de direitos fundamentais etc. Na verdade, a discussão ora travada é anterior a tudo isso, já que o dever moral (de distribuição justa dos direitos e encargos na sociedade) precede ao normativo, referindo-se aos objetivos que justificam a própria existência do Estado.

Palavras-chave: Exigibilidade Judicial. Direito à educação. Teorias da justiça.

ABSTRACT: In positive law, even constitutional level as infraconstitutional, the right to education is fully safeguarded, with legal provisions that give all Brazilians access to this fundamental right. However, when analyzing the social reality, what is observed is quite different from the scenario envisaged in the legal system, considering the fact that thousands of people in our country do not have this right fully met, mainly because of the omission of the Government. To illustrate the above, draws attention to a study in August 2012 by UNICEF, which was found to contain 3.8 million children out of school in Brazil. Thus, the present work object is to try to demonstrate,

1 Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhangüera. Advogado. Procurador Autárquico e Fundacional do Estado do Pará. Professora na Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). leonardonrodrigues@hotmail.com.

2 Doutora em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ). Especialista em Direito Processual pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Advogada. Professora na Universidade da Amazônia (UNAMA/PA). Vice coordenadora do Departamento de Direito do Trabalho da Escola Superior de Advocacia (ESA - OAB/PA). vanessarochaf@gmail.com.



through an interdisciplinary methodology and theoretical research, the philosophical underpinnings to justify the legal enforceability of the right to education, based on the Justice Theories of John Rawls and Ronald Dworkin. Note, that it is not intended to discuss issues that usually arise when appear questions about judicial control of public policies, such as separation of powers, programmatic fundamental rights standards etc. In fact, the discussion now locked is prior to all this, because the moral duty (fair distribution of duties and taxes in society) precedes the normative, referring to the objectives justifying the existence of the State.

Keywords: Enforceability. Right to education. Theories of justice

1 Introdução

Não é novidade que o direito à Educação possui ampla proteção no ordenamento jurídico pátrio, tanto em nível constitucional como infraconstitucional. Em relação a este último, ressaltem-se as disposições contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação e no Plano Nacional da Educação, as quais não apenas resguardam o direito dos indivíduos de terem acesso à educação, como também preveem deveres e metas a serem cumpridas pelo Poder Público.

Ocorre que, a despeito de tudo isso, não são raros os casos em que a administração pública não cumpre o seu mister, preferindo destinar verbas públicas para setores menos importantes ou mesmo para simplesmente bancar gastos supérfluos da máquina pública.

Como resultado, a UNICEF (Fundo Internacional de Emergência para as Crianças) recentemente divulgou o resultado de um amplo estudo realizado em 2012, pelo qual ficou constatado que em nosso país existiam nada menos que 3,8 milhões de crianças fora da escola, um número absolutamente assustador!

Em razão disso, defende-se a possibilidade da exigibilidade judicial do direito à educação, ou seja, a prerrogativa do indivíduo requerer que o Poder Judiciário imponha, notadamente, ao Executivo o atendimento deste direito.

Ocorre que, em se tratando do controle jurisdicional de políticas públicas, os debates geralmente se concentram nos seguintes assuntos: separação de poderes, reserva do possível, caráter programáticos das normas de direitos fundamentais etc.

Entendemos, por outro lado, que as questões levantadas acima são secundárias, na medida em que a justificativa para se impor ou não ao Estado o cumprimento do seu dever de prover educação a todos os indivíduos deve ser analisado, antes de tudo, sob o ponto de vista filosófico ou moral. Neste contexto, analisaremos duas das teorias de justiça mais importantes da atualidade, as preconizadas por Rawls e Dworkin.

A teoria desenvolvida por Rawls tem como nítido objetivo contrapor uma concepção de justiça distributiva até hoje ainda muito utilizada pelos governantes, denominadas de *Utilitarismo*.

Nela, não se preocupa em atender ao indivíduo em todas as suas necessidades, mas sim em contemplar, tão somente, uma vontade geral da comunidade, auferida através de um cálculo de maximização do bem-estar. Rawls, por sua vez, desenvolveu uma teoria que pretende atender as individualidades de cada pessoa, ainda que contraste com os anseios da maioria.

Já na teoria de justiça criada por Dworkin, o Estado tem o dever de dar a todos os indivíduos as mesmas oportunidades, cabendo, também, a ele atender as necessidades de cada um de acordo com o seu plano de vida.

Dessa forma, analisaremos cada uma das teorias mencionadas acima, demonstrando como as mesmas podem fundamentar a exigibilidade judicial do direito à educação, principalmente nos casos de omissão do Poder Público.

2 Delimitando a discussão

A Constituição Federal instituiu em seu art. 6º, um rol de direitos sociais, considerados de segunda geração, os quais necessitam da atuação positiva do estado para a sua devida efetivação. Em outras palavras, para a observância desses direitos, caberá ao Poder Público a prática de prestações materiais consistentes em políticas públicas que possam atender a integralidade do corpo social.

De acordo com doutrina, os Direitos Sociais surgiram no período pós-segunda grande guerra, num contexto de extrema desigualdade, em que o amparo e proteção dos mais pobres e oprimidos necessitava de atuação positiva dos Estados. A partir de então, passaram a ser consagrados nos textos constitucionais os direitos sociais do indivíduo, ocasionando, por consequência, um dever de prestação estatal. A esse respeito, seguem as palavras de Cunha Júnior, para quem:

Os direitos sociais, em suma, são aquelas posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitem realizar a igualização de situações sociais desiguais, proporcionando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais. (CUNHA. 2009, 715)

Dentre os direitos previstos no art. 6º da CF/88 destaca-se o direito à educação, que se entende ser primordial para o pleno desenvolvimento de determinado corpo social.

Na verdade, seria desnecessário discorrer acerca da essencialidade deste direito, o que já foi feito por diversos outros autores, bastando que se compreenda, para o entendimento da ideia exposta neste trabalho, que o Direito à Educação compõe o núcleo mínimo de direitos que devem ser conferidos e

efetivados, sem os quais jamais se poderá falar em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, a despeito do exposto no parágrafo anterior, é flagrante a omissão do Poder Público no atendimento a este direito fundamental.

Em agosto de 2012, em último estudo abrangente sobre o assunto, a UNICEF, órgão ligado à ONU (Organização das Nações Unidas), divulgou que no Brasil existiam cerca de 3,8 milhões de crianças fora das escolas. Neste mesmo relatório ficou evidente a desigualdade de acesso e permanência na escola quando comparamos determinados grupos sociais. Assim, enquanto que 30,67% das crianças brancas têm idade superior à recomendada para os anos finais do ensino fundamental, entre as crianças negras esse percentual chega a 50,43%.

Da mesma forma, nas famílias com renda *per capita* de até $\frac{1}{4}$ de salário mínimo, o percentual de crianças em idade superior ao considerado ideal ao término do ensino fundamental é de 62,02%. Já nas famílias com renda *per capita* superior a 02 salários mínimos, esse percentual é de 11,52%.

Por tudo isso, é evidente a necessidade de medidas que concretizem o direito à educação, em razão da omissão e/ou ineficiência das políticas públicas nesta área, pelo que entendemos ser plenamente possível a exigibilidade judicial desse direito, ou seja, a possibilidade de o indivíduo ingressar na via judiciária reclamando uma conduta positiva por parte do Poder Público, a fim de lhe assegurar o atendimento a este seu direito.

É certo que a temática relativa ao controle jurisdicional de políticas públicas geralmente envolve discussão em torno de questões como a violação ao princípio da separação de poderes, reserva do possível, etc³.

Com efeito, não trataremos de enfrentar estas questões no presente trabalho, não apenas em decorrência da sua limitação espacial, mas, sobretudo, por entendermos que já há arcabouço doutrinário suficiente para superar estas discussões, sempre no sentido da possibilidade de intervenção judicial no âmbito das políticas públicas.

Na verdade, o objeto de investigação do presente artigo repousa na demonstração das bases filosóficas que justificam a existência de um dever por parte do Estado de prestar, de maneira plena, os

3 A esse respeito, seguem as palavras de Mendes e Branco (2012, p. 677-678): Embora os direitos sociais, assim como os direitos e as liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, de formulação de políticas públicas para se tornar exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financiamento possível.

direitos sociais, notadamente o direito à educação, o que abre espaço, aí sim, para o eventual ingresso no Poder Judiciário.

Assim, observe-se, pois, que a discussão ora travada é anterior ao que usualmente se discute neste tipo de debate, já que o dever moral (de distribuição justa de direitos e encargos na sociedade) precede e independe ao normativo (modelo de separação de poderes no texto constitucional, vinculação do Estado às leis orçamentárias, etc.), referindo-se aos objetivos que justificam a própria existência do Estado.

Neste viés, analisaremos o modelo de justiça distributiva defendida por Rawls e Dworkin, dois dos maiores filósofos contemporâneos, cujos ensinamentos servem de base para as discussões atuais de filosofia política.

É importante elucidar que desde Aristóteles já se falava em Justiça Distributiva (2000, p. 103-127), porém, a concepção atual foi drasticamente reformulada por Rawls, cuja teoria da justiça é considerada um marco para a concepção atual de distribuição de bens e encargos dentro de sociedade.

Fleischacker elenca cinco premissas essenciais da moderna concepção de justiça distributiva. São elas:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada. (FLEISCHACKER. 2006, p. 12).

Ao propor uma distribuição equânime dos chamados bens *primários*, considerando, ademais, ser atribuição do Estado proceder a esta distribuição, Rawls rompeu com a tradição clássica do liberalismo, assentada na propriedade privada e na meritocracia, motivo pelo qual denominou sua teoria de *Justiça como Equidade*.

Posteriormente, esse mesmo ideal foi aprimorado por Dworkin, através da sua teoria denominada de *Igualdade de Recursos*, exposta em uma de suas principais obras, *A Virtude Soberana*.

Dessa feita, a análise desses dois filósofos se mostra essencial para a compreensão do dever estatal de conferir o atendimento pleno do direito à educação a todos os indivíduos, consoante será demonstrado nos itens II e III deste trabalho.

3 O direito à educação e a justiça como equidade de John Rawls

No tópico precedente, ressaltamos a essencialidade e o caráter fundamental do direito à educação, o qual compõe o núcleo mínimo de direitos que devem ser conferidos ao indivíduo, a fim de satisfazer plenamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

Convém, agora, demonstrar de que forma a assertiva acima encontra respaldo na filosofia de Rawls, exposta em seu livro mais importante, intitulado *Uma Teoria da Justiça*, o que poderá servir de base argumentativa para a exigibilidade judicial desse direito.

Em primeiro lugar, importa destacar que, antes mesmo de apresentar efetivamente sua teoria, Rawls tenta desconstruir uma importante corrente político-filosófica ainda muito utilizada pelos governos atuais, chamada de *Utilitarismo*.

Para Kymlicka (2006, p.11) “O Utilitarismo, na sua formulação mais simples, afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Assim, os utilitaristas defendem que o Estado deverá promover o bem-estar da coletividade levando em consideração o chamado *cálculo de maximização do bem*, pelo qual são observadas as preferências de cada pessoa, cabendo ao Poder Público optar por aquela que satisfaz o maior número possível de indivíduos.

O inconveniente desta teoria seria o fato de que “[...] as preferências de algumas pessoas não serão satisfeitas se estiverem em conflito com o que maximiza a utilidade de maneira geral. Isso é infeliz”. (KYMLICKA. 2006, p.11).

Dito de outra forma, o *Utilitarismo* peca por não se preocupar em atender ao bem-estar de todos os indivíduos, bastando que seja satisfeito o maior número possível de pessoas.

Linhas atrás, informamos que essa corrente doutrinária é muito utilizada pelos governos atuais. Para ilustrar, valemo-nos das palavras de Brito Filho, o qual, tratando sobre o *Utilitarismo* e relacionando-o com o direito à educação, assim dispõe:

Lançando mão de um exemplo que também sempre utilizo, é o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, que é um direito indispensável do ser humano, atingindo essa exclusão, via de regra, as mais necessitadas” (2015).

Rawls, por outro lado, entende que uma teoria da justiça adequada não pode aceitar que alguns indivíduos sejam sobrepujados por outros, cabendo ao Estado a distribuição igualitária dos chamados *bens primário*, a fim de que todos os indivíduos possam alcançar o seu plano de vida.

Na verdade, a base do pensamento Rawlsiano exposto acima provém da filosofia kantiana, pela qual o ser humano deve ser visto como um fim em si mesmo, jamais como meio para que outros indivíduos alcancem seus objetivos.

Dessa forma, medidas como a ilustrada acima, em que um governo se sente orgulhoso por garantir 90% das crianças dentro das escolas não podem ser aceitas como uma postura política justa, posto que seria obrigação do ente estatal garantir que 100% das pessoas tivessem acesso a este direito fundamental.

A linha de raciocínio exposta acima já seria suficiente para fundamentar o ingresso de um indivíduo na via judiciária, a fim de exigir do Estado o cumprimento do seu direito à Educação.

Nada obstante, para o fechamento da ideia proposta no presente tópico, necessário que adentremos mais a fundo no pensamento de Rawls, o que será feito a partir de agora.

Rawls começa a explicar a sua teoria afirmando que “[...] a justiça é a virtude primeiro das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (2008, p.4). E complementa: “Por mais elegante e econômico que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (idem)

A partir dessa premissa, Rawls começa a delinear a sua teoria, expondo quais os princípios de justiça que devem reger a atuação das instituições sociais básicas no momento da distribuição dos bens e encargos dentro da sociedade.

Segundo Rawls, a escolha desses princípios se daria a partir de uma situação hipotética, na qual os membros representativos dos diversos grupos que compõem uma determinada sociedade se encontrariam reunidos para discutir e elegê-los. A essa condição inicial de eleição dos princípios de justiça, Rawls denomina de “posição original”.

Importante destacar que, segundo o autor, para que os referidos princípios sejam escolhidos de maneira justa, ou seja, sem a interferência de interesses pessoais ou de determinado grupo dominante, os membros dessa eleição devem ficar cobertos pelo chamado “véu de ignorância”, situação em que as pessoas desconhecem as suas próprias condições pessoais, incluindo sexo, raça, posição social, situação econômica, etc.

A propósito, é em virtude dessa situação de igualdade dos indivíduos na posição original que a teoria de Rawls é conhecida como *Justiça como Equidade*, ou seja, pelo fato de não haver diferenciação entre as pessoas no momento de escolher a forma com que os bens e encargos seriam distribuídos na sociedade.

Pois bem, utilizando do procedimento exposto acima, segundo Rawls, seriam eleitos dois princípios de justiça, cujas versões finais seriam as seguintes.

Primeiro Princípio:

Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. (2008, p. 376)

[...]

Segundo Princípio:

As desigualdades econômicas e sociais devem ser dispostas de modo a que tanto (a) se estabeleçam para o máximo benefício possível dos menos favorecidos que seja compatível com as restrições do princípio de poupança justa, como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (2008, p. 100)

Importa destacar que Rawls coloca os aludidos princípios em ordem léxica, de modo que o primeiro precede o segundo.

O primeiro princípio reflete a importância da liberdade na teoria política de Rawls, sendo certo que essas liberdades devem ser iguais entre as pessoas, admitindo-se a sua restrição apenas se for em benefício do próprio sistema total de liberdades.

O segundo princípio, como visto, se divide em dois: (a) o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e (b) o princípio da diferença.

O princípio da igualdade equitativa de oportunidades tem por objetivo garantir que todos tenham acesso, de forma equitativa, aos cargos e posições disponíveis (RAWLS. 2008, p. 100).

Já o princípio da diferença está ligado diretamente aos bens primários, na medida em que possibilita uma distribuição equitativa dos mesmos, admitindo-se situações de desigualdade na sociedade somente se puderem acarretar benefício para todos, sobretudo, aos menos favorecidos (RAWLS. 2008, p. 184).

Neste mesmo sentido:

Note-se que o princípio da diferença traduz uma concepção de igualdade de recursos ou de “bens primários” – tais como direitos e liberdades básicas, renda, riqueza e posições de responsabilidade em instituições econômicas e políticas – e não uma concepção de igualdade de resultados e de bem-estar. Em uma concepção de igualdade de recursos, trata-se de assegurar uma distribuição *equitativa* (não necessariamente igual) de recursos escassos e somente admitir desigualdades que sejam aceitáveis segundo um critério de justiça. (VITA, 1993, p.)

Verificado, portanto, que o princípio da diferença assegura uma distribuição equitativa de bens primários, de modo que nenhuma pessoa poderá ficar desprovida de um mínimo de recursos que lhe proporcione uma vida digna, convém, agora, destacar o que seriam esses bens primários.

Conforme extraído da própria obra de Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, esses bens primários seriam coisas que todos os indivíduos racionais presumivelmente querem, ou seja, são bens que normalmente têm utilidade, sejam quais forem os planos racionais de vida das pessoas.

Relacionando a doutrina filosófica de Rawls com o sistema jurídico contemporâneo, podemos identificar esses bens primários, no plano internacional, como os direitos humanos e, no plano interno, como os direitos fundamentais. Neste sentido, entende Brito Filho. Vejamos:

A quem principalmente cabe garantir os bens primários está claro, pelo que, no caso do Brasil, seriam os entes públicos, nos diversos níveis da federação, nos termos estabelecidos pela Constituição da República.

Faltaria, no entanto, indicar quais seriam os bens primários? Creio que não, pois são eles, no plano global os direitos humanos e, no plano interno de cada Estado, os direitos fundamentais (BRITO FILHO, 2015, p. 66).

Dessa forma, resta plenamente demonstrado que, a partir da constatação de que os bens primários podem ser relacionados com os direitos fundamentais, todos os indivíduos são titulares dessa parcela mínima de direitos, necessários para a promoção de uma vida minimamente digna, sendo função do Estado (ou das instituições sociais básicas) assegurar uma distribuição justa dos bens sociais que contemple essa prerrogativa.

Assim, estando o direito à educação dentro desse rol básico de direitos essenciais, o não cumprimento do dever fundamental do Estado em provê-lo ensejará o direito do indivíduo em reclamá-lo judicialmente, independentemente de quaisquer outras questões de cunho positivo-normativo que se possa apresentar como obstáculo (caráter programático das normas de direitos sociais, limitação de atuação dos agentes públicos ao previsto em leis orçamentárias etc.), já que a questão de fundo se apresenta como um dever moral do Estado para com seus membros.

A propósito, a respeito da necessidade de promoção do direito à educação, independentemente das contingências sociais e dos arcabouços que regem as instituições econômicas e jurídicas da sociedade, assim dispõe o próprio Rawls (2008, p. 88):

Os elementos desse arcabouço que já nos são bem conhecidos (arranjos de livre mercado dentro das instituições políticas e jurídicas que regem as tendências gerais dos acontecimentos econômicos), porém talvez valha a pena recordar a importância de se evitar o acúmulo excessivo de propriedades e riqueza e de se manterem oportunidades iguais de educação para todos. As oportunidades de adquirir cultura e qualificações não devem depender da classe social e, portanto, o sistema educacional, seja ele público ou privado, deve destinar-se a demolir as barreiras entre as classes.

Dessa feita, resta devidamente comprovado que a exigibilidade judicial do direito à educação encontra respaldo filosófico na teoria de justiça de Rawls.

4 O direito à educação e a igualdade de recursos de Ronald Dworkin

Compreendida a *Justiça como Equidade* de Rawls, podemos afirmar que a teoria da justiça de Dworkin pode ser considerada como uma evolução, ou complemento, do pensamento rawlsiano.

De fato, há muitos pontos em comum entre as duas teorias, notadamente, pelo fato de pretenderem uma distribuição equânime dos bens sociais entre os indivíduos, daí serem considerados como os maiores expoentes do chamado *liberalismo igualitário*.

Nada obstante, também são de fácil constatação os pontos que os afastam.

De todo modo, o objetivo central deste capítulo é demonstrar que, mesmo sob a análise da teoria da justiça de Dworkin, também poderemos concluir pela existência de um dever estatal em promover o direito à educação, o que igualmente poderá servir de base argumentativa para eventual propositura de ação judicial que tenha como objeto o atendimento desse direito.

Com efeito, consoante observamos em sua obra *A Virtude Soberana*, Dworkin começa a apresentar a sua teoria de *Igualdade de Recursos*, da mesma forma que Rawls, partindo de um cenário hipotético, em que um grupo de náufragos chega a uma ilha deserta.

Neste momento, esses náufragos se veem com a missão de dividir os recursos constantes na ilha.

Inicialmente, de acordo com a narrativa de Dworkin, esses imigrantes imaginam que a melhor forma de dividir os bens da ilha seria reparti-los em porções iguais e conferir um pacote de recursos para cada indivíduo.

Rapidamente, percebe-se que esse formato de divisão não se mostra adequado, posto que, não é difícil imaginar que nem todos os recursos constantes na ilha existem na mesma quantidade de imigrantes ou, ainda, que nem todos ficarão satisfeitos com os recursos que receberiam, haja vista que alguns podem preferir mais de um mesmo bem, em detrimento de outros que não lhes trariam qualquer serventia – para ilustrar esse situação, Dworkin utiliza o exemplo da distribuição de ovos de tarambola e clarete pré-filoxera. Nesse cenário, se uma pessoa detestasse essas iguarias, ficaria extremamente decepcionada, ainda que os recursos tenham sido divididos igualmente entre todos os indivíduos.

Para resolver o impasse, Dworkin propõe que a melhor forma de distribuição dos recursos existentes na ilha seria por meio de um leilão hipotético, no qual os indivíduos receberiam uma mesma quantidade de conchas para trocarem pelos bens ali presentes, sendo que, ao final do processo, cada imigrante fiaria com o pacote de bens que desejasse.

Importa destacar que, segundo propõe Dworkin, para que a processo em questão seja justo, o leilão somente será igualitário se ao final deste procedimento a divisão passar pelo chamado “teste da cobiça”, hipótese em que nenhum imigrante invejará o pacote de recurso de outro.

Neste sentido, convém destacar que, diferentemente do exposto na teoria de Rawls, em que, conforme vimos anteriormente, os princípios da justiça e os bens primários são escolhidos em uma situação de completo desconhecimento acerca da situação particular de cada pessoa (véu da ignorância), na teoria de Dworkin, cada indivíduo escolha o seu pacote de recursos tendo plena ciência das suas características pessoais, bem como seus talentos e seu plano de vida.

A justiça na teoria de Dworkin estaria no fato de que todos teriam as mesmas oportunidades (conchas utilizadas no leilão) no processo de aquisição de recursos.

Ressaltando o exposto acima, Gargarella nos ensina que: “a terceira ideia fundamental da igualdade liberal – acrescenta Dworkin – é um complemento da segunda. O liberalismo igualitário insiste não só que a justiça é uma questão de recursos, como uma questão de recursos iguais”. (2008, p. 66)

Dworkin admite a existência de desigualdades, porém, não quanto à possibilidade de aquisição de recursos. As desigualdades surgiriam a partir da utilização, segundo as escolhas e os talentos individuais, dos recursos igualmente distribuídos, e poderiam vir a ser compensadas, em momento posterior à distribuição inicial.

Dito de outra forma, o cerne da teoria de Dworkin estaria na igualdade de oportunidades conferida a todos os indivíduos no momento da distribuição dos recursos sociais, de modo que seriam aceitáveis as desigualdades sociais provenientes das escolhas que cada um tivesse feito naquele momento.

O importante, segundo Dworkin, não seria conceder a todos o mesmo pacote de recursos (bens primários), consoante defendido por Rawls, porém, a verdadeira justiça distributiva consistiria em conferir a todos as mesmas oportunidades de aquisição dos recursos necessários ao cumprimento do seu plano de vida.

Passado este ponto a limpo, convém, agora, destacar quais seriam esses recursos a que Dworkin se refere em sua teoria.

Na obra em que apresenta a sua teoria, *A Virtude Soberana*, Dworkin (2013, p. 79). chega a dizer que “[...] a igualdade de recursos é uma questão de igualdade de quaisquer recursos que os indivíduos possuam privadamente”.

Se considerarmos literalmente a assertiva acima, talvez, a teoria de Dworkin não fosse passível de ser aplicada no mundo real, afinal, seria desarrazoado imaginar que todos devem ter as mesmas oportunidades para adquirir quaisquer recursos que pretendam obter.

Por conta disso, adotamos a corrente que identifica e limita os recursos mencionados por Dworkin aos direitos fundamentais.

A esse respeito, vejamos o que diz Brito Filho:

Aqui aproveito a ideia que, faz tempo, retiro da visão kantiana de dignidade e que, penso, deve implicar o reconhecimento para todos os seres humanos de um mínimo de direitos que permitam preservar o maior dos tributos da pessoa, que é a sua dignidade. Sei que, com isso, em princípio, diminuo os recursos a serem divididos, considerando o pensamento de Dworkin, mas penso que circunscrevê-los (os recursos) aos que são essenciais dá a possibilidade de inserir a teoria no mundo real. Assim, mais do que separar os recursos, como faz Dworkin, em pessoais e impessoais, opto por considerar que a distribuição deve estar limitada os recursos pessoais fundamentais. (BRITO FILHO, 2014, p.51).

Pois bem, compreendido que a teoria de Dworkin repousa no direito de todos em possuir as mesmas oportunidades em adquirir os recursos que melhor se adequem ao seu plano de vida, sendo esses recursos identificados com os direitos fundamentais, e que o responsável pelo gerenciamento

dessa distribuição é o Estado, fica evidente a constatação de que cada indivíduo tem o direito subjetivo de lhe ser conferido as mesmas condições de acesso a esta parcela de direitos mínimos que todo indivíduo faz jus (direitos fundamentais).

Assim, ainda que o sujeito não venha a fazer uso do recurso à educação, tal fato deve ocorrer em razão das suas escolhas próprias, do seu plano de vida, ou seja, em decorrência da escolha por outros recursos, inclusive o ócio, se assim preferir.

De todo modo, o que fica claro é que, na hipótese de o indivíduo preferir fazer uso da educação e este direito (recurso) lhe for negado em decorrência da omissão ou ineficiência do poder público, terá aquele o direito a exigir do Estado, na condição de gerenciador da distribuição dos bens sociais, o cumprimento do seu mister, o que pode ser feito pela via judicial.

Dessa forma, resta, também, plenamente demonstrada a possibilidade de exigibilidade judicial do direito à educação de acordo com a teoria da justiça de Dworkin.

5 Considerações finais

Não bastasse o reconhecimento do caráter fundamental do direito à educação, consagrado pelo Art. 6º da CRFB/88, o texto constitucional declarou ser a educação um direito de todos e dever do Estado, conforme dispõe o seu art. 205.

Deste modo, é inegável a possibilidade de exigir do Estado o cumprimento de seu mister, na hipótese de não realização deste direito fundamental.

Objetivou-se por meio do presente trabalho demonstrar as premissas filosóficas que podem justificar a exigibilidade judicial do direito à educação, sendo, pois, irrelevantes as justificativas usualmente utilizadas pelo Estado para justificar a impossibilidade de intervenção judicial nessa seara.

Com efeito, consoante ressaltado acima, verificado o dever moral do Estado para com seus membros, questões de ordem normativa ou positiva, tais como, o caráter programático das normas de direitos sociais ou, ainda, a limitação de atuação do gestor ao disposto nas leis orçamentárias, não podem ser utilizadas como argumentos plausíveis para justificar o desatendimento a direitos fundamentais.

No máximo, as limitações financeiras do Estado podem ser levadas em consideração pelo magistrado como critério para verificar qual a melhor forma de condenação do ente estatal.

Neste sentido, curial trazer à baila os ensinamentos de Cunha Júnior, em lição com a qual aderimos. Vejamos:

Assim, não temos a mínima dúvida de que, caso não cumprido o dever constitucional, pode o titular do direito (um menor, obviamente representado por seu representante legal) valer-se da ação judicial competente para compelir o Estado a proporcionar-lhe o desfrute daquele bem fundamental, que é gozar da educação primária gratuita, em face da inequívoca

inconstitucionalidade por omissão. Também pode - e nesse caso até deve – o Ministério Público, dado o interesse coletivo aí envolvido, propor ação civil pública, logo após constatar, em inquérito civil, o descumprimento estatal do dever de assegurar o ensino fundamental gratuito. A decisão judicial, nesse autêntico e legítimo controle da omissão do poder público, consistiria numa obrigação de fazer, que pode assumir a natureza de: a) determinação de construção e funcionamento de uma escola; b) condenação do Estado em custear o menor em escola privada existente no lugar, ou; c) condenar o Estado a indenizar o menor pela omissão ilícita (2009, p. 727).

Destarte, consoante as opções descritas acima, poderá o magistrado, levando em consideração a situação financeira do ente estatal, o que deverá ser analisado em cada caso concreto, impor a medida adequada, a fim de resguardar e garantir o direito à educação do requerente.

O que não se pode admitir é que o Estado se utilize do princípio da reserva do possível para, pura e simplesmente, tentar se esquivar do cumprimento de suas obrigações.

Referências

- ARISTÓTELES, **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret. 2001 (Coleção a obra-prima de cada autor).
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do TRT da 8ª Região**, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez. 2008. Suplemento Especial Comemorativo.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Ações afirmativas**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2014.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca da dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- FLEISCHACKER, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. São Paulo: Martins Fontes. 2006.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2008 (Coleção a obra-prima de cada autor).
- KYMLICKA, Will. **Filosofia Política Contemporânea**. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MARQUES, José Frederico. **Institutos de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Rio de Janeiro: Record, 2012.
- VITA, Álvaro de. **Justiça Liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

“JORNADAS DE JUNHO” DE 2013 NO BRASIL: perspectivas de uma “nova” democracia

Maria Luiza Caxias Albano¹

RESUMO: O fenômeno conhecido por “Jornadas de Junho”, ocorrido em meados do ano de 2013 no Brasil, demonstrou a necessidade de se reestruturar o regime democrático até então instaurado no país. Iniciadas a partir das reivindicações a respeito do aumento da tarifa do transporte público, as manifestações se massificaram e ganharam força ao ter as pautas dos protestos alargadas: não era mais apenas por 0,20 centavos. Assim, problemas estruturantes da democracia brasileira e, do regime democrático representativo em geral, vieram à tona, em uma das maiores mobilizações da história contemporânea do país. O presente trabalho, portanto, tem por escopo analisar o fenômeno das “Jornadas de Junho”, pontuando-o e realizando uma associação entre as reivindicações postas nesse momento histórico e o atual dilema do regime democrático brasileiro. Percebe-se que, a partir dessa análise, emergem elementos que põem em xeque concepções tradicionalistas da Teoria da Democracia.

Palavras-chave: “Jornadas de Junho”, regime democrático, reivindicações.

ABSTRACT: The phenomenon known as "Jornadas de Junho", held in mid-2013 in Brazil, showed the need to restructure the democratic regime previously established in the country. It initiated from the claims against the increase in public transport fare, afterwards the uprising have gained strength from having the guidelines of the protest extended: it was not just 20 cents. Thus, structural problems of Brazilian democracy and the representative democratic system in general, have surfaced in one of the largest mobilizations of contemporary history. This paper aims to analyze the phenomenon of "Jornadas de Junho", describing it and making an association between the claims of that historical moment and the current dilemma of the Brazilian democratic regime. It is noticed that, from this analysis, emerging elements that pose a risk traditionalist conceptions of democracy theory.

Keywords: “Jornadas de Junho”. Democratic. Reivindications.

1 Introdução

Em 2013, no Brasil, multidões saíram às ruas em manifestações que eclodiram em diversas regiões do país, momento que ficou conhecido como “As Jornadas de Junho”. Apesar da semelhança histórica a outros movimentos, tais quais a “Passeata dos Cem Mil” contra a ditadura militar (1968), a campanha pelas “Diretas Já” (1984) e a movimentação dos caras-pintadas pelo impeachment do

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB, área de concentração em Direitos Humanos, bolsista da CAPES.

presidente Fernando Collor de Mello (1992), “As Jornadas de Junho” se destacaram enquanto mobilização única e com características específicas.

Inicialmente, as manifestações ocorridas em meados do ano de 2013 tiveram como pauta o aumento tarifário das passagens de ônibus em algumas cidades. Vale salientar que protestos contra o aumento da tarifa paga no transporte público – e, conseqüentemente, a efetivação do acesso à cidade enquanto direito de grupos marginalizados² – não são estranhos ao cenário político brasileiro: de 2008 a 2012 na cidade do Recife, por exemplo, houve diversas manifestações nesse sentido, as quais foram violentamente reprimidas.

Porém, diferentemente do ocorrido nos anos anteriores, as manifestações iniciadas contra o aumento das tarifas nas passagens de ônibus pelo Movimento Passe Livre (MPL), em junho de 2013, atingiram uma repercussão que ultrapassou os limites da pauta do transporte público, escancarando problemas estruturais da democracia representativa brasileira, seguindo um fluxo político já delineado em plano internacional.

Ao observar a conjuntura política exterior, percebe-se que as manifestações ocorridas no Brasil em junho de 2013 fizeram parte de um processo desencadeado na Primavera Árabe, e em movimentos como o *Occupy Wall Street*, nos Estados Unidos, e o *Los Indignados*, na Espanha. Todas essas rebeliões, apesar de cada uma apresentar peculiaridades específicas da respectiva região, tiveram pontos em comum: os protestos surgiram de forma praticamente espontânea, a partir de organizações horizontais, contra a estrutura socioeconômica vigente mundialmente, essa interpretada em um contexto de globalização. Nesse sentido, Slavoj Žižek destaca:

A razão de os manifestantes saírem às ruas é que estão fartos de um mundo onde reciclar latinhas de Coca-Cola, dar alguns dólares para a caridade ou comprar *capuccino* na Starbucks com 1% da renda revertida para os problemas do Terceiro Mundo é o suficiente para se sentir bem. Após a terceirização do trabalho e da tortura, após as agências matrimoniais começarem a terceirizar até nossos encontros, os manifestantes perceberam que por um longo tempo permitiram que seus compromissos políticos também fossem terceirizados – e querem-nos de volta (ŽIŽEK, 2012, p. 18).

Internacionalmente, os primeiros focos desse processo de crise surgiram no Mundo Árabe contra regimes ditatoriais, a exemplo da Tunísia e Egito. Porém, como explicar a estruturação das manifestações em países “democraticamente” estáveis, como o Brasil, à semelhança daquela presente

² A respeito do modelo de cidade excludente desenvolvido no Brasil, Carlos Vainer ressalta: “A cidade neoliberal aprofundou e agudizou os conhecidos problemas que nossas cidades herdaram de quarenta anos de desenvolvimentismo excludente: favelização, informalidade, serviços precários ou inexistentes, desigualdades profundas, degradação ambiental, violência urbana, congestionamento e custos crescentes de um transporte público precários e espaços urbanos segregados. Nesse contexto, o surpreendente não é a explosão, mas que ela tenha tardado tanto (VAINER, 2013, p. 39).

nas manifestações precursoras do processo político mundial, mas desencadeadas contra sistemas autoritários no Norte da África e no Oriente Médio?

Faz-se necessário destacar que as palavras “democracia” e “participação popular” foram as duas das mais entoadas pelos manifestantes nas Jornadas de Junho de 2013: mesmo com a posterior diminuição das tarifas de passagens de ônibus em mais de cem cidades brasileiras (ARTIGO 19, 2013, p. 23), ponto inicial dos protestos, as multidões permaneceram nas ruas reivindicando diversas pautas, dentre elas um regime “verdadeiramente democrático”, a plena “participação popular” no sistema político, e a efetivação de direitos prometidos enquanto imprescindíveis à condição humana³.

Percebe-se, então, um acontecimento interessante: a palavra “democracia” foi veiculada como exigência massiva advinda das ruas em um país repetidamente assinalado e reconhecido como democrático. Bem assim, a participação política direta da população e a observância de preceitos relativos à “dignidade humana”⁴ foram/são cobrados quando a própria Constituição Federal vigente prevê tanto direitos fundamentais⁵ quanto mecanismos de participação referentes a essas duas exigências.

Considerando a democracia como único regime político compatível com o pleno respeito aos direitos humanos, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (COMPARATO, 2004, p. 226), objetiva-se analisar o fenômeno das “Jornadas de Junho”, pontuando-o e realizando uma associação entre as reivindicações postas nesse momento histórico e o atual dilema do regime democrático brasileiro. Pretende-se, portanto, realizar uma correlação entre as demandas colocadas nas manifestações e as possíveis novas formas de se pensar a democracia. Para tanto, serão utilizados relatórios, pesquisas documentais, além de referências bibliográficas relacionadas ao tema.

3 Refere-se aos direitos contemporaneamente consagrados na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, posteriormente alargados nas demais dimensões e constitucionalizados nacionalmente por Estados que detêm principalmente um desenvolvimento interligado à cultura ocidental.

4 A expressão “dignidade da pessoa humana” tem uma construção histórica associada ao desenvolvimento dos Direitos Humanos de cunho liberal, ainda no século XVIII, a partir das revoluções burguesas: francesa e norte-americana. Contemporaneamente está entrelaçada a essas mesmas concepções, ressuscitadas a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, de cunho monocultural eurocêntrico. Ainda como crítica à utilização da expressão “dignidade da pessoa humana” pelo judiciário, Rodrigo Kaufmann expõe: “Dizer que o ‘sistema jurídico’ precisa respeitar a dignidade da pessoa humana não significa dizer nada, assim como dizer que determinada lei é proporcional se lida sob a óptica dos direitos humanos também pouco significado tem. Não são expressões que expõem pontos-de-vista, que fazem transparecer interesses políticos contrapostos, que apresentam tolerância ou ódio, que se relacionam com a história de dor e de sofrimento de pessoas concretas. São expressões tão vagas, imprecisas, obsoletas e inúteis como discutir, até a filigrana, quais serão os termos de nossa convenção linguística para falarmos como ciência.” (KAUFMANN, 2010, p. 207-208)

5 Por direitos fundamentais se compreende direitos humanos consagrados em declarações universais e recepcionados pela estruturação do Estado nacional. Quanto a essa questão, Antonio Carlos Wolkmer explica: “O processo de reconhecimento e afirmação dos chamados direitos humanos constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos como expressão da natureza humana, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo, deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade.” (WOLKMER, 2010, p.13)

2 Paradoxos estruturantes do regime democrático brasileiro: as reivindicações e os processos advindos das “Jornadas de Junho” em 2013

O ciclo de manifestações que delineou o fenômeno conhecido enquanto “Jornadas de Junho” teve como um dos grandes marcos o “Grande Ato contra o aumento das passagens”, convocado pelo Movimento Passe Livre para o dia 06 de junho em São Paulo. Protestos relativos ao aumento tarifário das passagens de ônibus não foi/é surpresa dentro do contexto urbano brasileiro: a questão da mobilidade pública urbana sempre foi problemática em grandes cidades do país. Acontece que esse grande ato, no qual estavam presentes cerca de 6000 manifestantes (segundo organizadores), sofreu uma forte repressão policial: foram 15 pessoas detidas e dezenas de feridos, dentre esses, comunicadores e profissionais que acompanhavam os protestos enquanto atividade profissional (ARTIGO 19, 2013, p. 22-23)

A violência praticada por parte dos órgãos estatais se tornou a regra na continuidade das manifestações referente ao aumento tarifário, enquanto, cada vez mais, por meio das mídias sociais, informações eram compartilhadas denunciando as arbitrariedades das ações policiais. Com isso, os protestos foram se massificando e tomando um novo contorno: a questão não era mais apenas o aumento do valor das passagens de ônibus, era também a violência policial, a reivindicação de um sistema político legítimo em contraponto ao modelo representativo, o questionamento da censura em relação aos veículos de comunicação presentes nas manifestações, era/é o paradoxo de um Estado Democrático de Direito que não consegue efetivar seus próprios princípios.

A respeito do sentimento permeado entre os manifestantes, Vladimir Safatle afirma:

(...) quando as manifestações de ocupação insistem que ainda falta muito para alcançarmos a democracia real, elas colocam uma questão que até o momento não podia ter direito de cidadania, porque nos ensinaram que, se criticarmos a democracia parlamentar tal qual ela funciona hoje, estaremos, no fundo, fazendo a defesa de alguma forma velada de autoritarismo. Quantos não se comprazem em nos olhar e dizer: o que vocês querem? Vocês não querem um Estado democrático de direito? Então vocês querem o que? (SAFATLE, 2012, p. 47).

No caso brasileiro, é importante destacar que o “Estado Democrático de Direito” foi uma exigência do processo de redemocratização após um longo período de regime autoritário⁶. Durante a ditadura militar brasileira, que perdurou entre os anos de 1964-1985, houve a restrição dos espaços da

⁶ Importante destacar que com o advento do “Estado Democrático de Direito” no Brasil, ou seja, a partir da redemocratização e a afirmação constitutiva de um Estado que observa a questão dos Direitos Humanos já consagrados em nível internacional, as questões de violações a direitos considerados fundamentais permaneceram: No que diz respeito às duas outras formas de violações mais grosseiras persistentes – torturas e execuções sumárias – ou demais atos de arbitrariedade praticados pelos agentes do Poder, o que visivelmente mudou face aos ‘anos de chumbo’ foram, sobretudo, a motivação, geralmente não mais política, assim como o tipo de vítima, não mais propriamente o opositor ideológico, plenamente legitimado nos sistemas democráticos, mas sim, quase sempre, o praticante ou suspeito da prática de crime comum. E nisso vão influir toda a gama de preconceitos vigentes nas respectivas sociedades e, conseqüentemente, presentes na cabeça dos que praticam tais violações. (ALVES, 2013, p. 152)

vida política, eliminação da cidadania bem como a radicalização de práticas repressivas: em vez de o Estado provar a culpa dos acusados, a cidadania precisava provar a própria inocência (VIOLA, 2008, p. 85).

Assim, tendo por ponto culminante a Constituição Federal do Brasil de 1988, considerada progressista e programática por positivar direitos humanos enquanto fundamentais, o “Estado Democrático de Direito” não deixou de ser o resultado de reivindicações advindas das ruas durante o processo de redemocratização. Contudo, os limites da política dos direitos humanos estavam situados na existência de uma “democracia viável” que não pusesse em risco uma ordem internacional direcionada para a expansão do capital financeiro⁷: a “nova democracia” passava a ser um imperativo do modelo de livre mercado. (VIOLA, 2008, p. 101).

Resta salientar que tal modelo de democracia, qual seja, o liberal, não estava dentro das expectativas dos movimentos sociais que àquela época também fizeram parte do processo de redemocratização: houve um embate ideológico a respeito de qual “democracia” haveria de ser efetivada. Nesse sentido e a respeito do termo “democracia”, José Eduardo Faria analisa:

(...) ela é igualmente um *topos* – isto é, uma fórmula de procura aberta e indeterminada, que representa um importante ponto de apoio para a argumentação política, ao mesmo tempo que serve de orientação prática na elaboração de estratégias cujo sentido também é fixado conforme as necessidades históricas de interdependência dos diversos grupos e classes que compõem uma sociedade estruturalmente diferenciada (FARIA, 1989, p. 22).

O que se esteve em disputa também, no período de redemocratização, foi o referencial semântico a ser associado ao termo “democracia” dentro do contexto político nacional. Evidencia-se um verdadeiro embate entre os projetos político-sociais das forças delineadas no cenário. Se por um lado houve disputa ideológica no período de redemocratização, sendo consagrado, posteriormente, um modelo de democracia representativa liberal, nas “Jornadas de Junho” o embate também esteve presente.

Desse modo, as “Jornadas de Junho” tiveram como ponta de lança as movimentações realizadas pelo Movimento Passe Livre, grupo de composição plural atento às reivindicações de cunho social. Ocorre que com a massificação dos protestos, a conotação conferida às manifestações *a priori* foi tomando outros contornos⁸:

7 “A política imperialista do governo norte-americano, o mesmo que influi diretamente na construção das ditaduras latino-americanas, teve interesse direto na redemocratização empunhando a bandeira dos direitos humanos, porém, paradoxalmente, tratava-se de proteger os indivíduos dos crimes cometidos pelo Estado, mas não de orientar para a realização dos direitos coletivos e sociais.” (VIOLA, 2008, p. 100).

8 Sobre o fascismo contemporâneo, Boaventura de Souza Santos destaca: “Meu primeiro diagnóstico radical de nossa situação presente em nível mundial é que vivemos em sociedades politicamente democráticas mas socialmente fascistas. Ou seja: está emergindo uma nova forma de fascismo que não é um regime político, mas um regime social. É a situação de gente muito poderosa que tem poder de veto sobre os setores mais fracos da população.” (SANTOS, 2007, p. 88)

Nas manifestações de 20 de junho, a direita mostrou uma face dupla: grupos neonazistas serviam para expulsar uma esquerda desprevenida, enquanto inocentes “cidadãos de bem” de verde-amarelo aplaudiam. O número de participantes no país foi o maior até então. Mas começou a cair logo em seguida. A mudança ideológica dos protestos coincidiu com uma queda abrupta do número de manifestantes (Secco, 2013, posição 1316).

Com a evolução das manifestações, a heterogeneidade dos discursos proferidos nas ruas fez com que se chegasse a um alto nível de dispersão ideológica presente ao final das movimentações. A ocorrência de inúmeras combinatórias temporárias e diferentes equilíbrios de interesses que a própria práxis política foi reformulando, deu uma conotação amorfa àquela imensa mobilização: não se sabia mais ao certo qual o ponto exato a ser conquistado, e mais, para qual lado o acúmulo político declinaria: para as reivindicações de base popular, para o apolítico discurso oriundo da classe-média ou para o extremismo de grupos fascistas.

Se por um lado estavam presentes nas “Jornadas de Junho” movimentos sociais que desde a redemocratização veem lutando por um modelo de democracia participativa, popular e plural, por outro, setores da sociedade que até então estavam satisfeitos com o modelo de democracia representativa liberal, por esse assegurar determinados privilégios⁹, também demonstraram suas insatisfações. O que revela pontos confluentes (nas suas contradições): há uma luta moral pela transformação do modo como entendemos a política e a sociedade (MENDONÇA, 2013).

Assim, no Brasil, a partir das Jornadas de Junho de 2013, houve uma tentativa de suplantando a “missão” até então designada à palavra “democracia”, a qual repercutia majoritariamente e até esse momento como palavra de ordem na manutenção e na legitimação do *status quo*. Desde então, busca-se criar um novo conjunto de fatos e efeitos os quais servirão como referências semânticas à “democracia” e conseqüentemente “participação popular”.

Percebe-se, ser, portanto, um período de mudança e reformulação dos regimes institucionais: se um dia houve luta pela redemocratização, as “Jornadas de Junho” demonstram que a luta hoje se concentra na formulação de uma “nova” democracia.

3 A estruturação das Jornadas de Junho e a crise da democracia representativa liberal

O modelo de estruturação das “Jornadas de Junho”, à semelhança de uma rede de manifestações contemporâneas, reflete os anseios de uma sociedade dispare, mas que conflui em determinados pontos, como o não reconhecimento de instituições representativas enquanto legítimas para proferir discursos da maioria. Em uma clara demonstração do desgaste das estruturas

⁹ No Brasil, dada nossa profunda cultura autoritária e patrimonialista, particularmente vinda dos “donos de terras, gado e gente”, que molda profundamente o poder estatal, ele mesmo violento e excludente, ainda nos defrontamos quase diariamente com privilégios tornados direitos, porque estão em leis (ilegítimas, diga-se de passagem, mas leis existentes) ou mesmo acima delas. (GRZYBOWSKI, 2013)

governamentais representativas, as reivindicações advindas das ruas nos protestos de junho exprimiram a necessidade de participação ativa dos sujeitos nas tomadas de decisões políticas, deixando em evidência uma crise de representatividade.

No contexto brasileiro, a crise de representatividade foi refletida no momento em que grupos político-partidários foram às ruas, durante as manifestações de Junho de 2013, hasteando as bandeiras símbolos dos respectivos partidos e sofreram retaliações por parte dos manifestantes¹⁰. Vale salientar que as atitudes de rechaço não foram direcionadas a partidos específicos, mas a todo e qualquer partido político. A própria forma organizacional da manifestação, horizontal, já acusava o desgaste das velhas formas de politização: os microfones foram substituídos por jograis e os carros de som por batidas de latão.

Assim, a forma delineada de democracia representativa liberal mostrou-se/mostra-se insuficiente: se por um lado não consegue assegurar um paradigma de governo popular enquanto um governo de interesses múltiplos, plurais e coletivos como exigido por movimentos sociais, por outro, caducou enquanto forma de propiciar cada vez mais privilégios a uma camada de indivíduos que vivem a era “pós-política”¹¹. Evidentemente, os projetos a serem delineados a partir da constatação de insuficiência do modelo democrático atual são distintos, centrando-se, no presente trabalho, naqueles que tem respaldo em críticas a um “Estado Democrático de Direito” ineficiente em assegurar direitos sociais e coletivos.

Nesse sentido, a crítica realizada nas “Jornadas de Junho” por movimentos sociais teve como foco a “democracia econômica”, na qual os interesses na manutenção de um mercado financeiro são sobrepostos institucionalmente a demandas coletivas e sociais. Considera-se, portanto, a consolidação da democracia liberal enquanto uma concepção hegemônica que tem por escopo a estabilização da tensão entre democracia e capitalismo. Tal estabilização, segundo Boaventura de Sousa Santos, ocorreu “pela limitação da participação cidadã, tanto individual, quanto coletiva, com o objetivo de não ‘sobrecarregar’ demais o regime democrático com demandas sociais que pudessem colocar em perigo a prioridade de acumulação sobre a redistribuição” (SANTOS, 2005, p.59).

Desse modo, resta a descrença nos institutos e nas entidades políticas modernas como meios viáveis às almejadas mudanças sociais estruturantes, uma vez que se operacionalizam como

10 Sobre a crise partidária, Boaventura de Sousa Santos afirma; “(...) os partidos políticos estão perdendo o controle da agenda política: nunca descumpriram tanto suas promessas eleitorais quando chegaram ao poder como ultimamente. Um dos estudos mais interessantes é observar os programas dos partidos e depois sua prática política. Sempre foi assim, mas agora é ainda mais, porque há uma pressão da globalização neoliberal que não pode entrar na agenda política de um partido.” (SANTOS, 2007, p. 97)

11 “Na era da ‘pós-política’, quando a política propriamente dita é progressivamente substituída por uma administração social de especialistas, as únicas fontes de conflito restantes são as tensões culturais (religiosas) ou naturais (étnicas). E a ‘avaliação’ é precisamente a regulação da promoção social que se encaixa com esta re-naturalização.” (ZIZEK, 2013).

mecanismos de manutenção do *status quo*. Ademais, essa desconfiança é agravada por questões já, há tempos, concebidas no cenário político brasileiro, como por exemplo, o abuso do poder econômico no financiamento das campanhas eleitorais, que não só desequilibra a competição eleitoral como transforma o sistema partidário em um mercado, não só frequentado pelas corporações sociais (a Igreja, entre elas), mas permeado pela compra e venda de tempo de televisão e fundo partidário (ZAIDAN, 2013, p. 50).

A atual crise da democracia representativa liberal se revela, portanto, como a ausência de auto-referenciação popular nos mecanismos de representatividade, ou seja, operacionaliza-se um sistema a fim de exercício da cidadania que as camadas mais populares não têm acesso enquanto protagonistas históricas. Falta identidade. Não por acaso, os pedidos que ecoaram nas ruas em meados do ano de 2013, no Brasil, foram por uma democracia, mas não a velha democracia liberal, já desgastada, mas, pela radicalização do regime democrático. Considerando que o debate político/ideológico em relação ao que significa “nova” democracia será travado na sociedade, resta fundamentar quais referenciais principiológicos tangenciam tal radicalização.

4 Horizontes e desafios a partir das reivindicações presentes nas Jornadas de Junho de 2013: por uma radicalização da democracia.

Diante da crise de representatividade elucidada anteriormente, que desponta como a ausência do sentimento de pertencimento da população às entidades supostamente representativas, resta a necessidade de novos mecanismos que correspondam aos atuais anseios:

Talvez os manifestantes tenham entendido que a democracia parlamentar é incapaz de impor limites e resistir aos interesses do sistema financeiro. Ela é incapaz de defender as populações quando os agentes financeiros começam a operar, de modo cínico, claro, a partir dos princípios de um capitalismo de espoliação dos recursos públicos (SAFATLE, 2012, p. 48).

Pensar sobre a radicalização da democracia, portanto, é refletir sobre o desenvolvimento do autogoverno. Para tanto, é preciso reestruturar as formas de participação dos sujeitos e a articulação entre várias maneiras de engajamento a fim de propiciar a pluralidade de vozes. Ou seja, a radicalização exige repensar o regime democrático de forma que a democracia não se restrinja ao voto e possa se adensar, realizando-se contínua e efetivamente (MENDONÇA, 2013).

Nesse contexto, o termo “participação popular” começa a figurar como um dos pontos cruciais do processo de ressignificação da “democracia” e, por conseguinte, da elaboração dos novos mecanismos políticos: o exercício do poder soberano popular passa a simbolizar algo para além da escolha de representantes através do voto eleitoral. Dessa forma, símbolos da democracia liberal, tais qual o sufrágio universal e a ocorrência de eleições regulares, por exemplo, não mais são suficientes

para sustentar os anseios sociais: a pauta reivindicatória passa a ser a participação ativa e direta na tomada de decisões políticas.

Nesse ínterim, é importante salientar que a Constituição Federal de 1988 prevê no Art. 14, mecanismos de participação popular direta: o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de lei. Assim, os arts. 49 e 61 da mesma Carta Magna delimitam o procedimento a ser observado para a efetivação da participação popular direta: o plebiscito deverá ser convocado pelo Congresso Nacional, e o referendo, autorizado – ambos dentro da competência exclusiva do Congresso (Art. 49, XV), enquanto que a iniciativa popular deverá ser apresentada à Câmara dos Deputados (Art. 61, §2º) (MULLER, 2013, p. 71).

Por outro lado, tais instrumentos, desde a redemocratização brasileira, mostraram-se insuficientes para garantir a plena participação popular, uma vez que no plano nacional apenas um plebiscito e um referendo foram realizados, respectivamente, em 1993 – para definir o regime e o sistema de governo no Brasil – e em 2005 – para decidir sobre a proibição da comercialização de armas de fogo e munições.

Nesse panorama, Friedrich Muller analisa de forma crítica os modelos de participação popular direta previstos na Constituição Federal de 1988:

(...) o Congresso decide sozinho se ele quer – ou não – deixar que a decisão sobre uma questão controvertida seja por plebiscito ou referendo. E no caso da iniciativa popular, a Câmara dos Deputados pode tanto aceitar como rejeitar o resultado proposto por ela – ou também, eventualmente, não analisa-la, retardando sua tramitação.

No primeiro caso, é a elite política que tem a competência de formular a questão e de enquadrar, de limitar desse modo, a extensão do que deve ser decidido e, depois, é o povo que deve decidir pelo conteúdo – mas somente em um quadro pré decidido; e a iniciativa, de todo nodo está sempre e inteiramente à disposição dos políticos. No segundo caso, é o povo que tem a iniciativa e também a competência de decidir o conteúdo da proposição – mas a decisão definitiva está completamente nas mãos da elite política (MULLER, 2013, p. 71).

O mesmo autor ainda complementa: “Tudo isto demonstra que estas três formas de legislação popular não são, na realidade, autônomas, que elas não pertencem à competência essencial do povo, que elas não formam nenhum contrapeso eficaz à legislação representativa-parlamentar” (MULLER, 2013, p. 71).

Verifica-se que, apesar da previsão de formas de participação popular direta na Constituição Federal de 1988, essas se tornaram “letra morta” pela própria forma de sistematização que ainda limita exorbitantemente o poder das massas. É importante ainda refletir que a participação direta contemporaneamente pleiteada não se restringe à forma de selecionar alternativas políticas já postas, como colocadas em uma prateleira de consumo, mas a possibilidade de construção coletiva das próprias opções políticas a serem erigidas.

A respeito de modelos plebiscitários já implantados, destaca-se o exemplo da Islândia:

A Islândia tem algo a nos ensinar sobre isso. Um dos primeiros países atingidos pela crise econômica de 2008, a Islândia decidiu que o uso do dinheiro público para indenizar os bancos

seria objeto de plebiscito. Maneira de recuperar um conceito decisivo, mas bem esquecido, da democracia: a soberania popular. O resultado foi apoio massivo ao calote. (...) Se a conta vai para a população, é ela quem deve decidir o que fazer, e não um conjunto de tecnocratas que terão seu emprego garantido nos bancos ou de parlamentares cujas campanhas são financiadas por estes (SAFATLE, 2012, p. 48).

Evidente que a conjuntura de cada Estado é determinada por fatores sociais específicos, o que impede a obtenção de resultados necessariamente positivos caso modelos políticos sejam apenas importados e transportados para uma realidade distinta daquela para qual foram idealizados. O que se pretende observar é a existência de modelos satisfatórios de participação direta estabelecidos em outras sociedades e a exigência de reestruturação dos mecanismos democráticos participativos no Brasil.

Importante ainda assinalar que o discurso referente à impossibilidade de implantação de mecanismos participativos eficientes no contexto brasileiro devido ao seu tamanho territorial ou à ampla diversidade cultural, mostra-se tão retórico quanto à impossibilidade de se implantar, no atual contexto, e a partir das Manifestações de Junho, uma democracia drasticamente plebiscitária. Vale ressaltar que a discussão diante das Jornadas de Junho volta-se para a exigência de “mais” democracia para além daquelas formas representativas já previstas.

Daí a necessidade de reformulação estrutural dos instrumentos democráticos hoje existentes: deve-se realizar debates que permitam impulsionar a desconcentração do poder político e que faça ingressar cada vez mais sujeitos historicamente marginalizados no processo de tomada de decisões. Por isso, pensar a radicalização da democracia passa, necessariamente, pela discussão das desigualdades (em suas várias facetas – classe, gênero, raça, orientação sexual, capacitismo – todas elas interseccionadas) e do caráter do autogoverno em um mundo globalizado (MENDONÇA, 2013).

O desafio, portanto, existente após as “Jornadas de Junho” de 2013 é justamente pensar em um regime democrático participativo no qual se multipliquem as práticas democráticas dentro de uma maior diversidade de relações sociais, dentro de novos âmbitos e contextos.

5 Considerações finais

Diante do exposto e a partir das Jornadas de Junho de 2013, tornou-se evidente, primeiramente, a necessidade de reformulação das estruturas democráticas existentes no Brasil. Dentro desse contexto, as referências semânticas associadas à formatação do que venha a ser a “nova” democracia estão em efervescente construção, existindo embates ideológicos na sociedade e que foram travados também nas ruas, no processo de manifestações. Isso não por acaso: a democracia é ela mesma uma construção histórica que se delineia a partir de embates políticos-ideológicos travados na sociedade.

É importante considerar que a própria eclosão das manifestações foi originada da crise pela qual passa a democracia representativa liberal, dando sinais de sua falência através de marcadores como a

crise de representatividade. Assim, movimentos sociais trazem, desde o processo de redemocratização, uma crítica direta ao atual regime democrático: trata-se de uma democracia econômica a qual contempla interesses patrimonialistas e elitistas em detrimento de interesses coletivos, o que gera uma distanciação entre aqueles que representam e aqueles que se pretendiam fazer representados.

Surge, então, nesse contexto de reivindicações, a necessidade de mecanismos de participação direta suficientes para garantir o exercício do pleno poder popular como poder soberano. Além do mais, a reestruturação das formas de representação política no contexto brasileiro torna-se um imperativo a fim de suprir, dentre outros problemas, a sub-representação de grupos sociais historicamente marginalizados e/ou invisibilizados.

A partir dessa conjuntura, a radicalização da democracia aparece no panorama nacional como exigência advinda das ruas em relação a um regime democrático caduco. Ou seja, percebe-se a necessidade de aprofundamento e alargamento da discussão democrática a ambitos até então não atingidos. Por isso analisar o abismo existente entre a realidade democrática brasileira e os anseios surgidos das mobilizações das “Jornadas de Junho” aparece como meio não só do fortalecimento da discussão na sociedade civil como também uma forma de construir coletivamente e dentro de parâmetros materiais da “dignidade humana” uma forma de se pensar a democracia equitativamente.

Referências

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os Direitos Humanos na pós-modernidade**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ARTIGO 19. **Protestos no Brasil 2013**. Disponível em: <http://www.artigo19.org/protestos/Protestos_no_Brasil_2013.pdf>, acesso em: 07 de julho de 2015.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FARIA, José Eduardo. O Modelo Liberal de Direito e Estado. *In*: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ed. Ática, 1989.

GRZYBOWSKI, Cândido. **Como radicalizar a democratização?** Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=1456>>, acesso em: 07 de julho de 2015.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. **Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MENDONÇA, Ricardo Fabrino. **Em defesa da radicalização democrática**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/em-defesa-da-radicalizacao-democratica-4182.html>>, acesso em: 07 de julho de 2015.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo?** 7ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

SAFATLE, Vladimir. Amar uma Ideia. *In*: ZIZEK, Slavoj, *et al.* **Occupy**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa e Leonardo Avritzer. Introdução: para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 3ª Edição, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. tradução Mouzar Bedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

SECCO, Lincoln. As Jornadas de Junho. *In*: HARVEY, David, MARICATO, Ermínia et. al. **Cidades Rebeldes: Passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013. Posição 1289-1403 (Versão Kindle)

VAINER, Carlos. Quando a cidade vai às ruas. *In*: ROLNIK, Raquel, et al. **Cidades Rebeldes: passe livre e as manifestações que tomaram as ruas do Brasil**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2013.

VIOLA, Solon Eduardo Annes. **Direitos Humanos e Democracia no Brasil**. Porto Alegre: Ed. UNISINOS, 2008.

WOLKMER, Antonio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos Direitos Humanos. *In*: RUBIO, David Sanchez; FLORES, Joaquin Herrera; CARVALHO, Salo de. (Orgs.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**, 2. ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

Z Aidan, Michel. **A metafísica dos Movimentos de Rua**. Recife: Ed. Universitária UFPE, 2013.

ZIZEK, Slavoj. O Violento Silêncio de um Novo Começo. *In*: ZIZEK, Slavoj, et al. **Occupy**. São Paulo: Ed. Boitempo, 2012.

ZIZEK, Slavoj. **Contra os Direitos Humanos!** Disponível em: <<http://blogdaboitempo.com.br/2013/03/14/contra-os-direitos-humanos-artigo-de-slavoj-zizek/>> acesso em: 07 de julho de 2015.



BOBBIO E KELSEN:

por uma diferenciação dos critérios de justiça, validade e eficácia das normas jurídicas

Paulo Enderson de Oliveira Teixeira¹

Renat Nureyev Mendes²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a compreensão da leitura dos critérios de Justiça, Validade e Eficácia em Norberto Bobbio e Hans Kelsen. Ambos são Juspositivismo, entretanto possuem compreensões diversas dos critérios já enunciados, e isto (essa diferença dos dois pensadores no interpretar da Teoria do Direito) é que o trabalho se concentrará a buscar ao longo do seu desenvolvimento. Assim, este artigo, baseado na pesquisa bibliográfica e no método comparativo, trará, em um primeiro momento, a leitura dos critérios acima destacados por Bobbio para, posteriormente, fazer o mesmo com Hans Kelsen. Em um último momento, busca-se concluir o presente trabalho e relacionar os pensamentos dos dois jusfilósofos.

Palavras-chave: Justiça. Validade. Eficácia. Bobbio. Kelsen.

ABSTRACT: This study aims at understanding the reading of Justice, validity and effectiveness in Norberto Bobbio and Hans Kelsen. Both are Jus positivism, however have different understandings of the criteria already set out, and this (the difference of the two thinkers to interpret the legal theory) is that the work will focus to look over their development. Thus, this article, based on the literature and the comparative method, will, at first, reading the above criteria highlighted by Bobbio to later do the same with Hans Kelsen. In a last time, we seek to conclude this work and relate the thoughts of the two jus philosophers.

Keywords: Justice. Validity. Effectiveness. Bobbio. Kelsen.

1 Introdução

Inicia-se este artigo chamando a atenção do leitor ao fato de não se ter pretensão de esgotar todos os assuntos referentes aos critérios de Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas.

1 Graduado em *Direito* pela Faculdade Mineira de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em *Filosofia do Direito* (PUC-MG). Mestre e Doutorando em *Teoria do Direito*, também pela PUC-MG. Professor da FAC, Curvelo; e da UEMG, Unidade Diamantina. Mentor e orientador do Grupo de Estudos "*Kelsen e Bobbio: por uma diferenciação dos critérios de Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas*", desenvolvido na UEMG (Unidade Diamantina) – (E-mail: paulo.oliveirateixeira@yahoo.com.br).

2 Graduado em *História* pela Universidade Estadual de Montes Claros. Especialista em *Didática e Metodologia do Ensino Superior* também pela Unimontes. Graduando em *Direito* pela Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina, da Universidade do Estado de Minas Gerais. Estudante-membro do Grupo de Estudos "*Kelsen e Bobbio: por uma diferenciação dos critérios de Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas*", desenvolvido na UEMG (Unidade Diamantina), sob orientação do Professor Ms. Paulo Teixeira - (E-mail: renatnureyev@yahoo.com.br).

A pretensão é bem mais modesta. O objetivo será atendido se, ao fim, for possível compreender como são lidos os critérios supracitados pelos dois autores abordados, quais sejam, Norberto Bobbio e Hans Kelsen.

Insta constar que ambos são *juspositivistas*³, no entanto, fazem leituras diversas acerca dos três critérios abordados aqui, neste trabalho. Será essa diferença no estudo dos critérios em comento na obra desses autores é que norteará a escrita deste artigo.

Uma frase de Bobbio (2001) condensa toda a justificativa deste trabalho: “a nossa vida se desenvolve em um mundo de normas”. Se as normas estão tão presentes na vida dos indivíduos, mister se faz compreendê-las melhor. E será isso o que se procura aqui, a partir da análise dos escritos dos dois *jusfilósofos* já destacados.

Para tanto, utilizar-se-á, aqui, a pesquisa bibliográfica, atentando-se às principais obras escritas por Bobbio e Kelsen, especialmente a *Teoria da Norma Jurídica*, do primeiro, e a *Teoria Pura do Direito*, do último, além de outros trabalhos acadêmicos que tratam do assunto. O método comparativo, nesse sentido, também será de grande valia neste estudo, pois contribuirá para conseguirmos fazer um paralelo entre os pensamentos dos dois autores, objetivo geral deste trabalho.

Optou-se, no que diz respeito à exoestrutura desta monografia, em iniciá-la discorrendo acerca do pensamento de Bobbio, mesmo este vindo cronologicamente depois de Kelsen. Essa escolha se fundamenta na existência do capítulo segundo do livro *Teoria da Norma Jurídica*, daquele autor, intitulado de “Justiça, Validade e Eficácia”. Como Bobbio já bem define os critérios no texto citado, interessante seria partir dessa leitura, já delimitada pelo capítulo em pauta, para, depois, buscar – na obra kelseniana – os mesmos critérios que, como se poderá ver, mesmo estribado na mesma filosofia do *juspositivismo*, diferenciar-se-á do que é pregado por Bobbio, em alguns aspectos. Em um último momento, já traçando algumas considerações à guisa de conclusão, tentar-se-á relacionar os pensamentos dos dois autores escolhidos.

2 Os critérios de justiça, validade e eficácia da norma jurídica no pensamento de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio nasceu em Turim, no norte da Itália, em 18 de outubro de 1909. Ele é um dos mais ilustres jusfilósofos do século XX. Estudou Direito e Filosofia na Universidade de Turim. Doutorou-se também em Turim. Obteve, a posteriori, a livre docência em Filosofia do Direito. Foi Professor de Filosofia do Direito em Camerino (1936-1938), em Siena (1938-1940), em Pádua (1940-1948) e, de 1948 a

3 “O positivismo jurídico é uma doutrina do direito que considera que somente é direito aquilo que é posto pelo Estado. Surge para repelir, no *jusnaturalismo*, tudo aquilo que ultrapasse os limites do que não fora posto e aprovado pelo Estado, revestindo este de único criador do Direito” (BOBBIO apud QUEIRÓZ, 2011, p. 41). “Pode-se dizer que o *juspositivismo* representa, no ápice da modernidade, uma tentativa de trazer maior rigor e exatidão para seus postulados, como que em uma exatidão matemática, adequando-se o fato concreto à norma hipotética” (QUEIRÓZ, 2011, p. 41).

1972, lecionou na Faculdade de Direito da Universidade de Turim. De 1973 a 1984, lecionou Filosofia Política na Faculdade de Ciências Políticas da mesma Universidade, sendo também senador vitalício. Ele faleceu em 9 de janeiro de 2004, aos 94 anos.

Bobbio – que era um exímio defensor do *Juspositivismo* – deixou uma vasta produção acadêmica, com escritos concisos, lógicos e, ainda assim, densos. Dentre a sua produção, destaca-se, aqui (por sua pertinência), a obra *Teoria da Norma Jurídica*, que, em seu capítulo II, traz à baila alguns comentários sobre os critérios da “Justiça, Validade e Eficácia” da Norma Jurídica.

Segundo Bobbio (2001), para se estabelecer uma Teoria da Norma Jurídica, com fundamentos sólidos, faz-se imprescindível que esta seja submetida a três valorações distintas e independentes uma das outras, a saber: **a) se é justa ou injusta; b) se é válida ou inválida; c) se é eficaz ou ineficaz.**

2.1 Justiça

O problema da justiça “é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico” (BOBBIO, 2001). O autor em comento não toca na questão que busca refletir se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Ele quer tão somente “constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que estes fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra” (BOBBIO, 2001).

Considerando a existência desses valores supremos, “objetivamente evidentes, a pergunta se uma norma é justa ou injusta equivale a perguntar se é apta ou não a realizar esses valores” (BOBBIO, 2001). Entretanto, no caso de desconsideração destes valores absolutos, “é concernente perguntar se a norma é apta ou não a realizar valores históricos que inspiram um ordenamento [jurídico] concreto e historicamente determinado” (PETRUCELLI, 2008).

O saber se uma norma jurídica é justa ou injusta é um aspecto contrastante entre o mundo ideal e o mundo real, entre o que deve ser e o que é. Dito de uma outra forma, o problema da justiça, então, se refere à dicotomia entre o mundo ideal e o mundo real, ou seja, entre o que deve ser e o que de fato é: norma justa seria aquela que deve ser; e injusta aquela que não deveria ser. o que diagnostica o problema da justiça como um problema *deontológico do Direito*.

Logo, sobre a questão da justiça da norma jurídica, “é necessário examinar a aptidão para o ideal do bem comum e entre o *dever ser*, que significa a norma justa, e o *não dever ser*, que reflete a norma injusta” (BAGGENSTOSS, 2014)

2.2 Validade

A validade relaciona-se à estrita observância técnica, não se ajuíza de um ponto de vista axio-valorativo, mas sim técnico-jurídico. Portanto,

Saber se uma norma é válida é saber se esta faz parte do ordenamento jurídico, desta forma três análises podem ser feitas: indagar da autoridade do órgão que a emanou; saber da sua possível ab-rogação, direta ou implícita. Tratamos aqui da problemática “ontológica do direito”. (LOURINHO, 2011).

Com efeito, há de se constatar se uma regra jurídica existe ou não, já que a validade relaciona-se diretamente com a existência da regra posta, independentemente do juízo de valor sobre ela, se ela é justa ou não. Em resumo, a validade jurídica de uma norma equivale à existência dessa norma como regra jurídica.

Como já demonstrado em uma citação acima, para se decidir se uma norma é válida é necessário fazer três averiguações:

- i) *Se a autoridade de quem ela originou-se tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*: esta investigação conduz até a *Norma Fundamental*, termo (e conceito) kelseniano, que Bobbio (1999) explica no seu livro *Teoria do Ordenamento jurídico*: “a norma fundamental é o critério supremo que permite estabelecer se uma norma pertence a um ordenamento; em outras palavras, é o fundamento de validade de todas as normas do sistema”.
- ii) *Se foi ab-rogada*: não obstante tenha sido emanada de um comando autorizado, pode ter sido ab-rogada por uma outra norma jurídica que a tenha expressamente sucedido no tempo, ou tenha regulado, de maneira diferente, a mesma matéria.
- iii) *Se não é incompatível com outras normas do Sistema*: Também chamada de “*ab-rogação implícita*”. Tem-se, nesta hipótese, que averiguar se não há uma incompatibilidade com uma norma hierarquicamente superior (a Constituição seria o melhor dos exemplos), ou, outrossim, com norma posterior. Em ambos os casos, ter-se-ia a invalidade (automática) da norma jurídica analisada.

2.3 Eficácia

O Direito Positivo “não é elaborado para permanecer guardado, sob a forma de texto, nos códigos e nas leis, mas destina-se à concreção na realidade social, à aplicação no tempo e no espaço” (MENDONÇA, 2010). Não basta, por isso, que a lei seja *vigente*; é preciso que ela seja, também, *eficaz*, ou seja, que cumpra a finalidade a que foi predestinada.

A eficácia diz respeito à norma na sua relação com os destinatários da mesma, a questão que se coloca é saber se uma determinada norma é ou não seguida e as razões advenientes, no caso de resposta negativa, é aqui colocado o ‘problema fenomenológico do direito. (LOURINHO, 2011). Em

síntese, a eficácia está relacionada ao problema de uma norma ser ou não seguida pelas pessoas [os chamados *destinatários da norma jurídica*, no entender de Bobbio (2001)] a quem ela se dirige, e, no caso de violação, se ela é imposta através de meios coercitivos oferecidos pela autoridade legítima.

A existência de uma norma jurídica não implica que ela seja também constantemente seguida, daí a independência dos critérios, tão defendida por Bobbio. Ainda sobre a eficácia da norma jurídica, Bobbio (2001, p.47-48) leciona:

Não é nossa tarefa aqui indagar quais possam ser as razões para que uma norma seja mais ou menos seguida. Limitamo-nos a constatar que há de existir normas que são seguidas universalmente de modo espontâneo (e são as mais eficazes), outras que são seguidas na generalidade dos casos somente quando estão providas de coação, e outras, enfim, que são violadas sem que nem sequer seja aplicada a coação (e são as mais ineficazes). A investigação para averiguar a eficácia ou a ineficácia de uma norma é de caráter histórico-sociológico, se volta para o estudo do comportamento dos membros de um determinado grupo social e se diferencia, seja da investigação tipicamente filosófica em torno da justiça, seja da tipicamente jurídica em torno da validade. Aqui também, para usar a terminologia douda, se bem que em sentido diverso do habitual, pode se dizer que o problema da eficácia das regras jurídicas é o problema fenomenológico do direito.

2.4 A independência e a confusão dos três critérios

Como já esclarecido, Justiça, Validade e Eficácia são critérios independentes que dão origem a três ordens distintas de problemas. Logo, a existência de um não pressupõe a existência do outro. Estes três critérios de valoração de uma norma dão origem às seguintes proposições:

i) *Uma norma pode ser justa sem ser válida:* O exemplo mais ilustrativo dessa possibilidade é o referente ao *Jusnaturalismo*, já que os teóricos dessa doutrina formulavam em seus tratados um sistema de normas advindo de princípios jurídicos universais. Quem formulava estas normas, considerava-as justas, porque as inferia de princípios universais de justiça. Estas normas formuladas pelos *Jusnaturalistas*, no entanto, não seriam, pois, válidas, a não ser que escritas em um Tratado de Direito Natural. Tornar-se-iam válidas na justa medida em que fossem acolhidas por um sistema de Direito Positivo. “O direito natural pretende ser o direito justo por excelência, mas somente pelo fato de ser justo não é também válido” (BOBBIO, 2001, p. 48).

ii) *Uma norma pode ser válida sem ser justa:* Nenhum ordenamento jurídico é perfeito: por vezes há uma distância entre o ideal de justiça e a realidade do Direito. É possível comprovar a afirmação com fatos históricos; os regimes de escravidão, comuns nas sociedades passadas, postulavam normas que uma pessoa mediana e racional da atualidade não consideraria justa, entretanto, uma vez positivada em sociedades antigas, tal norma era válida.

iii) *Uma norma pode ser válida sem ser eficaz:* “O caso mais clamoroso é sempre o das leis de proibição de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América, que vigoraram durante vinte anos entre as duas guerras” (BOBBIO, 2001, p. 49). Durante esse período, o consumo de bebida alcoólica não foi

inferior ao período imediatamente sucessivo, quando a lei seca foi abolida. As leis de proibição de bebidas alcoólicas nos EUA eram, portanto, leis válidas, mas não eficazes.

iv) Uma norma pode ser eficaz sem ser válida: Há muitas normas sociais que vão sendo seguidas espontaneamente ou pelo menos habitualmente, isto é, são eficazes. “Estas regras, pelo simples fato de serem seguidas, não se tornam por isso regras pertencentes a um sistema jurídico, ou seja, adquirem validade jurídica” (BOBBIO, 2001, p. 49-50).

. Como exemplo, têm-se as regras de boa educação, que são eficazes no sentido de que são aceitas e aplicadas por todos, mas para serem válidas é necessário a incorporação em um sistema de direito objetivo.

v) Uma norma pode ser justa sem ser eficaz: “Se a norma pode ser justa sem ser válida, também podemos dizer, *a fortiore*, que pode ser justa sem ser eficaz” (LOURINHO, 2011), tendo em vista, principalmente, a dificuldade de aplicação da justiça. Muitos são aqueles que levantam suas vozes para exaltar a justiça com palavras, mas poucos são os que transformam em ato todo aquele belo discurso.

vi) Uma norma pode ser eficaz sem ser justa: “O fato de uma norma ser universalmente seguida não demonstra sua justiça, assim como também, o fato de não ser absolutamente obedecida não pode ser considerado prova de sua injustiça” (BOBBIO, 2001, p. 50). Com efeito, existe uma independência entre os critérios; a justiça é independente da validade, mas também independente da eficácia.

A apreciação dessas seis proposições torna mais clara a observância da independência desses critérios. Desta feita,

A sugestão e análise independente visa o afastamento de certas teorizações reducionistas que reconduzem validade à justiça (doutrina do direito natural), ou justiça à validade (positivismo jurídico) ou, por fim, a validade à eficácia (realismo) e que são descaracterizadoras da totalidade dos três elementos constitutivos da ‘experiência jurídica’ (LOURINHO, 2011, p.105).

A doutrina do *Direito Natural* reduz a validade à justiça, quando afirma que uma norma só é válida se é justa, ou seja, faz depender a validade da justiça. Já a concepção *positivista* reduz a justiça à validade, afirmando que uma norma é justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade. O *Realismo jurídico*, para completar a tríade, reduz a validade à eficácia, quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em um ordenamento jurídico positivo (em uma Constituição, ou um Código, ou, ainda, em um corpo de leis), mas é aquele que “os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia” (BOBBIO, 2001, p.54).

Bobbio (2001. P.54) considera que todas “as três concepções estão viciadas pelo erro do ‘reducionismo’, que leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos

constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam”. Para ele, a primeira e a terceira desconsidera a importância do problema da validade; a segunda, do problema da justiça.

Se Bobbio insiste sobre a distinção e independência dos três valores é porque ele julga prejudicial sua confusão e, sobretudo, considera que não pode aceitar outras teorias que não fazem esta distinção claramente, e tendem, ao contrário, a reduzir ora um, ora outro dos três aspectos, aos outros dois, elaborando, como se costuma dizer, através de feio neologismo da linguagem filosófica, um “reducionismo”⁴.

3 Os critérios de justiça, validade e eficácia da norma jurídica no pensamento de Hans Kelsen

Hans Kelsen, um dos mais importantes e influentes estudiosos da Ciência Jurídica, nasceu na cidade de Praga, em 11 de outubro de 1881. É na Universidade de Viena que Kelsen constrói sua carreira acadêmica, graduando-se (em Direito e Ciência Política), doutorando-se (em Ciências Jurídicas) e tornando-se Livre-docente (em Direito Constitucional e Filosofia do Direito), onde também lecionou disciplinas afins às suas áreas do saber. Em 19 de abril de 1973 Kelsen vem a falecer em Orinda, perto de Berkeley.

Ele é autor de uma vasta produção acadêmica. Seus livros são lidos por todo o mundo, ainda hoje. Dentre eles, destaca-se, aqui, as seguintes obras: *Teoria Pura do Direito* (principalmente essa), *O Problema da Justiça* e *O que é Justiça?*, que serão utilizadas aqui para se buscar os critérios de Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas, como se verá a seguir.

3.1 Justiça

Na segunda edição da obra *Teoria Pura do Direito*, publicada em 1960, Kelsen incluiu um ensaio sobre o problema da justiça, reconhecendo a importância do problema para a política jurídica. No entanto, ele isolou-o do texto, apresentando-o como apêndice, por entender que o problema da justiça, como problema valorativo, deveria situar-se fora de uma Teoria do Direito, que se limitaria, por sua vez, à análise do Direito Positivo como sendo a realidade jurídica (única).

Pode-se depreender que a metáfora de separar o ensaio do resto da obra é ilustrativa do pensamento kelseniano, não porque ele defendia uma separação da justiça do Direito, mas porque entendia que aquela não seria uma *conditio sine qua non* da ordem social ou jurídica de um lugar. Segundo o autor em tela, “a justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária de uma ordem social” (KELSEN, 2001, p. 01).

⁴ Para um estudo mais aprofundado ver BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru (SP): EDIPRO, 2001.

A norma, portanto, não tem a pretensão de ser justa. Ela pode ou não ser justa, mas vai depender do intérprete, evidenciando a relatividade do conceito de Justiça no espaço e no tempo, pois não há um valor absoluto, e sim valores relativos; não há justiça absoluta, mas justiça relativa, ou seja, certos valores baseados no juízo de valor de alguém ou de um grupo não podem eliminar a possibilidade de valores assimétricos ou até opostos, pertencentes a outrem ou a um outro grupo. Ora, “isto significa dizer que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral” (KELSEN, 1998, p.76).

Logo, fica evidenciado que uma moral relativa ou um parâmetro de justiça (também relativo) não podem fornecer uma medida ou padrão absoluto para valoração de uma ordem jurídica positiva.

Com efeito, Kelsen não dá definição própria de Justiça e sustenta que a valoração ética do Direito não é função da Ciência Jurídica. Na verdade, Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, “postula o divórcio completo entre o mundo ser (*sein*) e o mundo do dever ser (*sollen*) ao declarar a total autonomia do Estado no processo da nomogênese e da coação” (CICCO, 2006, p. 298).

Ainda sobre o assunto em comento, Kelsen (2011 p. 3-4) disserta:

A justiça de um indivíduo é a justiça de sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa. Podemos designar esta norma como norma da justiça. Como as normas da moral são normas sociais, isto é, normas que regulam a conduta de indivíduos em face de outros indivíduos, a norma da justiça é uma norma moral; e, assim, também sob este aspecto conceito de justiça se enquadra no conceito da moral.

Nesse diapasão, consoante o pensamento kelseniano, em função da íntima relação entre a justiça e a moral, o jurista deve se manter neutro, indiferente em relação ao conteúdo desta norma, já que esta é a sua função. O jurista deve observar o conteúdo da norma jurídica, e não discutir o valor de justiça em que ela se fundamentou, ou seja, não cabe ao jurista introduzir elementos valorativos no seu discurso descritivo do direito. A Ciência Jurídica também não tem que aprovar ou desaprovar o seu objeto, isto não cabe a ela; deveria apenas reconhecer e descrever, como já foi evidenciado. Seria uma descrição e reconhecimento alheios a valores. Nesse diapasão, “Kelsen reconhecia que não é possível nenhuma garantia de que uma determinada ordem jurídica possa ser considerada efetivamente justa em dado momento” (KOZICKI, 2007. 16). Ademais, não existe um elemento transcendental ou último que possa outorgar ao direito positivo a pretensão de correção.

A justiça para Kelsen, portanto, não deve ser discutido na Teoria Pura do Direito, cujo objetivo é única e exclusivamente o de conhecer o objeto do Direito por meio da Ciência do direito e seu método de pureza normativa, a questão de saber como deve ser o Direito. O objeto é responder à pergunta: ‘que é o direito?’ e não ‘o que deve ser o direito.’

O adjetivo “Pura” presente no título de sua obra, bem como de sua Teoria, propõe garantir um conhecimento apenas dirigido a norma jurídica em sua forma peculiar, “excluindo” deste, conseqüentemente, todo conhecimento que não pertença ao seu objeto, tudo que não possa, rigorosamente, ser determinado como norma jurídica. Em suma, Kelsen quer libertar a Ciência Jurídica de todos os elementos que lhes são estranhos. Esse é o princípio metodológico fundamental de sua teoria.

Se propõe a produzir um conhecimento voltado exclusivamente ao Direito, apartando-o de tudo que não pertença ao mesmo, como a psicologia, sociologia, ética e teoria política, evitando um sincretismo metodológico que pudesse obscurecer a essência da ciência jurídica, apesar de reconhecer a conexão da mesma face das disciplinas (MELO, 2014, p. 413).

3.2 Validade e Eficácia

Kelsen, mesmo reconhecendo a dualidade de critérios nesse caso, vê uma íntima conexão entre a validade e a eficácia.

O critério da validade da norma jurídica está relacionado à *Norma Fundamental*, pressuposto lógico, sem matéria, fora do ordenamento e daria, por conseguinte, validade a todas as normas, inclusive à Constituição. Isto é, a norma fundamental seria a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem jurídica essencialmente dinâmica.

Em outras palavras, a definição da norma fundamental está intimamente ligada ao conceito de validade, pois o fundamento de validade de uma norma jurídica apenas pode decorrer da validade de uma outra norma jurídica, porque, para Kelsen, todas as normas necessitam de fundamento. É justamente nessa norma fundamental que poderá ser encontrado “o elemento de coesão e o fundamento último, e comum, de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, apesar deste fundamento último de validade não dispor a respeito do conteúdo da ordem dele derivada” (MELLO, 2014, p.412).

Destarte, para averiguar se uma norma é válida, ter-se-ia que verificar se a mesma está de acordo com a norma imediatamente superior naquela hierarquia do ordenamento jurídico, e ir subindo até a Norma Fundamental. Dito de uma outra forma, o fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica está relacionado a se essa norma foi produzida de acordo com a norma fundamental, por meio da manifestação legítima de vontade de uma autoridade. Em vista disso,

Na concepção kelseniana, a validade de uma norma apenas pode ser buscada em outra, considerada como hierarquicamente superior. Para que a norma seja reputada como existente ela precisa, necessariamente, cumprir com os requisitos de validade postos pelo próprio ordenamento, sem precisar buscar lastro em qualquer circunstância empírica ou matajurídica. Assim, as normas perfazem um sistema que encontra fundamento comum de validade na denominada norma fundamental (*grundnorm*) (MELLO, 2014, p.412).

Assim, para estabelecer a validade das regras de direito e das instituições jurídicas, Kelsen afasta qualquer preocupação com sua justiça ou valor. Não lhe interessa o conteúdo das normas. Seu conteúdo é irrelevante para a definição da validade, apenas seu aspecto formal de subordinação à regra fundamental é observado.

Já a eficácia em Kelsen teria a semântica similar à eficácia em Bobbio, visto que ambas se referem ao respeito da norma jurídica pelos seus destinatários, ou seja, se a norma jurídica está sendo ou não seguida por aqueles a quem ela se dirige. Ela está relacionada, nesse ínterim, à aplicação e à observação da norma, isto é, se refere à condição de existência no mundo do *ser* e não ao fundamento de validade da norma, enquanto *dever-ser*.

As normas jurídicas não são geradas por acaso, mas visando a alcançar certos resultados sociais planejados, como fórmula capaz de resolver problemas de convivência e de organização social (NADER, 2012). Para que a eficácia se manifeste, indispensável é que seja observada socialmente. Eficácia pressupõe, destarte, efetividade.

O relacionamento entre eficácia e a validade é uma das questões mais complexas enfrentadas pela teoria kelseniana, Para a validade da norma não é suficiente o respeito a norma fundamental. É necessário, ainda, um mínimo de eficácia.

Kelsen rejeita a afirmação que a validade não depende da eficácia de forma alguma, mas também que validade e eficácia se identificam. Assim, tanto a norma jurídica (singular) quanto o ordenamento jurídico como um todo deixam de ser validas se perderem a eficácia.

Entretanto, também seria incorreto concluir que a vigência não tenha qualquer relação com a eficácia. O descumprimento da norma não a invalida. Em verdade, a prática de um ato ilícito é o pressuposto para que haja a aplicação do direito pelos tribunais (Kelsen, 1998). Dessa maneira há normas jurídicas que não são observadas em determinadas situações ou durante algum tempo, mas que não adquirem, necessariamente, o caráter de normas inválidas. Aqui podemos afastar de vez a relação sugerida pelo realismo jurídico de Alf Ross, a qual reduz a validade à eficácia (BOBBIO, 2001).

Nesse diapasão, a regra é a de que a eficácia da norma, entendida tanto enquanto observância por parte dos jurisdicionados quanto aplicação pelas autoridades competentes, não opera efeitos concernentes à validade, a não ser na hipótese dela ser duradouramente ineficaz. Qualquer norma jurídica totalmente ineficaz é inválida. Com efeito, o campo da validade das normas é a obrigação, isto é, as normas devem ser obedecidas, ao passo que a eficácia é de certa forma um atributo secundário, ou seja, fica no campo da sua aplicação e do seu cumprimento (EBAID, 2013).

Certamente uma norma jurídica positiva não perde sua validade por não ter sido aplicada em determinados casos particulares. A não observância em uma situação específica ou temporária não

macula a vigência de uma norma jurídica particular. Do mesmo modo, uma ordem positiva não sofre com o mesmo problema pontual.

De outro lado, há acentuadas críticas à *grundnorm*, uma vez que, ao adotá-la, Kelsen indiretamente imputou a eficácia global como algo elementar à validade do ordenamento jurídico como um todo.

Imaginemos o exemplo de um bando de bandoleiros e de um agente fiscal (funcionário público) que exige dinheiro por parte de um comerciante. A exigência do bandoleiro não é juridicamente válida uma vez que não se pode sustentar na norma fundamental, ao contrario da ordem do funcionário público. Ora, o fundamento reside no fato que o direito instituído pelo Estado se revela em termos globais, eficaz e considera ilícita a exigência dos bandoleiros (COELHO, 2012).

Diferente seria caso ocorresse um crescimento tal na estrutura dessa organização de bandoleiros que os comandos gerais e individuais de seus órgãos acabassem sendo cada vez mais respeitadas pelas pessoas a quem tais ordens fossem dirigidas. Se a ordem estabelecida pelos bandoleiros entrar em um confronto com a ordem estatal e suplanta-la, poderia considerar tais ordens provindas pelo estado como ilícitas. É o que Kelsen (1988) chama de revolução.

Neste cenário hipotético a ciência do Direito tal como concebida por Kelsen deveria substituir a norma hipotética fundamental que da legitimidade através da constituição para a autoridade estatal por uma norma hipotética fundamental que legitimem a autoridade do bando de Salteadores. Ou seja, houve uma perda da eficácia global da ordem jurídica do estado e uma consolidação da eficácia global da ordem dos bandoleiros. Houve uma mudança numa situação factual de poder que suprime a norma fundamental. O mesmo raciocínio poderia ser usado para elucidar um confronto do estado com um grupo político revolucionário ou ainda um Estado invasor.

Por conseguinte, O Ordenamento como um todo não perde sua validade em razão de uma ou mais normas ineficazes. A eficácia é medida em termos globais. A validade de uma ordem jurídica não depende da eficácia de todas as normas que a compõe.

Observa-se, desta maneira, que, por um lado, Kelsen separa validade e eficácia, e, por outro, as identifica.

[Ele] sublinha a desvinculação existente entre as esferas da validade e da eficácia, aquela de natureza formal, lógica, e esta material, sociológica. Para ser válida, a norma jurídica não precisa ser eficaz. Contudo, um mínimo de eficácia é condição de validade, visto que a norma jurídica válida pode perder tal atributo ao longo do tempo em razão do desuso. Mas o mínimo de eficácia não é pressuposto da validade, papel reservado exclusivamente à norma fundamental (MATOS, 2011, p. 49).

Mesmo separando os critérios, Kelsen notou que, sem um mínimo de eficácia a norma não poderia ser válida. Isto é, a norma teria de ter as condições mínimas para que a conduta regulada pudesse ocorrer ou não no plano dos fatos, para alcançar validade.

4 Considerações finais

Ao longo deste trabalho buscou-se compreender como foram lidos os critérios de *Justiça, Validade e Eficácia* nos pensamentos de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, principalmente nas obras *Teoria da Norma Jurídica* e *Teoria Pura do Direito*, entre outras.

Observou-se aqui que os critérios em comento são demasiadamente próximos uns dos outros, com uma linha tênue que os separa. No entanto, cada um deles, como foi visto, guarda suas particularidades, mesmo Kelsen “condicionando” a validade a um mínimo de eficácia, ele parece optar pela independência dos critérios, desta forma não se confunde validade e eficácia, esta é apenas condição para aquela. De maneira muito mais explícita Bobbio também advogou pela autonomia dos critérios (mesmo reconhecendo a interligação evidente dos mesmos).

Concluiu-se, portanto, que, também pelo fato de serem ambos *Juspositivistas*, os dois autores têm alguns aspectos em comum em suas doutrinas, no que se referem aos critérios da *Justiça, Validade e Eficácia*. Todavia, divergem em alguns outros pontos.

Bobbio e Kelsen concordam que a Justiça seja de âmbito subjetivo; Para Bobbio seria a dicotomia entre o mundo ideal e o mundo real. Assim a norma Justa é aquela que *deve ser* e injusta aquela que não *deveria ser*, porém o problema de justiça não é cabível em uma análise descritiva como feita pelo positivismo jurídico, este irá verificar prioritariamente o problema de validade.

Por sua vez, Kelsen ao tentar fazer uma teoria pura do direito, para estudar exclusivamente seu objeto, conclui que a ciência do direito não deve buscar verificar o problema da justiça. Não cabe a mesma saber como o direito deve ser.

No que tange a validade Bobbio elenca três critérios para verificá-la: Averiguar se a autoridade de quem emanou tinha o poder legítimo para produzir normas jurídicas; Comprovar se não foi ab-rogada; Verificar se não é incompatível com outras normas do sistema também particularmente com uma norma hierarquicamente superior.

A Validade em Kelsen se relaciona diretamente com a norma fundamental; existindo três pressupostos: competência da autoridade que a editou, derivada da norma fundamental; o mínimo de eficácia, sendo irrelevante sua ineficácia pontual ou temporária; eficácia global da ordem de que é componente.

Finalmente, acerca da Eficácia, os dois autores em tela concordam que é uma discussão em torno da aplicação e da observação da norma. Acreditam que está muito próxima à Validade, porém uma

não deve ser confundida com a outra, eficácia da ordem jurídica seria apenas o pressuposto da vigência e não a própria vigência.

Referências

- BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. A contemporaneidade das teorias reducionistas a partir da teoria jurídica bobbiana. *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 6, n. 2, julho-setembro, 2014, pp. 167-175.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Bauru (SP): EDIPRO, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora UnB, 1999.
- CICCO, Cláudio de. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Para Entender Kelsen**. 6ª. Ed. São Paulo: Saraiva 2012.
- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Existência, Vigência, Validade, Eficácia e Efetividade das Normas Jurídicas. *In: Revista Ciência Jurídica*, ano VII, v. 49, jan./fev., 1993, pp. 27-46.
- EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin. O Confronto das Teorias de Hans Kelsen e Robert Alexy: entre o Normativismo e a Dimensão pós-positivista. *In: Colloquium Humanarum*, vol. 10, n. Especial, jul./dez., 2013, pp. 95-100.
- KELSEN, Hans. **O problema da Justiça**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- KELSEN, Hans. **O que é Justiça?: a Justiça, o Direito e a Política no espelho da Ciência**. 3ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KOZICKI, Katya. Afinal, o que significa uma “Teoria do Direito”? *In: CERQUEIRA, Daniel Torres; FREGALE FILHO, Roberto. O Ensino Jurídico em Debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas (SP): Millennium Editora, 2007.
- LOURINHO, Sergio Manuel. Norberto Bobbio e uma Teoria Geral do Direito. *In: Revista Jurídica das Faculdades Secal*, Ponta Grossa, v. 1, n. 1, jan./jun., 2011, pp. 96-118.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. A Norma Fundamental de Hans Kelsen como postulado científico. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, jan./jun., 2011, pp. 41-84.
- MELLO, Pedro César Ivo Trindade. A relação entre Eficácia e Validade das Normas Jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen. In: Conpedi/Ufsc. (Org.). **A relação entre Eficácia e Validade das Normas Jurídicas: diálogo entre as Teorias de Alf Ross e Hans Kelsen**. 23ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. T314, p. 411-433.
- MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao Estudo do Direito**. 3ª. ed. São Paulo: Rideel, 2010.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 29ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- PETRUGELI, Isabel Helena Andrade. Justiça, Validade e Eficácia das Normas Jurídicas – uma comparação entre a Teoria da Norma Jurídica de Norberto Bobbio e a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. *In: Revista E-Civitas*, Uni-BH, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, 2008.
- QUEIRÓZ, Daniela Costa. A Crise do *JusPositivismo*. *In: Lumiar - Revista de Ciências Jurídicas*, Ponta Grossa, v. 3, n. 1, 2011, pp. 39-45.



DEMOCRACIA E RESISTÊNCIA NA GESTÃO URBANA DE FORTALEZA: um olhar a partir do cicloativismo

Rafael de Mesquita Ferreira Freitas¹

Harley Sousa de Carvalho²

RESUMO: Trabalho destinado a estudar e compreender o papel do cicloativismo na gestão urbana de Fortaleza, mais especificamente na temática de mobilidade. São analisados os grupos Ciclovida, Ciclanas e Massa Crítica, buscando apresentar diferenças e semelhanças em sua estrutura, atuação, demandas e formas de diálogo com o Poder Público e os demais cidadãos, bem como as tensões daí decorrentes. Busca-se através de uma investigação predominantemente sociológica ofertar uma compreensão da dinâmica de tais grupos e da política urbana para além dos discursos oficiais e das formalidades jurídicas, dando ênfase ao olhar de quem escolhe a bicicleta como seu meio de mobilidade urbana.

Palavras-chave: Gestão democrática. Cicloativismo. Ciclovida. Ciclanas. Massa Crítica.

ABSTRACT: This work intend to study and comprehend the role of the “cicloativismo” (bicycle advocacy) in the urban management of Fortaleza, more specifically about mobility. Will be analyzed the groups Ciclovida, Ciclanas e Massa Crítica, seeking out to present the differences and similarities in their structure, acting, demand and dialog with Public Power and other citizens, as well the tensions resulting. We aim trough a predominantly sociologically investigation offer a understanding of the dynamics of such groups and the urban politics beyond official discourses and juridical formalities, giving emphasis to the look of those who choose bicycle as their way of urban mobility.

Keywords: Democratic managemen. Bicycle advocacy. Ciclovida. Ciclanas. Massa Crítica.

1 Introdução e problematização

A Lei Federal 10.257 de 2001, autodenominada Estatuto da Cidade, buscou consolidar um novo paradigma para a política urbana brasileira, pautando-se, sobretudo, na busca por construir cidades em respeito à sua função social e do bem-estar dos habitantes tal como determinado pelo artigo 182 da Constituição Federal de 1988.

1 Graduando em Ciências Sociais (UFC). Graduação em Estatística (UFC). Bolsista CNPq.

2 Graduado em Direito (FA7). Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional (UFC). Bolsista CNPq.

Para inaugurar novas perspectivas em matéria de planejamento urbano, o Estatuto previu, entre suas diretrizes, o estabelecimento de uma gestão democrática da cidade (art.2, II), compreendendo a participação da população e de associações representativas na formulação, execução e acompanhamento dos planos e projetos para o desenvolvimento urbano.

Porém, os desafios para a efetivação de uma gestão democrática são de tamanha profundidade que não podem ser superados apenas com alterações na legislação urbanística. Encontra-se especial dificuldade em localizar no Poder Público canais institucionais que permitam a efetiva participação e expressão da sociedade civil na elaboração das políticas urbanas, estando arraigada numa postura burocrática e autocentrada na própria administração pública que escapou dos recentes impulsos democratizantes (LOPES FILHO, 2010, p.200), limitando-se a receber a investidura democrática por via eleitoral e, após a conclusão deste processo, atuar de forma apartada aos influxos mais populares.

Todavia, esse hermetismo do Poder Público cede muitas vezes aos grupos de pressão formados pelos setores economicamente mais fortes. A atuação de lobistas, pressão midiática, esquemas de corrupção e financiamento de campanha tornam-se ferramentas fundamentais para influenciar em um modelo de desenvolvimento urbano mais condizente com suas pretensões, sendo determinante o reconhecimento de tais fatores em análises científicas dos temas sociais e políticos (BONAVIDES, 2010, p. 460)

A compreensão desse quadro fático e normativo é necessária para situarmos e analisarmos as ações dos grupos cicloativistas em Fortaleza. Tais grupos, cientes dos graves problemas apresentados na cidade, buscam influenciar novas concepções de mobilidade, em sentido estrito, e de cidade, em sentido amplo, que historicamente foram ignorados por um planejamento urbano especialmente voltado para os meios de transporte motorizados. A atuação se dá por múltiplas frentes, desde associação juridicamente formalizada, que atua formalmente perante o poder público e que se depara com as dificuldades em dialogar com uma administração pouco aberta e transparente, até os grupos informais, focados em intervenções diretas e práticas de resistência, os quais convivem com reiteradas tentativas de criminalização da sua atividade.

A exposição se dará pela ordem cronológica dos movimentos. O primeiro coletivo será a “Massa Crítica”, grupo não constituído juridicamente e responsável por ações mais incisivas e à margem das vias institucionais, estando em constante tensão com o Poder Público municipal. O segundo grupo é a “Ciclovida”, associação juridicamente constituída que possui diversificadas formas de atuação que incluem a participação no Plano Diretor Cicloviário até realização de oficinas educativas sobre direitos e conscientização política dos usuários de bicicleta. Por fim, estudaremos as “Ciclanas” que adiciona ao debate da mobilidade urbana as demandas específicas de ciclistas do sexo feminino. Em comum, os grupos apresentam a persistência em romper com um *status quo* urbano, condutas essenciais para o

estabelecimento de novas práticas e políticas para uma Fortaleza que, em conformidade com o disposto na Constituição Federal e com a Carta Mundial pelo Direito à Cidade, cumpra com sua função social.

Portanto, uma leitura dos movimentos cicloativistas será insuficiente caso sejam analisados exclusivamente a partir da lógica binária entre lícito e ilícito, o que resulta na criminalização de uma série de práticas de resistências de tais movimentos. Diante disso, faz-se de suma importância a abertura da ciência jurídica para um diálogo com os esquemas e instrumentos interpretativos das ciências sociais que poderão revelar novas perspectivas para análise do problema. Desta feita, este trabalho foca na compreensão dos grupos cicloativistas citados, de suas dinâmicas e como colaboram ou buscam colaborar com a gestão da política urbana municipal. O ordenamento jurídico, por sua vez, será estudado com a finalidade de oferecer o contexto normativo que envolve os temas ora investigados, não representando sua dogmática aspecto principal deste trabalho.

2 Gestão Democrática e Direito à Cidade

Por que democratizar a política urbana? Essa é a primeira das questões que devemos compreender e responder para se obter uma adequada compreensão do tema ora investigado.

O espaço urbano é fruto de uma formação social (SANTOS, 2006, p.70), ou seja, na cidade a pessoa constrói o ambiente em que irá desenvolver sua vida individual e comunitária, estabelecendo relações afetivas, sociais, culturais, políticas e econômicas que compõem as múltiplas dimensões da vida humana. Diante disso, não se pode compreender o bem-estar dos habitantes de forma dissociada de sua cidade (BOMFIM, 2010, p.30), devendo-se trabalhar e analisar de modo integrado.

Contudo, embora haja uma intensa e inescapável relação entre a pessoa e sua cidade, nem a todos foi e é garantida a possibilidade de construir uma urbe que espelhe e acolha seus anseios. Pelo contrário, a formação do espaço urbano de Fortaleza é capitaneada pelos setores economicamente hegemônicos que estabelecem os principais traçados de nossas cidades (IPLANFOR, 2014, p.22), relegando aspectos secundários e marginais ao Poder Público ou à formação espontânea. As cidades brasileiras, tão plurais em seus aspectos humano e cultural, são excludentes nos aspectos social, econômico e político apresentando um cenário de patente segregação que, na leitura de Milton Santos e Maria Laura Silveira, resultou de uma “drenagem dos recursos sociais para a iniciativa privada” (2006, p. 306).

Foi na tentativa de dar uma resposta jurídica e política à essa realidade que o Estatuto da Cidade estabeleceu como pilares da política urbana o direito à cidade e à gestão democrática, objetivando construir uma nova realidade socialmente mais justa e aberta para nossas cidades.

Com o direito à cidade quer-se significar o direito dos cidadãos em terem uma cidade que atenda com sua função social, aí compreendidos os deveres de sustentabilidade, acesso à terra urbana, moradia, saneamento ambiental, infraestrutura, transporte, serviços públicos, trabalho e lazer (art. 2º, I).

Em complemento ao direito à cidade, a gestão democrática objetiva dar voz e força política aos segmentos tradicionalmente marginalizados nas discussões de planejamento de nossas cidades, como forma de contornar os efeitos degradantes da nossa urbanização precária. As necessidades da sociedade urbana deverão ser captadas democraticamente e não por meio de mentes iluminadas (SILVA, 2010, p. 108), buscando-se propostas de urbanização com menores custos humanos e sociais.

Cumprir lembrar, em correlação com o que é ora estudado, que os avanços democratizantes do direito urbanístico foram obtidos por meio da atuação e pressão de movimentos sociais e políticos que acolheram a bandeira da reforma urbana e do direito à cidade (SAULE JÚNIOR, 2007, p. 47-48). Logo, o próprio desenvolvimento da legislação dependeu largamente do engajamento da sociedade e sua pressão sobre os poderes constituídos, conseguindo inovações legislativas que fortalecem a base jurídica de sua atuação. Dito isto, podemos afirmar que o engajamento de movimentos sociais na política urbana não é apenas uma das diretrizes do Direito Urbanístico brasileiro, mas fator decisivo para a sua própria consolidação.

O impulso para a democratização da Política Urbana pode ser vislumbrado em todos entes federados. Na Constituição Federal de 1988, o art. 29, XII, prevê a participação de associações representativas no planejamento municipal. Na legislação federal, o Estatuto da Cidade estabelece modalidades de participação por conferências, audiências públicas, iniciativa popular de leis e projetos de desenvolvimento urbano (art.2º, II e art 43). Na legislação municipal de Fortaleza há, igualmente, inúmeras previsões de participação política, compreendendo desde a participação no Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano (Plano Diretor de Fortaleza, Lei Complementar n. 62, art. 290), participação na formulação da política de mobilidade urbana (LC 62, art. 35, XI) e em iniciativas populares de lei (art.5º da Lei Orgânica do Município) e de projetos urbanos (art.61 da Lei Orgânica do Município). Em outras palavras, esse arcabouço normativo impõe sobre o Poder Público o dever de democratizar a política urbana, não estando à disposição das conveniências políticas do gestor público (CARVALHO FILHO, 2009, p. 298).

Democratizar passa a ser visto com um objetivo mais amplo que a mera captação das necessidades da população, sendo indicado, igualmente, como meio necessário para a apropriação dos planos urbanísticos pela sociedade, concedendo-lhes força política e continuidade (IPLANFOR, 2014, p.9).

Atendendo especificamente ao tema da política de mobilidade urbana, podemos destacar alguns dispositivos legais que incluem o dever de democratizar sua elaboração e gestão. O artigo 7º, inciso V,

da lei 12.587 de 2012, coloca como objetivo da Política Nacional de Mobilidade Urbana “consolidar a gestão democrática como instrumento e garantia da construção contínua do aprimoramento da mobilidade urbana”. Já o Plano Diretor de Fortaleza determina o “estímulo à participação da sociedade nas políticas públicas de mobilidade urbana” (art. 35, XI), o que indica, ao menos na dimensão normativa, uma abertura para a participação.

3 Contexto Cicloativista

Para compreender o posicionamento e as ações do cicloativismo fortalezense é esclarecedor perceber-lo como parte de um movimento adaptado às particularidades locais, mas atrelado historicamente e ideologicamente a um fenômeno de escala nacional e mesmo global.

Como caso paradigmático do cicloativismo, pode-se citar o exemplo holandês uma vez que este país europeu conta, atualmente, com mais de 20.000 quilômetros de ciclovias e é destaque mundial em termos de transporte urbano em bicicleta. Com 26% de todo o volume de tráfego feito por esta modalidade, há 18 milhões de unidades para seus 16 milhões de habitantes (EMBAIXADA HOLANDESA DE CICLISMO, 2016).

Porém, nem sempre a Holanda foi tão receptiva aos ciclistas.

Na década de 60 a preferência por veículos automotivos cresceu, assim como os acidentes de trânsito com vítimas. Estudos apontam que a taxa de acidentes passou de cerca de 1.000 fatalidades em 1950 para mais de 3.300 em 1971 (sendo mais de 400 crianças envolvidas), e, em 2014, após a massificação da bicicleta como meio de mobilidade, houve uma regressão para aproximadamente 500 fatalidades. (SWOV - INSTITUTE FOR ROAD SAFETY RESEARCH, 2015, p.1-3).

Esse regresso histórico ao caso holandês se justifica pelo fato de que a Fortaleza atual, quanto à centralidade do carro como meio de mobilidade urbana, não se diferencia tanto das cidades holandesas dos 1960. A inclusão da bicicleta como meio de transporte a ser considerado nas políticas públicas é recente e tem acontecido, assim como no caso europeu, através da pressão popular. Até a emergência do cicloativismo, a bicicleta era ignorada como um modal de mobilidade urbana, o que pode ser evidenciado, por exemplo, pelo fato do Instituto de Pesquisa e Estratégia do Ceará (IPECE, 2013), ao traçar o perfil municipal de Fortaleza, quanto ao tema Mobilidade Urbana, em 2013, não fez qualquer citação ou análise em relação à bicicleta.

É justamente com a finalidade de romper com a invisibilidade política e social do ciclista urbano que o cicloativismo, através de variadas estratégias e linhas de atuação, emerge como elemento importante e pulsante nos debates das urbes brasileiras, podendo ser definido como

(...) um sistema de ideias que reconhece e investe na atividade, no protagonismo, na participação política em favor da inclusão da bicicleta com segurança e conforto no sistema de mobilidade urbana. Seus adeptos não compõem um bloco uniforme, mas suas diferentes

abordagens e concepções, através de diversos canais de relacionamento e de debate, levam ao amadurecimento do conjunto através da amarração de compromissos e da qualificação de métodos. (SOARES *et al.*, 2015, p. 8)

Diante da complexidade e dinâmica do cicloativismo, sua compreensão no contexto local exige uma análise pormenorizada dos grupos que compartilham desse sistema de ideias, embora diverjam sobre os meios de atuação e a ênfase dos discursos.

4 Cicloativismo em três atos

Os grupos pesquisados possuem, cada um, dinâmica peculiar de atuação. Apresentou-se como característico dos movimentos propagados por estes coletivos serem bastante interativos e autoconfiguráveis em suas demandas e modos de operar, fatores que levam a uma estrutura menos hierárquica e a maior participação dos membros (Castells, 2013, p. 25). Nota-se múltiplas expressões de necessidades e desejos evidentes nestes movimentos, o que resulta em formação de grupos que atuam com funções diferentes, mas que convergem para um tema predominante que culmina na pressão e apelo a novas formas de deliberação, representação e tomadas de decisão políticas (Castells, 2013, p. 30), qual seja: o uso da bicicleta como meio de transporte urbano. Porém questões como convívio urbano, segurança, cidadania, representatividade, economia, sustentabilidade e gênero caracterizam e complementam a luta destes ativistas.

O escopo deste trabalho não é aprofundar as formas de validação e estruturação de poder inerentes a cada um dos grupos, o que acreditamos ser objeto de pesquisa que poderia ser aprofundado em outros estudos. Intenta-se, aqui, compreender como o cicloativismo em Fortaleza, tomando como casos exemplares as ações dos grupos adiante estudados atuam para tornar relevantes ao poder público suas demandas e por quais meios acontece este diálogo, ou mesmo onde é possível notar sua ausência.

4.1 Massa crítica

Na década de 1990, em São Francisco, Califórnia, iniciou um movimento de ciclistas que encontravam em seu número a segurança que não sentiam sozinhos no cotidiano no trânsito. O movimento cresceu sem a presença de líderes e buscou manter essa formação em diversas outras cidades no mundo onde se desenvolveu.

O nome “Massa Crítica” se refere a uma expressão utilizada no filme *Return of the Scorcher*, de Ted White (1992), e alude a uma quantidade de ciclistas que sozinhos não conseguiam fazer uma travessia segura em meio aos carros, porém ao atingir uma “massa crítica”, ou seja uma quantidade suficiente para se impor ao trânsito, forçavam sua passagem em segurança. O movimento reivindica o

uso seguro da bicicleta como meio de transporte urbano, mas também enverada por outros temas como qualidade de vida, meio ambiente e críticas ao capitalismo e ao materialismo.

Em Fortaleza, o movimento surge em 2007, quando não havia ainda nenhum canal efetivo de diálogo com a prefeitura em relação a mobilidade urbana, em especial que considerasse a bicicleta como um meio de transporte, bem como a ausência de grupos de cicloativistas organizados (SOARES *et al.* 2015, p. 66). Entretanto, o que todos os grupos aqui estudados afirmam é que haviam muitos ciclistas em Fortaleza mesmo sem uma estrutura cicloviária, principalmente nas periferias, onde trabalhadores adotavam a bicicleta como um meio de transporte de baixo custo.

Os primeiros atos da Massa Crítica em Fortaleza foram as bicicletadas, surgindo as primeiras mudanças de formato em 2010, quando foi pintada uma ciclofaixa cidadã, pelos ativistas, na Avenida Antônio Sales. Entretanto a iniciativa não teve continuidade e no período de 2010 a 2012 não há outras ações registradas ou mencionadas (SOARES *et al.*, 2015, p. 69).

A Massa Crítica Fortaleza passa a ser percebida novamente durante as eleições municipais de 2012, quando realiza campanha em prol da assinatura, pelos candidatos à prefeitura, da “Carta de compromisso com a mobilidade por bicicleta de Fortaleza”. No primeiro semestre de 2013 participa de protestos para a retirada dos relógios de publicidade postos na ciclovia da avenida Bezerra de Menezes e em julho apoia a ocupação do Cocó, um movimento contra a construção de um viaduto nesta região, obra tida como favorável às opções motorizadas de mobilidade e ambientalmente insustentável.

Em agosto de 2013 os membros do grupo pintam três quilômetros de ciclofaixa da Rua Ana Bilhar, no bairro Meireles. Feita com baixo custo, estimado R\$350,00, e por iniciativa popular, a ação teve grande repercussão, aumentada pelo embate com a Autarquia Municipal de Trânsito e Cidadania (AMC), que removeu a ciclofaixa no dia seguinte alegando “principalmente por não estar dentro dos padrões estabelecidos no Manual de Sinalização do Código de Trânsito Brasileiro”, como afirmou Arcelino Lima, atual superintendente do órgão, que também considerou que a ação como “a violação de um bem público sem a prévia tentativa de diálogo com a AMC” (GRUPO PINTA CICLOFAIXA NA ANA BILHAR, 2013). ‘

Como resultado desta ação, a AMC convocou os grupos de ciclistas urbanos ativos na época, Massa Crítica e a recém-criada Ciclovida, para debater sobre as implantações de ciclofaixas, porém, somente a Associação dos Ciclistas Urbanos de Fortaleza compareceu, pois, “a Massa não possui representantes e por isso não tem a função de dialogar com o poder público” (SOARES *et al.*, 2015, p. 69).

A ciclofaixa da Ana Bilhar foi oficializada no mês seguinte pela prefeitura. A Massa Crítica continuou pressionando a prefeitura pela ampliação da malha cicloviária com ações diretas como a pintura das ciclofaixas da Av. Antônio Sales, Av. Aguanambi, Av. Oscar Araripe, Rua Padre Anchieta, Rua

José Cândido, Av. Bezerra de Menezes, Av. Presidente Costa e Silva, Av. da Universidade, Domingos Olímpio (faixa compartilhada com ônibus) e Av. Treze de Maio (MASSA CRÍTICA, 2016).

Atesta a eficácia desta forma de atuação a constatação que parte das ciclofaixas pintadas por iniciativa deste coletivo foram posteriormente legalmente implantadas. Na luta por mobilidade urbana em Fortaleza, a Massa Crítica exerce forte e constante pressão sobre os órgãos do governo municipal, tendo demonstrado potencial para acelerar a execução de ações por parte dos órgãos da prefeitura, assim como também denunciar ausências.

O caráter de denúncia do movimento está presente, igualmente, na implantação das *ghost bikes* (bicicletas fantasma) nas avenidas da Universidade, Santos Dumont e Barão de Studart. A *ghost bike* consiste em “uma bicicleta toda pintada em branco e presa a um sinal de trânsito [ou poste] próximo ao local do atropelamento, acompanhada de uma pequena placa” (tradução dos autores, original presente em ghostbikes.org) e é uma ação presente em 29 países. Em Fortaleza, a primeira foi instalada quando Adler Menezes Duarte, 5 anos, faleceu em um atropelamento por uma van do transporte alternativo de Fortaleza, na Av. Santos Dumont, em 2013 (“BICICLETA FANTASMA É COLOCADA...”, 2013). Desde então outras bicicletas fantasmas foram instaladas, denunciando casos que, como esse, continuam a ocorrer. Nestas ações é comum ver apoio da Ciclovida e, mais recentemente, das Ciclanas.

O constante foco da Massa em ações diretas tem sido responsável por diversas notas e pronunciamentos dos representantes da prefeitura de classifica-la como vandalismo, como ocorreu em nota da AMC após a pintura das ciclofaixas das avenidas Joaquim Nabuco e Oswaldo Cruz. O ocorrido gerou uma nota de resposta do movimento onde se afirma que:

O foco do Massa Crítica com a demarcação de ciclovias, a priori, não é reduzir o engarrafamento. É democratizar a via pública e incentivar a utilização de um transporte mais ecológico, melhor para a saúde e menos egoísta, não somente para veículos motorizados, tendo em vista o espaço que ocupam nas vias. *O Massa Crítica é adepto da ação direta. Acreditamos que é agindo que pressionamos o poder público a executarem nossas pautas. Não nos interessa os trâmites burocráticos relacionados a isso quando estes só veem para fazer com que as demandas populares não sejam atendidas. Já observamos, por inúmeras vezes que, quando os gestores querem e são coagidos a isso, eles fazem o que deve ser feito.* (Grifo nosso) (COLETIVO PINTA CICLOFAIXAS EM RUAS DA ALDEOTA, 2014)

O contínuo embate da Massa Crítica com a AMC levou a criação informal da “Praça do Ciclista”, através de intervenções urbanas na Praça Primeiro de Maio, localizada em frente à sede da autarquia, tais como instalação de paraciclo e colocação de faixas com mensagens de respeito ao ciclista (MASSA CRÍTICA DE FORTALEZA CRIA PRAÇA DO CICLISTA, 2014).

Não está dentre as propostas deste movimento dialogar com a prefeitura por vias institucionalizadas. Sob dizeres como “a prefeitura não faz, o povo faz”, a Massa procura se apresentar como um movimento de autogestão popular em busca de qualidade de vida e que não se espera que vá

ser provida pelo poder público. A postagem seguinte, feita na página do movimento na rede social *Facebook*, em um contexto de discussão de representação, evidência a postura do movimento:

É preciso que fique claro que ninguém representa ou fala pela Massa Crítica, nenhuma associação ou pessoa em particular. Ao contrário, quem se dispõe a dialogar com a Prefeitura, vai de encontro aquilo que a massa se propõe a ser: a Massa Crítica é um coletivo/evento horizontal, sem representantes, hierarquias ou líderes. Não dialoga com o poder, mas sim com a população. Parece que a prefeitura ainda não entendeu isso (MASSA CRÍTICA, 2016).

Pela proposital ausência de meios formais de representação ou que permitam que seus membros sejam identificados, importante pelo caráter ilegal de suas ações, os meios de captar as mensagens propagadas por este coletivo se restringem a participação em suas assembleias, onde são tomadas as decisões sobre onde e como agir, e pelas postagens feitas na página da Massa Crítica no Facebook.

Portanto propomos que a pergunta “Quem é a Massa Crítica?” seja substituída pelo entendimento de “Para que serve a Massa Crítica?”. Sua organização é volátil, mas o resultado de suas ações tem impacto bastante concreto em Fortaleza. Neste sentido, a prática social defendida é mais importante do que os indivíduos que a propagam.

4.2 Ciclovida

De dentro das assembleias da Massa Crítica surge, oficialmente, em março de 2013, a Associação dos Ciclistas Urbanos de Fortaleza, com a finalidade de “defender os direitos dos ciclistas e de contribuir para resolver os problemas de mobilidade de Fortaleza”, tendo como um dos meios a “representação do interesse dos ciclistas perante os Poderes Públicos e a sociedade”.

Em seu estatuto é definido que o órgão máximo da Associação é a Assembleia Geral, que pode ser convocada pelo presidente ou por um quinto de seus associados. Também é estabelecido neste documento que todos os associados deverão ter iguais direitos e deveres perante a Associação (CICLOVIDA, 2013). Na estrutura funcional da Ciclovida há uma hierarquia que não está presente de forma clara na Massa Crítica, e que é necessária para a formalização e representatividade de suas atividades. Porém, apesar de explicitada a diferenciação de cargos e funções, são garantidos direitos a todos os associados que permitam assumir qualquer cargo ou contestar ações tomadas pela diretoria.

Todas as decisões oficiais tomadas por este grupo são discutidas em assembleia ou através de fórum online (utilizando a ferramenta google groups), que permite a todos os associados que participem horizontalmente dos debates. As notas da Ciclovida são subscritas por seus representantes, geralmente o presidente da associação, porém sua redação é desenvolvida em ferramentas de edição de acesso livre aos associados.

Apesar de ter sido criada oficialmente em 2013, no ano anterior seus fundadores tiveram participação na elaboração da “Carta de compromisso com a mobilidade por bicicleta de Fortaleza”,

assinada por todos os candidatos à prefeitura municipal e que exerceu sua função de pressionar e dialogar com os órgãos municipais de forma a obter a garantia de direitos importantes aos cicloativistas. Carta semelhante havia sido assinada pelos candidatos à prefeitura de São Paulo no mesmo ano por iniciativa da Associação de Ciclistas de São Paulo, a Ciclocidade. A carta contém 10 medidas consideradas pelos ativistas como “fundamentais (...) para garantir a segurança dos ciclistas a uma melhor mobilidade para os fortalezenses”.

Uma análise dos compromissos elaborados na Carta já indica meios de atuação cicloativista que seriam ocupadas posteriormente pela Ciclovida, diferenciando-se da estratégia adotada pela Massa Crítica. Enquanto a Massa Crítica procura ações diretas, sem necessidade de acordo com os meios institucionalizados, a Ciclovida busca assegurar instrumentos legais que garantam os direitos de ciclistas, inclusive garantindo a existência de ferramentas e mecanismos de diálogo com a prefeitura. Os cinco primeiros itens da Carta são bastante ilustrativos no sentido, pois tratam da elaboração e finalização do Plano Diretor Ciclovitário de Fortaleza; destinação de parte do orçamento municipal para políticas públicas voltadas à mobilidade por bicicleta; criação de um setor na Autarquia Municipal de Trânsito e Cidadania (AMC) “especializado em políticas voltadas aos transportes não motorizados”; aplicação e fiscalização das leis do Sistema Ciclovitário e institucionalização de canais de diálogo e informação sobre programas de interesse dos ciclistas (CARTA DE COMPROMISSO COM A MOBILIDADE POR BICICLETA DE FORTALEZA, 2012).

Além da função de intermediar a comunicação entre ciclistas de Fortaleza e Prefeitura, a Ciclovida também tem suas próprias ações que fomentam o uso da bicicleta como meio de transporte e embasam suas reivindicações.

Menciona-se, de início, a contagens de ciclistas que são feitas como forma de comprovar a presença de usuários deste modal, onde há necessidade de instalar vias e que, com a instalação destas vias, o número de ciclistas tendem a aumentar. Os membros desta associação também fazem verificação das condições das ciclovias, ciclofaixas e paraciclos instalados pela prefeitura e levam suas reclamações aos órgãos competentes.

Em 2013 a Ciclovida organizou a “Semana da Mobilidade”, onde ocorriam palestras, debates, fóruns e ações educativas relacionadas a Mobilidade Urbana. Em 2014 e 2015 a semana foi expandida e o evento tornou-se o “Mês da Mobilidade”, sendo responsável pela ampliação da rede de contatos dos ciclistas locais com o de outros estados, em especial do Nordeste. Todos estes eventos foram feitos com financiamento coletivo (SAKURABA, 2015).

Uma das atividades mais populares deste movimento é a Escola Bike Anjo (EBA), a qual, após adquirir maior participação de voluntários, passou a funcionar de forma independente da estrutura da

Ciclovida. Esta escola está presente em outros dezoito estados brasileiros (BIKE ANJO, 2016) e busca ensinar a pedalar para crianças, adultos e idosos que desejem aprender.

4.3 Ciclanas

As Ciclanas começam como um coletivo em março de 2015 e carregam características tanto da Massa Crítica como da Ciclovida. Porém, diferenciam-se como uma espécie de autocrítica do movimento cicloativista em Fortaleza inserindo uma temática específica que não estaria sendo abordada adequadamente dentro dos demais grupos: trata-se da especificidade de problemas enfrentados por mulheres ciclistas, tanto em relação ao trânsito e políticas públicas, como em relação a decisões tomadas dentro dos movimentos de ciclistas urbanos.

Esta autocrítica tem fundamental importância ao movimento ciclista por problematizar questões que ficavam em segundo plano ao se compreender seus integrantes como uma uniformidade lutando contra uma estrutura burocrática rodoviária. Os problemas levantados mostram questões sobre assédio e machismo presentes dentro da sociedade cearense e que também surgem dentro do movimento. Em consonância com outros movimentos sócio-políticos latino americanos, o feminismo tem contribuído mostrando que há opressão dentro de grupos oprimidos (SANTOS, 2010, p. 104).

As discussões sobre machismo levantadas pelas Ciclanas têm influenciado a forma de agir da Massa Crítica e da Ciclovida. Em novembro de 2015, ocorreu o que a Massa Crítica chamou de “bicicletada feminista da Massa Crítica”, culminando na pintura de uma ciclofaixa na Avenida Domingos Olímpio. E na última eleição de diretoria da Ciclovida, foi utilizado o critério de paridade entre membros do sexo masculino e feminino na gestão.

Nas ciclanas identificou-se um misto da estrutura adotada pela Ciclovida (quanto ao diálogo com o Poder Público e utilização de representações pontuais como meio de exercer suas atividades) e da horizontalização da Massa Crítica, que funciona como forma de anonimato para suas ações diretas e como princípio ideológico.

Aspásia Mariana, integrante das ciclanas desde sua formação, afirma que “nas Ciclanas esse termo 'associada' não existe, ele é burocrático e não nos representa”. Porém a representação, necessária ao diálogo com as secretarias municipais, é aceita por este coletivo, que escolhe suas representantes pelo seu fórum eletrônico, na rede social *Facebook*. Não há hierarquia oficial entre as integrantes, porém são distribuídas funções de moderação como administração das redes sociais e articulação das reuniões presenciais.

Em julho de 2015, foi promovido evento com a temática “Direitos e Deveres no Trânsito: A relação entre Pedestres, Motoristas e Ciclistas”. Nesta mesa redonda estiveram presente membros de outros coletivos ativistas da cidade, como Ciclovida e Direitos Urbanos, bem como representantes de

instituições públicas (da AMC e da Coordenadoria de Políticas Públicas das Mulheres da Secretaria de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Ceará). Em setembro de 2015, durante o Mês da Mobilidade, evento iniciado em anos anteriores pela Ciclovida, as Ciclanas fizeram roda de conversa sobre emancipação feminina, com participação de Dillyane Ribeiro (advogada popular e ativista), Ivania de Alencar (agricultora líder da Ciclovida - Pentecostes) e Aline Cavalcante (cicloativista em São Paulo) (CICLANAS, 2015).

Segundo Aspásia Mariana, integrante do coletivo, outros atos encabeçados pelas Ciclanas são:

oficinas de mecânicas (mais de três, acho), cicloviagens, oficinas de *stencil*, costura, piqueniques, aulas de alongamento, encontro com fisioterapeuta, ações diretas, participação no percursos urbanos, colaboração com o Bike Anjo, pedal (sem batedor, sem obrigatoriedade de capacete e outros adereços que normalmente são obrigatórios em grupos de pedal (*nightbikers*)...tem mais coisa, certeza!

As Ciclanas têm participado dos debates com a Coordenadoria de Gestão Cicloviária em relação a implantação do PDCI, o que diferencia este grupo da Massa Crítica, contudo não contam com uma estrutura formalizada tal qual a Ciclovida. Ressaltamos que, em decorrência de sua recente formação e pela ausência de pautas rigorosas, existe tendência a um maior desenvolvimento da identidade deste grupo, permitindo um dimensionamento mais preciso dos impactos de sua atuação e elementos diferenciadores em relação aos outros grupos.

5 Balanço da relação prefeitura e cicloativismo

De acordo com o que foi exposto, tradicionalmente nossa cidade não foi contemplada com políticas de ciclomobilidade nem com efetivo diálogo entre Poder Público e usuários. Essa leitura se evidencia tanto pela ausência de legislação específica sobre o tema, lacuna suprida apenas em 2014 com a Política de Transporte Cicloviário e o Plano Diretor Cicloviário Integrado (Lei municipal 10.303), quanto pelo reconhecimento explícito do Instituto de Planejamento de Fortaleza a esse respeito (IPLANFOR, 2014, p.13).

Neste contexto, a atuação do cicloativismo foi determinante para romper com esse *status quo* da mobilidade urbana.

Pioneira na mobilização, a Massa Crítica, com sua forma mais espontânea de organização e manifestações mais incisivas, foi um movimento que contribuiu para tirar o poder público da inércia e os ciclistas urbanos da sua completa invisibilidade institucional (ausência de políticas públicas direcionadas a eles bem como a não menção em documentos oficiais sobre o tema) e social (falta de respeito pelos demais usuários das vias públicas municipais), sendo por significativo período protagonista absoluto da luta dos ciclistas, havendo sensível evolução no tratamento do tema após o seu surgimento.

Porém, após avanço – ainda tímido – no diálogo e na abertura da gestão municipal, a atuação institucional se tornou mais interessante e atrativa, o que trouxe mais evidência para ações como da Ciclovida e das Ciclanas, que buscam a tradução de suas reivindicações em políticas públicas de ciclomobilidade.

Constatou-se que há, hoje, alguns canais institucionais de participação como a coordenadoria de gestão cicloviária, que está inserida dentro da Secretaria de Conservação e Serviços Públicos, atuando de forma integrada ao PAITT (Plano de ações imediatas sobre trânsito e transporte). Além desse canal, há diálogo com o IPLANFOR (Instituto de Planejamento de Fortaleza) por meio dos Fóruns do Fortaleza 2040 (projeto que visa elaborar um plano mestre urbanístico para a cidade), e a Secretaria Municipal de Direitos Humanos. No caso dessa última, não há tanto uma obrigatoriedade institucional dessa secretaria em contribuir para o tema de mobilidade urbana, porém vem prestando contribuições para o debate em virtude de engajamento pessoal do Secretário da pasta, Sr. Karlo Kardoso, ou seja, é uma atuação mais personalista do que institucional, sem qualquer garantia de incorporação para seus sucessores. Entre suas colaborações, destacamos a campanha “Cidadania Sustentável – Para Viver a Cidade”, que buscou estimular “o uso da bicicleta entre a população de Fortaleza como meio de transporte para quem precisa circular pela cidade” (SECRETARIA DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS, 2015, p.8), o que incluiu a instalação de paraciclos pela cidade, atividades educativas e a publicação de um almanaque ilustrado com conteúdo específicos sobre a bicicleta e como ela é utilizada em Fortaleza.

Além disso, foi identificado que outras secretárias que tem relação com o tema como a de Meio Ambiente e Urbanismo (SEUMA) e a de Infraestrutura (SEINF) são classificadas como menos propensas ao diálogo e, no caso da segunda, ainda dominada por uma concepção rodoviarista. Algumas críticas foram apontadas para a AMC e para a ETUFOR (Empresa municipal de transporte urbano de fortaleza) sendo ambas classificadas como inertes e pouco efetivas (informação verbal)³.

Dentro do pesquisado, apontamos sobretudo dois entraves para políticas públicas de ciclomobilidade.

O primeiro deles é a complexa e burocrática estrutura da administração pública municipal, o que gera desencontro de informações e dúvidas a respeito das competências dos seus órgãos. Das 23 secretarias integrantes, nenhuma é destinada exclusivamente ao tema de mobilidade urbana. Em acréscimo, os debates em torno do tema se dão de forma significativamente fragmentada perante as Secretarias da Conservação e Serviços Públicos, à qual estão ligadas a AMC e a Coordenadoria de Gestão Cicloviária, Secretaria de Infraestrutura, Secretaria de Urbanismo e Meio Ambiente, Secretaria de Cidadania e Direitos Humanos e o Instituto de Planejamento de Fortaleza (IPLANFOR).

3 Fornecida por Felipe Alves na Formação em ciclomobilidade da Ciclovida em 20 de fevereiro de 2016, Fortaleza, Ceará.

O segundo entrave consiste no fato de que, paralelo aos debates em ciclomobilidade, a Prefeitura de Fortaleza persiste em realizar vultosos investimentos em modais rodoviaristas, o que inclui túneis e viadutos. Enquanto o Plano Diretor Cicloviário Integrado prevê investimento no importe de R\$ 52 milhões de reais até 2030 (FORTALEZA, 2014, p. 186), o aporte financeiro em obras como da “Nova Avenida Aguanambi” chega a impressionantes R\$ 95 milhões de reais (FORTALEZA, 2016), além da previsão de inúmeras intervenções rodoviárias em outras regiões da cidade, o que evidencia uma longa batalha para o cicloativismo na capital alencarina.

6 Considerações finais

A partir da pesquisa desenvolvida e dos fatos apresentados, podemos elencar alguns pontos fundamentais à título de conclusão.

Cumpramos reconhecer os avanços no campo jurídico que implicam um compromisso legal com o avanço na gestão democrática da política urbana de nossas cidades, havendo ampla legislação a esse respeito. Contudo, verifica-se que apenas mediante o engajamento político dos movimentos e a pressão exercida pelos mesmos é que tais mecanismos passam a ser efetivamente estruturados e operantes.

Especificamente no caso da política de mobilidade urbana de Fortaleza, constata-se que antes do cicloativismo inexistiam políticas públicas direcionadas para a ciclomobilidade. Não obstante, com o avanço desses movimentos, seja por meios formais ou não, constatou-se que essa temática foi inserida no âmbito da administração pública municipal, embora ainda enfrente muitas dificuldades.

Pontua-se, igualmente, a diversidade de reivindicações e estratégias do cicloativismo em Fortaleza, devendo-se reconhecer suas múltiplas formas de articulação para a compreensão das razões e objetivos de cada grupo, não se podendo incorrer em perigosas generalizações.

Por fim, vislumbra-se dificuldades do diálogo e da gestão democrática da política de mobilidade de nossa cidade. Apesar dos sensíveis avanços, a burocracia pública, a confusa repartição de competências, a tentativa de criminalização de algumas práticas e uma cultura rodoviarista ainda representam desafios para mudar tal realidade.

Referências

"BICICLETA FANTASMA" É COLOCADA... **Cnews**, Fortaleza, 04 mar. 2013. Disponível em: < http://cnews.com.br/cnews/noticias/30390/bicicleta_fantasma_e_colocada_para_lembrar_vitima_de_acidente_na_av_santos_dumont>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BIKE ANJO. **Projetos**. 24 jan. 2016. Disponível em: < <http://bikeanjo.org/projetos/eba/>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

BOMFIM, Zulmira Áurea Cruz. **Cidade e afetividade**: Estima e construção dos mapas de Barcelona e São Paulo. Fortaleza: UFC, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARTA DE COMPROMISSO COM A MOBILIDADE POR BICICLETA DE FORTALEZA. 2012. Disponível em: < http://216.59.16.201:8080/sapl/sapl_documentos/materia/11670_texto_integral> Acesso em 07 mar. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**: movimentos sociais na era da internet. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CICLANAS - Mulheres no trânsito de Fortaleza. **Página inicial. Facebook**. Disponível em < <https://www.facebook.com/ciclanas/?fref=ts>> Acesso em 06 de mar. 2013.

CICLANAS - Mulheres no trânsito de Fortaleza. **Sobre duas rodas**: caminhos para emancipação feminina. 15 set. 2015. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=Wp0iunEu114>>. Acesso 07 mar 2016.

CICLOVIDA. **Página inicial. Facebook**. Disponível em < <https://www.facebook.com/CiclovidaFortaleza/?fref=ts>> Acesso em 06 de mar. 2013.

CICLOVIDA. **Estatuto social da associação dos ciclistas urbanos de Fortaleza**. Fortaleza, 2013.

COLETIVA PINTA CICLOFAIXAS EM RUAS DA ALDEOTA. **O povo**. Fortaleza, 29 set 2014. Disponível em: < <http://www.opovo.com.br/app/fortaleza/2014/09/29/noticiafortaleza,3322552/coletivo-pinta-ciclofaixa-em-ruas-da-aldeota.shtml>> Acesso em: 06 mar. 2016.

CONHEÇA O MASSA CRÍTICA, COLETIVO RESPONSÁVEL POR INTERVENÇÕES QUE DESPERTAM AMOR E ÓDIO EM FORTALEZA. **Tribuna do Ceará**. Fortaleza, 24 set de 2015. Disponível em < <http://tribunadoceara.uol.com.br/noticias/mobilidadeurbana/conheca-o-massa-critica-coletivo-responsavel-por-intervencoes-que-despertam-amor-e-odio-em-fortaleza/>> Acesso em: 06 mar. 2016.

EMBAIXADA HOLANDESA DE CICLISMO. **Os peritos mundiais de ciclismo**. Fundação Embaixada Holandesa de Ciclismo. Disponível em < <https://www.dutchcycling.nl/library/file/DCE%20Brochure%20Portugese.pdf>> Acesso em 06 mar. 2016.

FORTALEZA. **Plano diretor cicloviário integrado**. Disponível em: < <http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/seinf/PDCIFORTALEZA.pdf>>. Acesso em 06 mar. 2016.

FORTALEZA. **Prefeito Roberto Cláudio assina ordem de serviço para obras na Avenida Aguanambi**. Site oficial, 16 jan 2016. Disponível em: < <http://www.fortaleza.ce.gov.br/noticias/mobilidade/prefeito-roberto-claudio-assina-ordem-de-servico-para-obras-na-avenida-aguanambi>> Acesso em 06 de mar 2016.

GHOST BIKES. Disponível: < <http://ghostbikes.org/>> Acesso em: 06 de mar. 2016.

GRUPO PINTA CICLOFAIXA NA ANA BILHAR. **Diário do Nordeste**, Fortaleza, 04 ago. 2013. Disponível em: < <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/grupo-pinta-ciclofaixa-na-ana-bilhar-1.383634>> Acesso em 06 mar 2016.

INTITUTO DE PLANEJAMENTO DE FORTALEZA (IPLANFOR). **Planejamento participativo**: por uma Fortaleza de oportunidades, mais justa, bem cuidada e acolhedora. Série Fortaleza 2040, ano I, n.1, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ (IPECE). **Perfil municipal de Fortaleza**: tema XII: Mobilidade Urbana. Série IPECE Informa, n. 52, 2013.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. A democracia na Administração Público e no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Opinião Jurídica**. v. 12. Fortaleza: Faculdade Christus, 2010. p. 190 – 210.

MASSA CRÍTICA. **Ação direta**. Publicado em 15 mar. 2015. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=utluodAkiYk>> Acesso em 06 mar. 2016.

MASSA CRÍTICA. **Página inicial. Facebook**. Disponível em < <https://www.facebook.com/MassaCriticaFortaleza/?fref=nf>> Acesso em 06 de mar. 2016.

MASSA CRÍTICA DE FORTALEZA CRIA PRAÇA DO CICLISTA. **Vá de bike**, 8 out. 2014. Disponível em < <http://vadebike.org/2014/10/praca-do-ciclista-fortaleza-primeiro-de-maio/>> Acesso em 07 mar. 2016.

Return of the Scorcher. Direção: Ted White; Produção: Ted White. 1992. 28 min. Color.

SAKURABA, Celso. **Mês da mobilidade 2015:** Fortaleza. Disponível em < <https://www.catarse.me/mobilidade2015>> Acesso em: 07 mar. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del estado en América Latina:** perspectivas desde una epistemología del sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SANTOS, Milton. **A natureza do espaço:** técnica e tempo, razão e emoção. 4 ed. São Paulo: EDUSP, 2006.

SANTOS, Milton, SILVEIRA, Maria Laura. **O Brasil:** território e sociedade no início do século XXI. 9 ed. Rio de Janeiro: Record, 2006

SAULE JÚNIOR, Nelson. **Direito urbanístico:** vias jurídicas das políticas urbanas. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SECRETARIA DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS (SCDH). **Cidadania sustentável: para viver a cidade.** Fortaleza. 2015

SOARES, André Geraldo *et al.* (org.). **A bicicleta no brasil.** São Paulo: D. Guth, 2015.

SWOV – INSTITUTE FOR ROAD SAFETY RESEARCH. **Road fatalities in the Netherlands.** Haia, Holanda, abr 2015. Disponível em < https://www.swov.nl/rapport/Factsheets/UK/FS_Road_fatalities.pdf> Acesso em 06 de mar. 2016.

VERSODEPEQUEBRADO. **Pintura da ciclofaixa da Ana Bilhar.** Disponível em < www.youtube.com/watch?v=Roq26AWROZk>. Acesso em 06 de mar. 2016.



INSS VERSUS SEGURADOS NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE: política previdenciária no âmbito do STF

Tassiana Moura de Oliveira¹

Flávia Danielle Santiago Lima²

RESUMO: O presente artigo tem como tema a revisão judicial em matéria previdenciária. A previdência social é direito social elevado à proteção constitucional no art. 6º e é objeto constante de demandas judiciais que discutem algum aspecto da concretização deste direito através das políticas públicas. O aspecto relevante da discussão sobre o tema apresenta-se quando se questiona se o Poder Judiciário tem contribuído para reforçar e afirmar o direito à previdência para os segurados ou se ele tem se preocupado com os impactos econômicos da decisão, contribuindo para a administração do sistema. Pelo exposto, levanta-se a seguinte pergunta de pesquisa: quais os fatores legalistas (modelo legalista) que levam o STF a decidir em favor do executivo em matéria previdenciária? Dentre os modelos explicativos da decisão judicial existentes na literatura, é utilizado o modelo legalista que afirma que os juízes levam em consideração os princípios constitucionais, normas infraconstitucionais e demais dispositivos legais para chegar a uma decisão. A metodologia de pesquisa utilizada é a pesquisa empírica com análise de dados realizada através da leitura das decisões e análise qualitativa. O objeto de estudo são as decisões dos recursos extraordinários, com repercussão geral reconhecida e mérito julgado, de matéria previdenciária. O resultado da pesquisa mostra que o Poder Judiciário tende a agir de acordo com as preferências dos demais poderes em vez de ser um poder contramajoritário, como se espera da sua atuação diante da judicialização da política pública previdenciária.

Palavras-chave: Previdência. Recurso Extraordinário. Revisão judicial.

ABSTRACT: This article has as subject the judicial review in social security matters. Social security is a social right constitutionally protected by the Constitution's art. 6 and it is a constant subject of lawsuits discussing some aspect of the realization of this right through public policies. The relevant aspect of the discussion on the subject is presented when it questions whether the judiciary has contributed to strengthening and affirming the right to security for policyholders or if he has been concerned about the economic impact of the decision, contributing to system administration. For these reasons, it raises the following research question: what are the legal factors (legalistic model) that lead the Supreme Court to decide in favor of the executive in social security matters? Among the explanatory models of judicial decision in the literature, it is used the legalistic model which states that judges take into account the principles Constitutional, infra-

1 Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco e Doutoranda em Ciência Política pela UFPE.

2 Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada da União. Professora da Unicap.



constitutional norms and other legal devices to reach a decision. The research methodology is empirical research with analysis the data by reading the decisions and qualitative analysis. The object of study are the decisions of the extraordinary resources with recognized general repercussion and merit judged in social security matters. The research result shows that the Judiciary tends to act according to the preferences of other branches instead of being a counter majority branch, as is expected from their performance on the legalization of social security public policy.

Keywords: Social Security. "Extraordinary Appeal". Judicial Review.

1 Introdução

O trabalho ora apresentado dispõe-se, através de pesquisa empírica, a enfrentar uma questão conhecida dos estudos sobre a revisão judicial: qual o papel dos tribunais encarregados do controle de constitucionalidade como atores na implementação das políticas públicas? De maneira geral, as Cortes são vistas como atores com poder de veto, pois são chamadas a responder sobre decisões tomadas pelos demais atores, podendo anulá-las. Dentre os poderes, o Judiciário seria o poder que toma decisões contramajoritárias, uma vez que seus membros não são eleitos pela maioria e podem decidir em favor de direitos fundamentais, a despeito das opções desta. Podem, através do controle de constitucionalidade, anular uma determinada lei ou emenda constitucional considerando-a inconstitucional, ou alterar, também, a forma como o executivo vai viabilizar a prática de determinada política pública. Enfim, as Cortes são instituições que têm um relevante papel político na implementação das políticas públicas.

Apesar do seu clássico papel contramajoritário de proteção dos direitos fundamentais, pesquisas como a de Keith Whittington (2005) demonstraram que os tribunais, no caso a Suprema Corte norte-americana, agem em determinadas épocas como auxiliar dos demais poderes (Legislativo e Executivo) em suas decisões.

A previdência social é uma política de suma importância para o Estado seja por seu caráter de política social redistributiva ou o peso que tem no orçamento (ou ambos). Em 2014, de acordo com o resultado da seguridade social divulgado pelo Poder Executivo, o déficit entre receitas e despesas da seguridade chegou a mais de 130 bilhões de reais. Apenas com cumprimento de precatórios e sentenças judiciais o valor de 2014 chegou em R\$770.500.000,00 (setecentos e setenta milhões e quinhentos mil reais). O volume de pagamento de precatórios condiz com a alta judicialização da política previdenciária.

Os Recursos Extraordinários (RE) com repercussão geral autuados no ramo de direito previdenciário que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal brasileiro ocupam o quinto lugar no volume de processos em todo o tribunal, numa classificação por ramo do direito. Conforme disponibilizado no site do próprio STF, foram registrados naquele tribunal 24.300 (BRASIL, 2015)

processos entre 2007 e 2014. O INSS é o terceiro maior demandante recursal no STF, ficando atrás apenas da Caixa Econômica Federal e da União (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011). No entanto, não é apenas no STF que há uma grande judicialização do tema. Previdência é um dos temas mais judicializados no Brasil em todas as instâncias do Poder Judiciário.

Ao enfrentar um conflito que envolve o tema “previdência social”, o STF é chamado a decidir entre o direito social individual (existente), o qual deveria ser garantido através da decisão judicial ou a proteção do sistema como um todo, levando em consideração o equilíbrio das contas do Poder Executivo. A pergunta que surge, então, é: será que o STF decide a favor do executivo em detrimento dos direitos sociais?

Há uma necessidade de compreender melhor o comportamento ou o papel do STF na conformação da política pública previdenciária ao longo dos anos, especialmente tendo ela passado por duas grandes reformas após a constituição de 1988. Pesquisar sobre o posicionamento do STF perante temas sensíveis ao Poder Executivo, mais especificamente da autarquia que administra a previdência, pode ajudar a entender se a judicialização da política pública previdenciária interfere no equilíbrio do sistema previdenciário; senão, qual o nível da influência do Judiciário no processo de formação e afirmação da política previdenciária.

Por todo o exposto, levantou-se a seguinte pergunta de pesquisa: quais os fatores legalistas (modelo legalista) que levam o STF a decidir em favor do executivo em matéria previdenciária? A partir desta questão, é possível discutir a seguinte hipótese: o STF utiliza princípios constitucionais que afirmam direitos sociais dos segurados, uma vez que exerce um papel contramajoritário no poder.

O objetivo geral do trabalho, então, é compreender quais os princípios defendidos pelo STF ao decidir sobre políticas previdenciárias. Para tanto, foram traçados os seguintes objetivos específicos: analisar como se dá o controle difuso de constitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, em matéria previdenciária, enfrentando a questão da repercussão geral; analisar a previdência social no Brasil; realizar pesquisa qualitativa sobre os recursos extraordinários em matéria previdenciária que tiveram repercussão geral e decisão de mérito; e, por fim, realizar pesquisa qualitativa sobre os dados coletados, identificando se houve preocupação com o equilíbrio do sistema ou se houve afirmação de direitos fundamentais.

No desenvolvimento teórico do tema, o primeiro tópico propõe-se a expor as teorias que embasaram a pesquisa, enquanto que o segundo tópico descreve a pesquisa empírica e, por fim, o terceiro tópico apresenta os resultados alcançados.

2 A previdência social no Brasil

2.1 O cenário atual da previdência social no Brasil: posição institucional do INSS e as leis

O Sistema Nacional de Seguridade Social é composto pelos Ministérios da área social, dentro do Poder Executivo, os quais “são responsáveis pelo cumprimento das atribuições que competem à União em matéria de Seguridade Social” (LAZZARI et al, 2015, p. 50). Para a Previdência Social, tem-se o Ministério da Previdência Social (MPS), o Conselho Setorial de Previdência Social (CNPS) – que cumprem o objetivo da gestão quadripartite da previdência. Vinculado ao MPS, há o INSS, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC), e o DATAPREV, empresa pública responsável pela gestão dos bancos de dados informatizados (LAZZARI ET AL, 2015).

O INSS é autarquia federal responsável por

(a) conceder e manter os benefícios e serviços previdenciários e o benefício de prestação continuada (BPC); (b) emitir certidões relativas a tempo de contribuição perante o Regime Geral de Previdência Social (RGPS); (c) gerir os recursos do Fundo do RGPS e (d) calcular o montante das contribuições incidentes sobre a remuneração e demais rendimentos dos trabalhadores, devidas por estes, pelos empregadores domésticos e pelas empresas com vistas à concessão ou revisão de benefício requerido (LAZZARI et al, 2015, p. 52).

Após as alterações trazidas pelas reformas e mudanças legais, o resultado da previdência social hoje é o que se segue. A constituição divide a previdência social em dois tipos de regime, como já foi citado: os regimes próprios de previdência social (RPPS), os quais têm como fundamento o art. 40; e o regime geral de previdência (RGPS) que tem como fundamento o art. 201. O regime geral é administrado pelo INSS (criado em 1990) e é o regime dos trabalhadores com vínculo celetista no Brasil.

O art. 201 prevê os eventos que serão cobertos pela previdência social e quais benefícios ela atenderá:

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
II - proteção à maternidade, especialmente à gestante;
III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

São duas as leis federais que regulamentam a previdência social do regime geral: a lei n. 8.212 e a 8.213, ambas de 1991. Elas tratam, respectivamente, do custeio do sistema e dos benefícios e serviços da previdência. Cada um dos RPPS's tem sua própria lei, a que trata do regime jurídico e da previdência dos servidores federais é a lei nº 8.112/1990.

Quanto ao custeio do RGPS, o princípio que rege é o da contributividade previsto no caput do art. 201, ou seja, o sistema depende dos ingressos denominados contribuições sociais. O primeiro artigo da lei de custeio também destaca a contributividade quando prescreve que:

A Previdência Social, *mediante contribuição*, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente (grifos nossos).

A mesma lei de custeio define quem são os segurados (obrigatórios e facultativos) da previdência. O artigo 11 relaciona como segurados obrigatórios as pessoas físicas empregadas:

- a) que prestam serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;
 - b) que, contratadas por empresa de trabalho temporário, definida em legislação específica, presta serviço para atender a necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços de outras empresas;
 - c) que, brasileiras ou estrangeiras, domiciliadas e contratadas no Brasil para trabalhar como empregadas em sucursal ou agência de empresa nacional no exterior;
 - d) que prestam serviço no Brasil a missão diplomática ou a repartição consular de carreira estrangeira e a órgãos a elas subordinados, ou a membros dessas missões e repartições, excluídos o não-brasileiro sem residência permanente no Brasil e o brasileiro amparado pela legislação previdenciária do país da respectiva missão diplomática ou repartição consular;
 - e) que sejam brasileiras civis que trabalha para a União, no exterior, em organismos oficiais brasileiros ou internacionais dos quais o Brasil seja membro efetivo, ainda que lá domiciliado e contratado, salvo se segurado na forma da legislação vigente do país do domicílio;
 - f) que sejam brasileiras ou estrangeiras domiciliadas e contratadas no Brasil para trabalhar como empregadas em empresa domiciliada no exterior, cuja maioria do capital votante pertença a empresa brasileira de capital nacional;
 - g) servidoras públicas ocupantes de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais.
 - h) exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;
 - i) empregadas de organismo oficial internacional ou estrangeiro em funcionamento no Brasil, salvo quando coberto por regime próprio de previdência social;
 - j) exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social;
- II - como empregadas domésticas: aquelas que prestam serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos;

Nesta pesquisa, para a definição de segurado, foram usados os acima relacionados. Os REs que tivessem algum desses segurados poderiam ser selecionados para a amostra, desde que também tivesse o INSS no outro polo da ação.

A lei de benefícios do RGPS traz quais são os benefícios suportados pelo INSS para cobrir os eventos elencados no art. 201. Para o RPPS, o art. 40 também elenca alguns eventos, mas diz em seu §12 que “além do disposto [nele], o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social”. Então, no mínimo o RPPS terá como benefícios: aposentaria por invalidez permanente; aposentadoria compulsória aos 70 ou 75 anos na forma de lei complementar; e aposentadoria voluntária por tempo de contribuição e idade; também é garantida a pensão por morte. No máximo, o RPPS terá os mesmos benefícios que o RGPS.

A lei nº 8.213/91, em seu art. 18, estabelece que:

O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços: I - quanto ao segurado: a) aposentadoria por invalidez; b) aposentadoria por idade; c) aposentadoria por tempo de contribuição; d) aposentadoria especial; e) auxílio-doença; f) salário-família; g) salário-maternidade; h) auxílio-acidente; II - quanto ao dependente: a) pensão por morte; b) auxílio-reclusão; III - quanto ao segurado e dependente: b) serviço social; c) reabilitação profissional.

Na pesquisa, foram considerados benefícios os acima listados para análise da variável “tipo de benefício”.

Depois das reformas, os benefícios sofreram mudanças substanciais. A principal mudança foi no benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, antes chamado de aposentadoria por tempo de serviço. A diferença fundamental está na forma de comprovação do tempo trabalhado. A partir da mudança, o tempo que será computado para a aposentação do segurado é aquele de efetiva contribuição, o que quer dizer que se a empresa não pagava a contribuição social, o empregado não terá aquele período trabalhado computado para aposentadoria.

Ainda não é necessária uma idade mínima para o pedido de aposentadoria por tempo de contribuição. A proposta foi apresentada na EC nº 20/98, mas não logrou êxito (LAZZARI et al, 2015). O que foi aprovado foi o fator previdenciário: um índice que é aplicado na hora de calcular a renda do beneficiário que pode diminuir seu benefício de acordo com a idade no momento da solicitação.

Em 2015, na tentativa de extinguir ou diminuir a incidência do fator, o Legislativo Federal criou uma regra diferente para concessão da aposentadoria por tempo de contribuição com proventos integrais (cem por cento do salário de benefício): a regra 85/95. De acordo com essa regra, o segurado que somar idade e tempo de contribuição igual a 85, se mulher; ou 95, se homem, poderá se aposentar sem incidência do fator. A regra foi vetada, mas, depois de nova Medida Provisória, o Poder Executivo criou uma progressão para que, a cada dois anos, o parâmetro aumente em um ponto, sendo: 86/96 em 2018; 87/97 em 2020 até chegar em 90/100.

No mesmo ano, ainda ocorreram alterações nos benefícios de pensão por morte, auxílio reclusão, auxílio-doença, essencialmente sobre quem teria direito, quando e como. Contudo, as alterações foram pontuais e uma terceira reforma mais ampla está em pauta de discussão para o segundo mandato da presidenta Dilma Roussef já no primeiro semestre de 2016, uma vez que a reforma da previdência seria uma das mais urgentes (BRASIL, 2015).

2.2 O modelo legalista ou institucional

O modelo institucional ou legalista leva em consideração que o desenho institucional é uma característica indissociável do processo decisório. Ou seja, quando um caminho tiver que ser escolhido, não é possível ignorar as regras do jogo (GILLMAN; CLAYTON, 1999). A liberdade de decisão deve ser

considerada, da mesma forma, uma característica institucional. Quer dizer que “diferentes contextos fazem com que seja mais ou menos possível para que indivíduos ajam de acordo com suas crenças (GILLMAN; CLAYTON, 1999, p. 03) ”.

Na verdade, o papel exercido pelas Cortes, de maneira geral, dentro da divisão de poderes na política e na sociedade são determinados pelo desenho institucional e pelos casos que são autorizadas a julgar (KAPISZEWSKI, 2010).

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte americana sofreu críticas, na primeira metade do século XX, ligadas a uma possível postura mais política. Friedman (2005) conta que nesta época, em 1937, o presidente Roosevelt precisava de uma Corte mais favorável às ideias contidas no seu plano que ficou conhecido como o New Deal. Por isso, ele interferiu e foi capaz de indicar juízes mais simpáticos ao seu plano.

Conseqüentemente, os juristas americanos começaram a “montar uma parede separando política e direito” (FRIEDMAN, 2005, p. 267). A teoria constitucional teve, como motivação, a necessidade de reforçar a separação entre política e direito com base na lei, argumentando que o Judiciário tem um papel especial na separação dos poderes que está a parte da política, um papel contramajoritário (FRIEDMAN, 2005).

Os juízes devem ser independentes da política e a lei deve garantir essa independência: esse foi o entendimento dos juristas durante décadas, desde os anos 70 até então.

No Brasil, a educação jurídica também reforça esse entendimento. Segundo Taylor (2008, p. 34),

o dogmatismo do ensino jurídico no contexto de um sistema de civil law tem implicações significativas em termos de política: os juízes são treinados para se concentrar nos princípios, em vez de conseqüências [de suas decisões], e o foco dos juízes é sobre a lei como ela está escrita, em vez de na intenção dos legisladores ou sobre as conseqüências mais amplas de qualquer decisão na nação em geral .

A formação voltada para o dogmatismo e desconectada com discussões que envolvam o próprio fazer legal (político), ou questionamentos sobre a postura do profissional do direito na sociedade traz como conseqüência operadores do direito que não sabem agir com a postura política do juiz. Ou mesmo juízes que criticam uma postura mais ativista de seus colegas, como Eros Grau, ex-ministro do STF, em entrevista que disse saber “que o Direito está aí para assegurar a ordem e segurança, e esse negócio de decidir com base em princípios e valores não tem nada a ver com a função de juiz. Não tem absolutamente nada a ver com a função de juiz” (FONTAINHA et al, 2015, p. 68).

De acordo com Clayton (1999), o debate sobre o modelo legalista é importante para entender os limites dos demais modelos comportamentais que explicam a decisão judicial. Mas ele alerta que o excesso de expectativas sobre este modelo é, em parte, decorrente da “esquizofrenia da própria profissão jurídica ”.

O jurista normativista dirá que a decisão judicial não poderá ser arbitrária, deve ter embasamento constitucional ou legal, utilizando as regras hermenêuticas. Mesmo nas decisões que foram objeto desta pesquisa, os ministros – ao proferir seus votos – baseavam-se em algum princípio constitucional da previdência ou do processo civil para ser contra ou a favor do pedido.

A pesquisa analisou as decisões procurando qual princípio utilizado para embasar o posicionamento vencedor. A partir da análise, foi possível tirar outras conclusões. Segundo apenas o modelo legalista, não é possível definir se o Judiciário (através do STF) tende a proteger as preferências do Executivo, contudo, a insistência em utilizar apenas um grupo de princípios (tendentes ao segurado ou tendentes aos cofres públicos) pode levar a tirar conclusões sobre a posição do tribunal em matéria previdenciária.

3 Pesquisa qualitativa sobre a repercussão geral em matéria previdenciária

3.1 Metodologia e seleção da amostra

A investigação teve com ponto de partida a análise do conteúdo completo das decisões disponíveis no sítio da internet do STF. Os argumentos utilizados pelos ministros podem transparecer a preocupação com o impacto das suas decisões nas políticas públicas do Poder Executivo ou, ao contrário, demonstrar que eles não estão preocupados com as consequências financeiras, caso o direito social do cidadão esteja sob risco. As motivações da decisão devem estar, assim, na fala dos próprios ministros em seus votos.

Portanto, as decisões foram selecionadas, como será descrito, no sítio do STF para exame do diálogo entre os ministros durante a exposição de seus votos, utilizando a metodologia de análise exploratória-descritiva de “n” pequeno. Os casos escolhidos para testar o modelo são significativos, pois envolvem a autarquia previdenciária, os segurados do INSS e – obviamente – o próprio STF em meio a uma disputa de interesses envolvendo a construção e/ou modificação da política pública previdenciária para todos os segurados (já que há a repercussão geral).

O foco da pesquisa foi saber quais os princípios previdenciários utilizados nas decisões pelos ministros. A pergunta de pesquisa, então, foi assim estabelecida: quais os princípios constitucionais utilizados pelo STF nas decisões em matéria previdenciária? Como mencionado, a resposta para esta pergunta deve ser baseada em uma análise das decisões através do levantamento das variáveis corretas. Dessa forma, inicialmente foram escolhidas as decisões que se encaixavam no parâmetro traçado: recursos extraordinários, com repercussão geral reconhecida e trânsito em julgado que envolvessem o INSS versus segurados em ações que tratavam de direitos previdenciários dos segurados.

Deve-se explicar a não inclusão dos temas que ainda não foram decididos em seu mérito. A análise teve como objeto as decisões publicadas com os votos completos dos ministros. Compreende-

se que a “não-decisão” também é uma decisão, mas não haveria possibilidade de análise delas, pois não há material disponível. Contudo, em trabalho futuro, é possível refazer a metodologia para inclusão dos temas sem mérito julgado.

Um dos pontos a ser verificado é a utilização do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial (ou outro princípio constitucional) como argumento para a decisão e a influência das variáveis dos demais modelos no resultado da decisão.

O modelo legalista de explicação da decisão judicial se preocupa com os argumentos jurídicos utilizados pelos juízes para fundamentar as decisões. Para os teóricos deste modelo, os juízes devem ser independentes da política e o ordenamento jurídico deve garantir essa independência. Assim, as decisões devem ser embasadas nas leis, nos princípios jurídicos e na Constituição.

Portanto, a pesquisa se volta a encontrar quais são os princípios constitucionais defendidos pelo tribunal em matéria previdenciária. A constituição brasileira traz como princípios da seguridade social (art. 194, parágrafo único):

I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

E ainda traz alguns princípios que são específicos da previdência social (art. 201), como: caráter contributivo; filiação obrigatória; equilíbrio financeiro e atuarial; garantia do benefício mínimo; atualização monetária dos salários de contribuição; preservação do valor real dos benefícios; contagem recíproca do tempo de contribuição; proibição de critérios diferenciados para concessão de aposentadoria; sistema especial de inclusão previdenciária; previdência complementar facultativa.

Alguns destes princípios trazem uma preocupação com o direito social fundamental, como a garantia do benefício mínimo ou a própria garantia da previdência social. Porém, há alguns princípios que transparecem a preocupação fiscal do Governo: equilíbrio financeiro e atuarial; diversidade da base de financiamento, etc. Outros princípios e normas previstas na constituição podem ser utilizados para fundamentar a decisão dos ministros, especialmente normas de caráter processual que também podem ser suscitadas como questão constitucional em recurso extraordinário.

A depender do princípio protegido pelos ministros nos votos, acredita-se que será possível sustentar se eles estavam mais preocupados em proteger as preferências do INSS ou dos segurados.

3.1.1 Universo de dados

Os dados coletados são acórdãos de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e decisão de mérito proferida em temática previdenciária. Cada processo escolhido é o "leading case" e a decisão sobre ele é reproduzida integralmente nos demais processos que estão suspensos, aguardando seu julgamento. O número total do universo da amostra, então, é o número de "leading cases" somados ao número de processos sobrestados.

O processo de escolha do universo de dados teve como objetivo definir aquelas decisões que envolvessem ações entre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e segurados pessoas físicas. Sendo assim, excluiu-se as ações em que o objeto da lide seria a contribuição previdenciária empresarial ou os demais tributos da seguridade social, considerando-se que esta seria uma temática tributária e não previdenciária.

Após a tomada de decisão sobre os limites da amostra, foi feito o download do arquivo com a listagem de todos os recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e mérito julgado do website do Supremo Tribunal Federal no dia 09 de setembro de 2015 (atualizada até 08/09/2015). Na aba "Jurisprudência", clica-se na opção "Repercussão Geral". Ao lado esquerdo da tela, clica-se na opção "Estatística e relatórios". No centro da tela aparecem as listas disponíveis para consulta com os temas de repercussão geral conforme as decisões de repercussão geral e de mérito nos processos "leading case". A lista escolhida foi a de temas com repercussão geral reconhecida e com mérito julgado. Ao clicar-se neste link, um documento no formato excel é aberto com 253 (duzentos e trinta e três) "leading cases" de temas diversos.

No próprio arquivo, existe uma coluna com a descrição textual do tema de cada caso. Analisando-se o conteúdo desta descrição, foi possível localizar apenas os casos que interessam à pesquisa, ou seja, aqueles que envolvessem o interesse do INSS e o de segurados pessoas físicas. A análise foi feita através da leitura da descrição do tema, buscando-se a inserção da temática descrita no recorte da amostra. Ao final da análise, foram selecionados 12 (doze) leading cases que atendiam aos parâmetros escolhidos para a amostra. Os processos escolhidos foram os de número: ARE 664335; ARE 703550; ARE 808107; RE 564354; RE 583834; RE 575089; RE 587365; RE 597389; RE 13033; RE 626489; RE 630501; RE 631240.

Cada leading case tem um número que indica o seu tema. Com este número, é possível pesquisar outros dados estatísticos disponíveis no sítio do STF. Um desses dados é o total de processos por tema, ou seja, a quantidade de processos sobrestados aguardando a definição daquele recurso paradigma. Dessa forma, foi possível verificar a quantidade de processos que realmente fazem parte do universo de dados, conforme tabela abaixo:

Tabela 1 - Quantidade de processos sobrestados por tema

Número do recurso	Tema	Quantidade de sobrestados
ARE 664335	555	573
ARE 703550	772	0
ARE 808107	728	0
RE 564354	76	1
RE 583834	88	105
RE 587365	89	0
RE 597389	165	24
RE 613033	388	11
RE 626489	313	29623
RE 630501	334	587
RE 631240	350	774
RE 575089	70	1
Total: 12		Total: 31699
Soma		31711

Fonte: Estatísticas sobre a repercussão geral disponíveis no sítio da internet do STF.

3.1.2 Método escolhido para a análise da amostra

O método escolhido para a análise das variáveis é a análise de amostra de “n” pequeno, a partir de uma análise exploratória-descritiva.

O número de casos selecionados para esta pesquisa não é alto o bastante para realizar uma pesquisa explicativa, através de métodos quantitativos estatísticos. Contudo, traz a possibilidade de realizar uma análise descritiva com um número maior de variáveis a serem exploradas. As variáveis foram as seguintes:

Tabela 2 - Descrição das variáveis da análise

Variável	Descrição	Natureza
<i>Decisão</i>	Sim ou Não foi favorável ao Poder Executivo (INSS)	Dependente
<i>Princípio constitucional</i>	(1) Equilíbrio financeiro e atuarial; (2) Solidariedade; (3) Previdência social (proteção ao trabalhador); (4) Irretroatividade das leis; (5) Reajuste dos benefícios (valor real) (6) Caráter contributivo (7) Outro não relacionado (Interesse de agir, entre outros).	Independente

A decisão é a variável dependente da pesquisa. Epstein e Martin (2014) explicam que as variáveis podem ser de duas formas: dependentes e independentes. A primeira se caracteriza por ser aquilo que o pesquisador quer explicar. Novamente, no caso em tela, as decisões dos recursos. Já a segunda forma de variáveis é tudo aquilo que o pesquisador considera importante para o resultado da variável dependente. Ou melhor, aquilo que a influencia. Neste caso, a variável independente traçada foi o princípio constitucional defendido pelos ministros na decisão final.

4 Análise dos votos

Pela análise dos doze temas é possível extrair que o STF se utiliza não apenas do princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, mas de outros princípios técnicos do direito previdenciário e de direito processual civil para fundamentar suas decisões e proteger as escolhas dos demais poderes estabelecidas em lei. Foram dez casos favoráveis ao INSS e apenas dois em que os segurados saíram vencedores. Nos dois casos favoráveis aos segurados, o STF tanto usou um argumento técnico (direito adquirido), quanto um argumento de justiça social (direito ao melhor benefício).

A afirmação da jurisprudência é uma ferramenta utilizada pelo tribunal para vincular, através da repercussão geral, os tribunais inferiores quando o caso foi decidido antes da mudança constitucional trazida pela reforma do judiciário. Por isso, alguns temas foram escolhidos como de repercussão geral para forçar os juízes a respeitarem os precedentes do STF. O mecanismo também serve de filtro para evitar o encaminhamento de novos recursos ao tribunal.

O tipo de benefício não parece ser uma variável significativa para a decisão do STF ser favorável ou não ao Executivo. Os doze temas analisados tratam dos mais diversos benefícios. Mais significativo, aparentemente, é a repercussão da decisão sobre outros casos, ou seja, quanto maior o número de processos sobrestados e/ou a possibilidade daquele acórdão abrir precedente para novas ações, maior a tendência do STF decidir de acordo com as preferências do INSS.

As decisões analisadas confirmam a tendência do tribunal de ser “mão amiga” do INSS: utilizando argumentos legais e as regras do desenho institucional, o STF demonstrou preocupação com o impacto das suas decisões na política previdenciária estabelecida pelos poderes Executivo e Legislativo e reafirmou as preferências deles. Contudo, quando Whittington (2005) afirma que o Poder Judiciário pode ser uma “mão amiga” do Executivo, ele diz com relação aos embates entre o Legislativo e o Executivo. O Judiciário seria uma arena favorável para a discussão de políticas salientes ao Executivo que o Legislativo não concorda ou não tem condições de assumir, por correr o risco de perder eleitores. O Judiciário não corre o mesmo risco.

A diferença na presente pesquisa está no fato de que o Executivo tem sua “mão amiga” no órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro para barrar decisões de instâncias inferiores (do próprio Judiciário) que poderiam criar políticas públicas previdenciárias, inovando na legislação e, conseqüentemente, tendo um impacto financeiro grande para o sistema.

5 Considerações finais

A previdência social é um dos temas mais judicializados no Brasil. O INSS é um dos três maiores demandantes naquele tribunal, então, as decisões sobre o tema são sobremaneira material importante de análise sobre o papel do STF nas políticas públicas brasileiras.

Na Constituição de 1988, a previdência social ganhou caráter de direito fundamental social ao figurar no caput do art.; 6º. Diversos dispositivos foram inseridos no texto constitucional sobre a previdência. Contudo, o peso exorbitante da previdência no orçamento e um excesso de “bondades” no texto original da Carta obrigaram os presidentes da era democrática a revisarem a previdência, até agora, por duas vezes. Uma terceira reforma se aproxima e deve dificultar um pouco mais a aposentação ao exigir uma idade mínima no RGPS.

As diversas reformas e leis extravagantes criadas para ajustar a previdência trazem um cenário de incertezas que é favorável à judicialização. Quando o tema chega ao STF, em controle difuso de constitucionalidade, o tribunal tem a possibilidade de encerrar a matéria dando uma nova abordagem (diferentemente da prevista legalmente) à política pública, ou manter o entendimento do Poder Legislativo.

A pesquisa procurou compreender qual o papel do STF no desenvolvimento desta política pública através das suas decisões em sede de recurso extraordinário com repercussão geral. Descobriu-se que o tribunal tende a corroborar com os argumentos jurídicos apresentados pelo INSS, protegendo princípios como o equilíbrio financeiro e atuarial.

Verificou-se que o STF utiliza argumentos jurídicos, apoiados especialmente em princípios constitucionais, para negar a pretensão dos segurados e corroborar as preferências do INSS. Dos doze temas de repercussão geral analisados, um terço utiliza o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial como justificativa para não interferir na política pública previdenciária estabelecida pelos Poderes Executivo e Legislativo, preocupados com o impacto no orçamento. O que não corrobora com a hipótese levantada de que o STF protegeria direitos dos segurados, por ser um poder contramajoritário.

Apenas duas das decisões podem ser consideradas favoráveis aos segurados. A terceira, a decisão sobre o uso do EPI, apesar de ter sido de indeferimento ao INSS, alterou substancialmente a jurisprudência dos juizados que era mais benéfica aos segurados. O RE que decidiu sobre a obrigação do INSS de dar o melhor benefício ao segurado foi um caso que chamou a atenção por ter sido decidido na contramão dos demais. A votação foi apertada: seis votos contra cinco. Contudo, mesmo sob protestos dos ministros que se preocupavam com o equilíbrio financeiro e atuarial, o direito fundamental à previdência prevaleceu. Assim, a hipótese pode ter sido verificada: quando o STF se preocupa com o direito social, mesmo que em detrimento do equilíbrio financeiro e atuarial, ele concretiza direitos do segurado, ocupando seu papel contramajoritário.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processos recursais distribuídos com preliminar de repercussão geral por ramo do direito 2007-2014**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>>. Acesso em: 25 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE, AI, ARE - % Distribuição**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>>. Acesso em: 23 nov., 2015.

BRASIL. Senado Federal. **Governo vai enviar proposta de reforma da previdência no 1º semestre de 2016**. Rádio Senado. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/radio/1/noticia/governo-vai-enviar-proposta-de-reforma-da-previdencia-no-1o-semester-de-2016>>. Acesso em: 04 de jan. 2015.

CLAYTON, Cornell. Supreme Court and Political Jurisprudence: new and old institutionalisms. CLAYTON, Cornell W; GILLMAN, Howard (ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELLES, Diego Werneck (Org). **I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FONTAINHA, Fernando de Castro; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo, ACCA, Thiago dos Santos (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**: Eros Grau. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, v.10, 2015.

FRIEDMAN, Barry. The Politics of Judicial Review. **Texas Law Review**, v. 84, n. 2, p. 257-337, dec. 2005.

GILLMAN, Howard; CLAYTON, Cornell W. Beyond Judicial Attitudes: institutional approaches to Supreme Court Decision Making. In: CLAYTON, Cornell W; GILLMAN, Howard (ed.). **Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches**. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1999.

KAPISZEWSKI, Diana. Arbitro de conflictos, creador de políticas públicas, o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil em transición. In: HELMKE, Gretchen; Ríos Figueroa, Julio. **Tribunales constitucionales en America Latina**. Mexico, D.F.: Suprema Corte de Justicia de La Nación, 2010.

LAZZARI, João Batista; KRAVCHYCHYN, Jefferson Luis; KRAVCHYCHYN, Gisele Lemos; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. **Prática Processual Previdenciária: Administrativa e Judicial**. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 50, no 2, 2007, pp. 229 a 257. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v50n2/a01v50n2.pdf>.

TAYLOR, Matthew M. **Judging policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil**. Stanford: Stanford University Press, 2008.

WHITTINGTON, Keith., 'Interpose your Friendly Hand': Political Supports for the exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court. **American Political Science Review**, vol. 99, no 4, 2005. pp. 583-596.



Imigração,
Tráfico de Pessoas
e Refúgio



REFUGIADOS OU IMIGRANTES?

Implicações das terminologias utilizadas pela imprensa no atual movimento migratório mundial

Ana Luísa Costa Chaves¹

RESUMO: O presente artigo investiga o uso das terminologias “refugiados” e “imigrantes”, pela imprensa online, para designar os sujeitos ativos do atual movimento migratório mundial. O objetivo é mostrar como esses termos são utilizados de forma indiscriminada ou ressignificados nos textos, independente dos significados legais distintos que carregam. O aporte teórico-metodológico será no campo da análise do discurso.

Palavras-chave: Análise do discurso. Mídia. Refugiados. Imigrantes. Direitos Humanos.

ABSTRACT: This paper investigates the use of the terms ‘refugees’ and ‘immigrants’ by the online press to designate the active subjects of the current global migratory movement. The aim is to show how these terms are used in an indiscriminatory or redefined manner in the texts, independent of the distinct legal meanings that they carry. The theoretical-methodological contribution will be in the field of discourse analysis.

Keywords: discourse analysis. Media. Refugees. Immigrants. Human Rights.

1 Considerações iniciais

Se tivéssemos que apontar o fato de maior relevância mundial em 2015, este seria o movimento migratório de pessoas da Ásia e da África em direção à Europa. Neste ano, quase um milhão de imigrantes e refugiados cruzaram o Mar Mediterrâneo em busca de uma nova oportunidade de vida no continente europeu², o que constitui a maior onda de migração desde a Segunda Guerra Mundial. Estes números apresentam uma expressiva alta em relação a 2014, quando aproximadamente 219 mil pessoas fizeram esta rota marítima, e tendem a ser crescentes.

Os atuais fluxos migratórios têm ocupado lugar de destaque na imprensa³, o que traz à tona principalmente seus aspectos de ordem sociocultural, econômica e política, amplamente discutidos e pesquisados. Uma abordagem desse fenômeno de migração menos explorada, mas igualmente

1 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco. Graduada em Comunicação Social, com habilitação em Publicidade e Propaganda, pela Universidade Federal de Pernambuco. Email: analuisachaves@gmail.com.br.

2 Fonte: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/um-milhao-de-refugiados-e-migrantes-fugiram-para-a-europa-em-2015/>

3 Não à toa, a chanceler alemã Angela Merkel foi escolhida como “pessoa do ano” pela revista americana *Time* e “refugiados” (no alemão *fluechtlinge*) foi escolhida como palavra do ano de 2015 pela Sociedade para a Língua Alemã. A Alemanha tem sido o principal destino de imigrantes e refugiados na Europa. Fonte: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/12/1717833-refugiados-e-eleita-a-palavra-do-ano-na-alemanha.shtml>>.

importante, e do qual o presente artigo fará uso, é do ponto de vista discursivo. Vamos investigar como o sujeito ativo da migração é denominado no discurso midiático, o que contribui para a construção de sua identidade social.

De acordo com Fairclough, “o discurso é uma prática, não apenas de representação do mundo, mas de significação do mundo, constituindo e construindo o mundo em significado” (2001, p. 91). Isso nos leva a questionar como as várias denominações do sujeito migrante interferem na forma como a sociedade aceita ou rejeita estas pessoas e de que forma essa significação no discurso corrobora com as políticas e opinião pública dos países europeus sobre migração e nacionalidade.

Há várias formas de denominar o migrante, sendo que duas palavras se destacam pelo seu uso mais frequente: “imigrante” e “refugiado”. Muitas vezes, inclusive, tais palavras são utilizadas como sinônimos e alternadas num mesmo contexto.

O motivo aparente é que, dada a grande quantidade de pessoas que migram para a Europa, num mesmo período e por questões diversas, fica difícil distinguir numa matéria a condição específica de cada um e a massa acaba sendo generalizada. A generalização é um recurso da escrita bastante utilizado no jornalismo. De forma implícita, a escolha das palavras reflete um posicionamento, seja do jornalista, do veículo de comunicação, da opinião pública ou outros sujeitos envolvidos no discurso.

Na linguística sabe-se que não existem sinônimos, pois todas as interações são únicas e contextualizadas. As condições de produção e recepção diferem nas formações discursivas e interferem na maneira como um determinado texto é escrito e interpretado. Tais afirmações já são importantes para se observar o uso de palavras tidas como sinônimas. No caso de “imigrantes” e “refugiados”, a questão é mais profunda, pois estas palavras possuem significados legais diferentes.

Para o Alto Comissariado da Onu para Refugiados (ACNUR), os “refugiados” são pessoas que fogem do seu país por causa de conflitos armados e perseguições e para as quais o retorno a seus lugares de origem pode levar à morte. Há leis internacionais que protegem os refugiados, visto que correm perigo. Já os “imigrantes” são aqueles que saem dos seus países em busca de melhores condições de vida e, caso desejem retornar, poderão fazê-lo com segurança e receberão a proteção do Estado do qual possuem nacionalidade. A ACNUR, inclusive, incentiva as pessoas e órgãos da mídia a utilizarem as palavras específicas para cada perfil de migrante conforme determinações acima⁴.

Além dos significados dos termos serem distintos, as políticas dos países europeus em relação a estes dois grupos costumam ser bastante diferentes. O que se observa são legislações que tratam o refugiado como acolhido – em seguimento às leis e recomendações internacionais sobre o assunto –, enquanto tendem a rejeitar e devolver o imigrante.

4 Fonte: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>

Na próxima seção iremos apresentar o texto que serviu de ponto de partida para o presente artigo e, na sequência, as respostas a este texto dadas pela imprensa mundial, analisados à luz da análise crítica do discurso e do conceito de “dialogismo” de Bakhtin, posteriormente aprofundado na “intertextualidade” de Kristeva (cf. SAMOYAULT, 2008).

Vamos também fazer uso do conceito de apátridas de Hannah Arendt, estes inscritos no contexto de surgimento dos regimes totalitários pós Primeira Guerra Mundial. O termo “apátrida” se refere a pessoas migrantes que perdem o direito a uma nacionalidade e cuja história – inclusive do ponto de vista discursivo -, pela perspectiva arendtiana, parece trazer bastante similaridade com os atuais refugiados e imigrantes. O apátrida é bem definido pela autora nesta passagem:

as guerras civis que se alastraram durante os vinte anos de paz agitada não foram apenas mais cruéis e mais sangrentas do que as anteriores: foram seguidas pela migração de compactos grupos humanos que, ao contrário dos seus predecessores mais felizes, não eram bem-vindos e não podiam ser assimilados em parte alguma. Uma vez fora do país de origem, permaneciam sem lar; quando deixavam o seu estado tornavam-se apátridas; quando perdiam os seus direitos humanos, perdiam todos os direitos: eram o refugio da terra. (ARENDR, 1968: p. 300).

A conclusão apontará para a importância de se acompanhar o movimento migratório, conforme retratado no discurso, durante seu andamento. Além disso, levantará possíveis impactos desta prática discursiva no que concerne à garantia dos direitos humanos para os imigrantes e refugiados, sendo esta esfera a das transformações que os discursos podem impactar na realidade, uma vez que “a prática discursiva é constitutiva tanto de maneira convencional como criativa: contribui para reproduzir a sociedade (identidades sociais, relações sociais, sistemas de conhecimento e crença) como é, mas também contribui para transformá-la” (FAICLOUGH, 2001: p. 92).

Os dados que a serem trabalhados neste material foram coletados em matérias jornalísticas publicadas na Internet sobre o movimento migratório dos continentes africano e asiático para o europeu e que se referem aos atores sociais envolvidos na ação de migração das mais diversas formas. Estas matérias veicularam entre agosto e dezembro de 2015, coincidindo com o período de maior entrada de imigrantes e refugiados no ano, visto que corresponde ao verão e outono no hemisfério norte, época de clima mais ameno. Foram escolhidos para este estudo, de forma qualitativa e aleatória, veículos de comunicação de distintas nacionalidades, para que pudesse ser feito um comparativo entre opiniões variadas.

2 No movimento migratório, as palavras importam

O ponto de partida para este trabalho é um artigo publicado em 24 de agosto de 2015 por Barry Malone⁵, editor online da rede Al Jazeera, a despeito da forma como são tratadas no discurso midiático

5 Fonte: <http://www.aljazeera.com/blogs/editors-blog/2015/08/al-jazeera-mediterranean-migrants-150820082226309.html>

as pessoas migrantes da Ásia e África para o continente europeu. Neste artigo, Malone (2015) afirma que "a palavra 'imigrante' não dá conta de descrever o horror encontrado no Mediterrâneo. Ela desumaniza e distancia".

Continuando o discurso de Malone (2015), "Não há crise de imigração no Mediterrâneo, mas um número muito grande de refugiados que fogem da miséria inimaginável e do perigo e um número menor de pessoas que tentam escapar da pobreza que leva alguns ao desespero". Tratando dessa forma, o jornalista argumenta que "imigrante" é uma palavra que minimiza a voz daqueles que estão sofrendo, reduzindo-os a números e dando margem a discursos xenofóbicos, enquanto que o uso do termo "refugiado" é uma forma de resgatar um pouco da dignidade dessas pessoas. A partir da publicação desse artigo, a rede Al Jazeera utiliza em suas notícias sobre o tema apenas as palavras "pessoas", "famílias" e "refugiados".

Sabemos na linguística – e, por doravante, na análise do discurso – que todo texto é permeado de textos anteriores, estejam estes explícitos ou implícitos na enunciação, conforme conceito de dialogismo de Bakhtin, que afirma que "o enunciador, para constituir um discurso, leva em conta o discurso de outrem, que está presente no seu. Por isso, todo discurso é inevitavelmente ocupado, atravessado, pelo discurso alheio." (FIORIN, 2011: p. 27-28).

Do ponto de vista do texto de Malone (2015), podemos dizer que, quando imbuí ou identifica características no uso do termo "imigrante" (e aponta "refugiado" como o termo "politicamente correto"), Malone está se referindo a todos os enunciados anteriores e posteriores que fazem uso de determinada palavra, seus ou de outros autores, uma vez que "um enunciado se constitui em relação aos enunciados que o precedem e que o sucedem na cadeia de comunicação" (FIORIN, 2011: p. 47). Na prática, isso significa que, a partir do momento em que essa opinião foi expressa, qualquer texto que use os termos "refugiado" e "imigrante", independente do tempo em que foi escrito, pode ser interpretado de acordo com sua ótica.

Continuando a análise, podemos dizer que "a palavra se carrega de suas significações, de seus usos e de seus empregos, e os transporta no texto que deles se vale e os transforma em contato com outras palavras ou enunciados" (SAMOYAULT, 2008: p.16). Por isso, quando afirma que a palavra "imigrante" não dá conta de descrever o sujeito da crise migratória, pois desumaniza ou distancia, dá margem a provocações xenofóbicas ou reduz pessoas a números, Malone extrapola o significado usual e aparentemente neutro dessa palavra e cria, evidencia ou escancara outros sentidos claramente negativos, rebaixados e pejorativos. Essa resignificação acontece independente de outros sujeitos do processo discursivo apoiarem ou não a proposição de Malone.

Tal situação – no sentido de que uma palavra é utilizada para "deteriorar" os migrantes – se assemelha à dos apátridas pós Primeira Guerra Mundial. Embora estejamos falando de outro momento

histórico e outro grupo migrante, naquela ocasião os apátridas receberam designação que diminuía sua importância, conforme pode ser percebido no trecho a seguir:

Até a terminologia aplicada ao apátrida deteriorou-se. A expressão ‘povos sem estado’ pelo menos reconhecia o fato de que essas pessoas haviam perdido a proteção do seu governo e tinham necessidade de acordos internacionais que salvaguardassem a sua condição legal. A expressão *displaced persons* [pessoas deslocadas] foi inventada durante a guerra com a finalidade única de liquidar o problema dos apátridas de uma vez por todas, por meio do simplório expediente de ignorar sua existência. O não-reconhecimento de que uma pessoa pudesse ser ‘sem estado’ levava as autoridades, quaisquer que fossem, à tentativa de repatriá-la, isto é, de deportá-la para o seu país origem, mesmo que este se recusasse a reconhecer o repatriado em perspectiva como cidadão ou, pelo contrário, desejasse o seu retorno para puni-lo. (ARENDETT, 1968: p. 313).

Malone divide a questão migratória em dois lados opostos a partir dos termos usados no texto: passam a existir, pelo menos de forma aparente, aqueles que podemos chamar de “solidários” ao problema, e que por isso tratam os sujeitos da migração como “refugiados”; e aqueles que têm interesse em minimizar ou denegrir a questão, por isso usam a palavra “imigrante”. Isso pode levar a uma dicotomia entre o “bom refugiado” e o “mau imigrante”, que deixa implícita em seu discurso que um país é bom porque acolhe refugiado e não há problemas em “devolver” o imigrante ao seu país de origem. Com seu artigo, Malone apreende duas palavras que eram, de maneira geral, usadas indiscriminadamente e atribui a elas um novo ou evidente sentido.

3 A imprensa mundial e a denominação ao migrante

A questão sobre a forma de denominação do sujeito migrante atual atingiu grandes proporções e levantou um debate mundial na imprensa a respeito das terminologias e suas implicações sociais e políticas. Boa parte da mídia internacional se manifestou buscando explicar ou justificar a escolha de cada palavra, uma vez que “um enunciado solicita uma resposta, resposta que ainda não existe. Ele sempre espera uma compreensão responsiva ativa, constrói-se para uma resposta, seja ela uma concordância ou uma refutação” (FIORIN, 2011: p. 47). A mídia responde a Malone por meio do dialogismo mostrado objetivado categorizado por Bakhtin: o texto de Malone é “abertamente citado e nitidamente separado do discurso citante” (FIORIN, 2011: p. 48).

A *Associated Press*, maior agência de notícias⁶ do mundo, revelou não ter uma política específica quanto ao uso dos termos e, assim como a *Fusion* (rede de TV de língua inglesa), se manifestou informando que busca analisar caso a caso. A *National Public Radio* e o *The Washington Post* admitem

6 Cabe aqui destacar que a imprensa brasileira utiliza bastante associações internacionais de notícias para a cobertura de fatos que acontecem fora do país – recurso bastante utilizado pelo jornalismo de uma maneira geral, independente dos fatos em questão. Isto significa – e merece uma análise mais aprofundada à parte, pois não está no foco desse artigo – que costumamos receber notícias internacionais sob ótica americana e/ou européia, onde se encontram os *headquarters* destas associações.

que, quando querem generalizar, adotam o termo imigrante⁷. Alguns veículos, como a CNN e o *The NY Times*, fizeram matérias a respeito do assunto, mas não expuseram quais termos costumam adotar em suas redações.

De maneira geral, a imprensa não tinha e continua sem regras sobre o assunto. Mesmo após o debate, o uso dos termos e seus significados permanecem emaranhados. Exceção percebida é a rede de notícias britânica BBC, que admitiu o uso anterior concomitante e sinônimo das duas palavras em questão, e passou a adotar o termo “migrante” de forma genérica para designar tanto aqueles que solicitam asilo quanto as pessoas que buscam uma melhor qualidade de vida na Europa, indo na contramão do discurso apregoado por Barry Malone, que desqualifica essa palavra. Em algumas matérias, a BBC acrescenta uma “nota sobre a terminologia”, explicando a que grupos de pessoas o termo “migrante” se refere⁸.

O site Portal Exame publicou uma matéria tendo como base o artigo de Malone e aparentemente permanece usando os termos de forma alternada. Podemos perceber isso nas imagens a seguir: a primeira traz matéria sobre discussão iniciada por Malone, enquanto a segunda, de data posterior à primeira, traz matérias online sobre o assunto da migração e uso dos termos “refugiados” e “imigrantes” para tratar de situações semelhantes.



Figura 1 - Matéria Portal Exame.

Fonte: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/imigrantes-ou-refugiados-como-uma-simples-palavra-muda-tudo#4>

7Fonte: <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/08/1674827-refugiados-ou-imigrantes-a-discussao-sobre-os-terminos-para-descrever-a-crise.shtml>

8 Fonte: <http://www.bbc.com/news/world-europe-34278886>



Figura 2 - Manchetes Portal Exame.

Fonte: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/ue-quer-intensificar-retorno-de-migrantes-economicos>

Outra matéria, também do Portal Exame, chama atenção pelo título: “UE quer intensificar retorno de migrantes econômicos”⁹. Nesse caso o termo “migrante” se junta à palavra “econômico” para, ao que parece, justificar ainda mais o ato de deportar pessoas que querem se estabelecer em um novo país com o objetivo de melhorar sua qualidade de vida.

Importante destacar que há várias outras formas usadas para denominar o sujeito migrante na mídia, além do uso dos termos “imigrantes” e “refugiados”. Algumas matérias utilizam palavras de conotação claramente negativa, como “baratas” ou “enxame”, associando o migrante a bichos e, conseqüentemente, os descaracterizando como humanos; enquanto outras buscam termos de sentido positivo como “pessoas” ou chamam os imigrantes pelo nome, e assim os personificam no discurso.

Partindo do pressuposto de que não há discurso neutro, pois todo discurso traz em si um conjunto de crenças e ideologias dos seus interlocutores, inclusive o discurso jornalístico, é importante entender quais as motivações implícitas que levam determinados grupos de comunicação a adotar posicionamentos específicos no que refere à denominação do migrante, considerando como pontos de atenção sua nacionalidade e perfil político. Essa análise será aprofundada em fases de estudo posteriores a este artigo.

3 Considerações Finais

As recentes ondas migratórias constituem uma questão bastante contemporânea e que tende a aumentar de impacto e relevância nos próximos anos, tanto no mundo como no Brasil. Nesse contexto, faz-se mister que sejam elaborados estudos que acompanhem, registrem e levantem pontos importantes

⁹ Fonte: <http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/ue-quer-intensificar-retorno-de-migrantes-economicos>

que possam atuar no rumo dessa caminhada e apontar possíveis entendimentos a curto, médio e longo prazo. Trata-se de um assunto bastante complexo e que requer estudos aprofundados dos aspectos que o compõe.

Além disso, enquanto o movimento migratório está em andamento de forma intensa, há que se observar atentamente a maneira como o migrante será retratado na imprensa, por ele ser excelente “bode expiatório” para os mais diversos problemas. Como encontra-se em estado de vulnerabilidade, é importante que a comunidade acadêmica busque auxiliar no entendimento dos seus problemas e garantia dos seus direitos.

Uma vez que “os enunciados são sempre o espaço de luta entre vozes sociais, o que significa que são inevitavelmente o lugar da contradição” e que “o contrato se faz com uma das vozes de uma polêmica” (FIORIN, 2011: p. 36-37), é preciso que se levante possíveis consequências do uso das palavras “imigrantes” e “refugiados”, e suas implicações no tratamento destes dois sujeitos, tanto na prática discursiva como social. O presente artigo, ao expor estas formas de denominação, apenas inicia o debate sobre o assunto.

Mas que uma simples escolha por palavras, o discurso acerca das terminologias “refugiados” e “imigrantes” reitera ou vai de encontro à opinião pública e, numa arena em que disputam e negociam interesses de grupos distintos, corrobora com as políticas de migração e nacionalidade.

O estudo da evolução da legislação internacional dos direitos humanos mostra ser crescente o reconhecimento do indivíduo como um sujeito de direitos, independente de sua nacionalidade. Ao mesmo tempo, a implementação prática dos direitos de entrada e permanência nos países continua basicamente dependente dos Estados receptores, no caso específico das migrações internacionais (REIS, 2015: p.159).

Embora não haja regra explícita no uso das palavras, um caminho que se parece trilhar, apregoado pelo discurso midiático, é o que trata o refugiado como acolhido, do ponto de vista da legislação de um país. Enquanto isso, o imigrante, principalmente o chamado “imigrante econômico”, pode ser expulso e devolvido a seu país de origem.

Isso pode ser percebido nos desdobramentos sociais e políticos atuais sobre o assunto. Está em prática desde o dia 20 de março de 2016, um acordo entre a União Europeia (UE) e a Turquia, em que a UE devolve para a Turquia todo imigrante que chegar ao continente europeu de forma ilegal, vindo do território turco. Para cada imigrante que deportar, a União Europeia se compromete a receber um refugiado sírio que já está na Turquia¹⁰.

10 Fonte: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/03/acordo-entre-ue-e-turquia-sobre-refugiados-entra-em-vigor.html>

Ora usado indiscriminadamente, ora atrelado a um sentido legal ou ressignificado atribuído por grupos de mídia, importante refletir até que ponto a diferença entre as terminologias “refugiado” e “imigrante” acaba corroborando com uma distinção de tratamento e ações entre estes dois grupos humanos. Independente de como é designado, o ser humano que atravessa o Mediterrâneo em busca de melhores condições de vida na Europa merece dignidade e respeito.

Referências

- ABÉLLÁN, Lucía. **União Europeia e Turquia chegam a acordo para expulsar refugiados**. Bruxelas, 08 mar. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/07/internacional/1457352301_920991.html>. Acesso em: 08 mar., 2016.
- ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- BARBOSA, Vanessa. **Imigrantes ou refugiados? Como uma simples palavra muda tudo**. 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/imigrantes-ou-refugiados-como-uma-simples-palavra-muda-tudo#4>>. Acesso em: 28 ago., 2015.
- EDWARDS, Adrian. **'Refugee' or 'migrant' - Which is right?** Gênova, 27 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/55df0e556.html>>. Acesso em: 28 ago., 2015.
- FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.
- FIORIN, José Luiz. **Introdução ao pensamento de Bakhtin**. São Paulo: Ática, 2011.
- FLEMING, Melissa. **Crossings of Mediterranean Sea exceed 300,000, including 200,000 to Greece**. Gênova, 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/55e06a5b6.html>>. Acesso em: 29 ago., 2015.
- MALONE, Barry. **Why Al Jazeera will not say Mediterranean 'migrants'**. Al Jazeera, 20 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.aljazeera.com/blogs/editors-blog/2015/08/al-jazeera-mediterranean-migrants-150820082226309.html>>. Acesso em: 20 ago., 2015.
- MARSH, David. **We deride them as 'migrants'. Why not call them people?** The Guardian, Londres, 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.theguardian.com/commentisfree/2015/aug/28/migrants-people-refugees-humanity>>. Acesso em: 29 ago., 2015.
- MARTINEZ, Michael. **Things to know about Europe's Migrant Crisis at land and sea**. Hong Kong, 11 set., 2015. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2015/08/28/world/things-to-know-europe-migrant-crisis-worlds-deadliest-border/index.html?iref=obinsite>>. Acesso em 15 jan., 2016.
- PARK, Jeanne. **Europe's Migration Crisis**. 23 out. 2015. Disponível em: <<http://www.cfr.org/migration/europes-migration-crisis/p32874>> Acesso em 29 out., 2015.
- REIS, Rossana Rocha. **Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, vol. 19, jun. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em 28 ago., 2015.
- RITTER, Karl. **Refugiados ou imigrantes? A discussão sobre os termos para descrever a crise**. Folha de São Paulo, Estocolmo, 28 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2015/08/1674827-refugiados-ou-imigrantes-a-discussao-sobre-os-termos-para-descrever-a-crise.shtml>>. Acesso em: 28 ago., 2015.
- SAMOYAUULT, Tiphaine. **A Intertextualidade**. São Paulo: Aderaldo & Rothschild, 2008.
- SOUZA, Edu Moraes de e SIQUEIRA, Holgonsi Soares Gonçalves. **Migrações e Políticas Migratórias na Era Globalizada**. In: Revista Teoria & Sociedade, Santa Maria, vol. 20.2, jul-dez. 2012. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/revistasociedade/index.php/rts/article/view/65/58>>. Acesso em: 04 mar., 2016.
- TAYLOR, Adam. **Is it time to ditch the word 'migrant'?** The Washington Post, Washington, 24 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2015/08/24/is-it-time-to-ditch-the-word-migrant/>>. Acesso em: 28 ago., 2015.

O DIREITO A IMIGRAR E AS CONSEQUÊNCIAS DA IMIGRAÇÃO

Carolina Genovez Parreira¹

RESUMO: Por muito tempo, a mobilidade humana somente foi restringida pela precariedade dos transportes, não existindo restrições legais que impedissem as pessoas de imigrar, como é atualmente. Porém, muito se discute sobre a possibilidade de uma imigração livre e quais seriam as suas consequências, principalmente hoje, quando milhões de imigrantes se encontram em situação irregular devido a leis migratórias restritivas, o que aumenta a sua vulnerabilidade. Nesse prisma, o objetivo do presente trabalho é estudar, através de uma revisão bibliográfica, os argumentos contra e a favor do direito a migrar e quais as consequências trazidas pela imigração para os países de destino e de origem.

Palavras-chave: Imigração. Direito de Migrar. Direitos Humanos.

ABSTRACT: For a long time, the human mobility has been restricted only by poor transport, there were no legal restrictions that would prevent people from immigrating, as it is currently. However, there is much discussion about the possibility of a free immigration and what are the consequences, especially today, when millions of immigrants are in an irregular situation due to restrictive immigration laws, which increases their vulnerability. In this perspective, the objective of this work is to study, through a literature review, the arguments for and against the right to migrate and what the consequences brought about by immigration to the countries of destination and origin.

Keywords: Immigration. Right to Migrate. Human Rights.

1 Introdução

A imigração é um tema antigo. Durante toda a história, o homem saiu do território em que se encontrava para procurar melhores condições de vida que propiciassem a sua sobrevivência. Esse movimento migratório foi muito importante para o povoamento do território e para a criação e desenvolvimento de muitos povos e culturas.

Porém, com o passar do tempo, foram sendo impostas cada vez mais barreiras para a mobilidade humana, tanto barreiras físicas como legais. Se de um lado a globalização e a modernização dos meios de transporte e comunicação levaram a uma maior facilidade de deslocamento de pessoas no espaço territorial, os Estados, por seu turno, tentam frear esses fluxos através de leis restritivas, criação de cercas e muros e outros obstáculos à passagem de pessoas, além de uma maior fiscalização das fronteiras.

A imigração passou a ser vista somente como um problema econômico, em que os indivíduos saem de seus países de origem visando melhores empregos e salários. Essa visão é uma tentativa de

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ.

simplificar um fenômeno complexo, que é tanto econômico como social, político e cultural, que envolve vidas humanas, desigualdade social, injustiça, desequilíbrio na distribuição de riquezas, cultura, etc.

Porém, a negação dessa complexidade e a visão da imigração como um fato apenas econômico, que compreende o imigrante como sendo somente um trabalhador, acaba por influenciar no modo como as políticas migratórias são compostas, negando direitos a todos aqueles que não se encaixem no mercado de trabalho do Estado de destino, posto que a concessão de vistos é somente para os indivíduos que já possuem um contrato de trabalho com empresa situada em seu território, geralmente mão de obra qualificada necessária para o desenvolvimento econômico, pois a imigração só é vista como benéfica quanto se trata de circulação de mão de obra com alto conhecimento técnico.

Porém, a maior parte dos imigrantes não possuem qualificações profissionais em áreas de interesses para os Estados e acabam vítimas do endurecimento das fronteiras, pois são vistas como causadoras de desemprego dos nacionais, aumento da criminalidade e outros problemas sociais.

Nesse prisma, o objetivo desse presente trabalho é estudar, através de uma revisão bibliográfica, o direito a migrar e os argumentos a favor e contra uma imigração livre, além de analisar as consequências da imigração para os países de saída e de destino.

2 O Direito a Migrar

O controle do movimento de pessoas entre territórios é algo recente, nem sempre tivemos controles tão rígidos nas fronteiras. No começo da história, o território era ocupado por indivíduos nômades que migravam de acordo com suas necessidades de sobrevivência. Esse movimento se tornou importante tanto para a exploração do território, como para formação de novas cidades. Segundo Dowty (2006):

Não existiam alemães em Berlim, nem russos em Moscou, e poucos turcos onde hoje é a Turquia. Espanha era de maioria mulçumana, o sul da Ucrânia era habitada por tribos turcas, e a maioria dos búlgaros viviam na Ásia Central. Não havia tailandeses em Bangkok ou malásios em Singapura e a maior parte do Vietnã de hoje era ocupada pelos ancestrais do Camboja atual. Na África, pessoas que falavam o Bantu, que agora ocupam a maior parte da África Sub-Sahariana, estavam confinados no centro e na costa leste do continente. Mais notadamente, com certeza, o Novo Mundo era habitado apenas por índios nativos americanos.² (apud MOSES, 2006, p. 39)

No período medieval, mesmo com a criação dos feudos e a maior parte da população vivendo cercada por muros, a migração era importante, pois os comerciantes só conseguiam subsistir na medida em que viajavam entre feudos para vender seus bens e conseguir mais mercadoria, o que contribuiu para o contínuo desenvolvimento de novas cidades.

2 Tradução Livre da autora. Original: *There were no Germans in Berlin, no Russians in Moscow, and few Turks in what is now Turkey. Spain was mostly Moslem, the southern Ukraine was inhabited by Turkish tribes, and most Bulgarians lived in Central Asia. There were no Thais in Bangkok or Malays in Singapore, and most of present-day Vietnam was occupied by the ancestors of today's Cambodia. In Africa, Bantu-speaking peoples, who now occupy most of Sub-Saharan Africa, were still confined to the center and the east coast of the continent. Most strikingly, of course, the New World was inhabited only by native American Indians*

A Magna Carta (1215) garantia o direito à entrada no território inglês de qualquer estrangeiro. Embora o poder do reino reservasse para si o poder de expulsar qualquer estrangeiro que considerasse perigoso, os estrangeiros podiam entrar no território inglês sem autorização prévia do reino. Naquela época, o governo expedia documentos de passagem não para controlar a imigração como é feito hoje, mas para a proteção do direito de passagem do estrangeiro.

É óbvio que existiam algumas limitações ao direito de migrar, como a lealdade dos servos ao senhor feudal e impedimentos de movimentação de povos ciganos e vagabundos, mas essas eram ineficazes, pois o território era muito vasto para ser vigiado em toda a sua extensão. As verdadeiras limitações à migração naquela época eram questões práticas, como meios de transporte precários, altos custos e a falta de suprimentos, e não as regras impostas pelo poder soberano.

Segundo Moses (2006), na época da colonização, a necessidade de mão de obra era grande, por isso a migração era bem vinda. A emigração, por esse mesmo motivo, era desencorajada, a não ser quando esses emigrantes fossem em direção às colônias do Reino, para povoar e defender o novo território. Porém, a partir do momento em que a migração voluntária se mostrou ineficiente e muito cara para povoar o Novo Mundo, os Estados começaram a estimular a migração forçada de africanos e asiáticos para as colônias para servirem de mão de obra escrava. Segundo o autor, no governo pós-independência, os Estados Unidos começaram a estimular a imigração de imigrantes qualificados e fazendeiros com grande capital, para fazer frente a hegemonia inglesa. Logo, nessa época começou-se a ver a imigração como uma política econômica, sendo encorajada quando necessária e restringida quando não (2006, p. 42-44).

No período pós-mercantilista embora fosse um período, teoricamente, excelente para a liberdade de movimento, na prática foram impostas cada vez mais restrições ao movimento entre países. Na França pós-revolução foi implantado um sistema de passaportes para restringir a entrada e saída de pessoas do território francês e no restante da Europa foram criadas leis para restringir à entrada de imigrantes em seu território, como a English Alien Bill de 1793 e a Passport Law de 1797, com medo da revolução se espalhar por seus territórios e, depois, com o temor das guerras napoleônicas. Porém, essas restrições eram somente temporárias, a regra era uma migração mais livre. Diversas conferências afirmavam os princípios do direito a migrar, como a International Emigration Conference de 1889 que declarava “nós afirmamos o direito de todo indivíduo a liberdade fundamental que toda nação civilizada deve o conceder de ir e vir e de dispor de sua pessoa e destino como lhe agrada³”. Nos Estados Unidos a situação não era diferente, e a imigração era praticamente desregulamentada até 1880 (MOSES, 2006, p. 45).

3 Tradução livre da autora. O original: *we affirm the right of the individual to the fundamental liberty accorded to him by every civilized nation to come and go and dispose of his person and his destinies as He pleases*

Segundo Moses (2006, p. 36) a maioria dos países não restringia o movimento de pessoas em suas fronteiras. Alguns países como o Japão e a China tinham restrições quanto à admissão de estrangeiros em seu território, mas o controle da imigração como vemos hoje só começou efetivamente em 1914 quando o Reino Unido, por medo dos migrantes que fugiam das consequências geradas pela Primeira Grande Guerra, impôs um sistema de passaporte que foi seguido pelos Estados Unidos em 1918. A Primeira Grande Guerra⁴ impôs diversas restrições à mobilidade humana, mas, diferente das regras anteriormente existentes, essas não eram temporárias e não acabaram com a Guerra. Enquanto a circulação de bens e dinheiro passou a ser cada vez mais encorajada, o movimento de pessoas, por sua vez, era restringido e novos controles se criavam.

Com a Segunda Grande Guerra, as restrições já tinham se naturalizado nos países, transformando-se muitas vezes em xenofobia. Os Estados criaram leis para restringir a entrada de imigrantes em seu território ao mesmo tempo em que criaram leis para proteger direitos que consideravam como inerentes ao ser humano. Esses documentos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirmavam o direito ao movimento como um direito humano, ao garantir que todos os indivíduos tem o direito a deixar seu país de origem:

Artigo XIII

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado.
2. Toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.

Porém, o direito a emigrar é só uma das facetas do direito a migrar, que é composto pelo direito de emigrar, a imigrar e a permanecer no país onde se encontra e os instrumentos internacionais como a Declaração Universal, o Pacto Internacional de Direitos Políticos e Cívicos e outros⁵ só consagravam o direito a emigrar. Em seu artigo 12 o Pacto estabelece que:

ARTIGO 12

1. toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado terá o direito de nele livremente circular e escolher sua residência.
2. Toda pessoa terá o direito de sair livremente de qualquer país, inclusive de seu próprio país.
3. Os direitos supracitados não poderão constituir objeto de restrição, a menos que estejam previstas em lei e no intuito de proteger a segurança nacional e a ordem, a saúde ou a moral pública, bem como os direitos e liberdades das demais pessoas, e que sejam compatíveis com os outros direitos reconhecidos no presente pacto.
4. Ninguém poderá ser privado do direito de entrar em seu próprio país.

O direito à entrada em outro país de quem não é nacional foi esquecido, até porque vai de encontro ao princípio da soberania dos Estados, segundo o qual esses têm o poder discricionário de decisão

4 Porém é importante lembrar que a I Guerra Mundial criou inúmeros apátridas que tiveram seus documentos invalidados por seus respectivos governos. Para resolver essa crise, Fridjof Nansen criou os passaportes Nansen que eram documentos de viagem para apátridas. O problema desse passaporte era que não garantia a entrada em nenhum país.

5 Ver ainda: a Convenção Internacional para Eliminação de Todas as Formas de Tortura, artigo 5 (1965) que garante “the enjoyment of the right to leave any country, including one’s own, and to return to one’s country” e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) .

dentro de suas fronteiras. Segundo Porém, recentemente, esse debate sobre o direito a migrar ressurgiu, com autores expondo seus argumentos a favor e contra. O assunto é extenso e nesse trabalho não se pretende esgotá-lo, o que seria impossível devido à sua complexidade.

3 Argumentos a Favor do Direito a Migrar

Muitos autores defendem o direito ao movimento como algo indispensável ao ser humano. Segundo Moses (2006):

Há inumeráveis citações celebrando a liberdade de movimento como o primeira e mais fundamental liberdade humana, declarando que a ordem do mundo depende da liberdade de movimento ou afirmando que a liberdade de movimento é uma condição fundamental para o livre desenvolvimento de uma pessoa. Todo autor contemporâneo de direito internacional público considera que é necessário voltar para a longa lista de publicistas, famosos por terem supostamente apoiado o princípio da livre circulação como decorrente da moralidade internacional e coerente com a soberania: Bodin, Grotius, Vattel, Pufendorf, Vitoria, Locke e Rousseau são citados como exemplo.⁶ (2006)

Moses (2006) defende a imigração livre ao sugerir que um mundo sem fronteiras seria um mundo mais justo e eficiente, com uma melhor distribuição das “recompensas” econômicas e políticas que o mundo tem para oferecer. O autor argumenta que existem três motivos para que se deva existir uma imigração livre. Seriam eles: moral, econômico e político. (2006, p. 3)

O argumento *moral* é que todos os indivíduos têm o dever moral de dar assistência aos mais necessitados, principalmente considerando que o regime capitalista contemporâneo é injusto, estando os indivíduos submetidos a uma situação de violação, sem oportunidade de procurar algo melhor, pois o Estado tende a priorizar seus interesses e a economia, ignorando a necessidade dos seres humanos (MOSES, 2006). Na verdade, se pensarmos que a imigração é, sobretudo a busca por uma vida mais digna, pode-se arguir que a mobilidade deva ser um direito humano, já que é a única maneira que milhões de pessoas têm de fugir da fome e da pobreza.

Habermas (2002, p. 261), também defende um argumento moral ao direito a migrar, argumentando que as pessoas não abandonam a sua terra natal a não ser em meio a grandes necessidades e existe uma obrigação moral de auxiliar esses indivíduos que nasce das crescentes interdependências em uma sociedade mundial e das obrigações que o “Primeiro Mundo” teria com suas antigas colônias, já que eles se beneficiaram dos fluxos migratórios entre os anos de 1800 a 1960, quando, num primeiro momento, os europeus imigraram para as colônias para explorarem as matérias-

6 Tradução livre da autora. O original: *There are myriad quotes celebrating freedom of movement as the first and most fundamental of human liberties, stating that the world order depends on freedom of movement, or asserting that liberty of movement is an indispensable condition for the free development of a person. Every contemporary writer on public international law deems it is necessary to revert to the long list of famous publicists having allegedly supported the principle of free movement as deriving from international morality and being consistent with sovereignty: Bodin, Grotius, Vattel, Pufendorf, Vitoria, Locke and Rousseau are cited as examples*

primas aqui existentes e depois, num segundo momento, quando a Europa recebeu milhares de imigrantes que ajudaram na reconstrução do continente no pós-guerra. Para o autor, não existe razões que legitimariam um direito individual a migrar que possa ser cobrado judicialmente, porém existe essa obrigação moral de amparo.

Nesse mesmo sentido, Benhabib (2012) defende existe uma obrigação com nossos vizinhos pois, a economia dos países desenvolvidos devastou a economia das suas antigas colônias e que as multinacionais trouxeram problemas para o meio ambiente desses países. A autora ainda argumenta que esse princípio moral que deveria ser base para um direito a migrar seria os laços de dependência economia que existem entre os países receptores de imigrantes e os países com algo grau de saída de pessoas, como é o caso do México e dos Estados Unidos.

Herrera Flores (2008, p. 140) afirma que as pessoas não imigram em buscas de melhores oportunidades de emprego, mas são forçadas a imigrar tendo em vista as injustiças e as desigualdades sociais existentes no mundo globalizado. Para o autor, não devemos pensar na imigração como um fenômeno somente econômico, mas também político e social e devemos perceber o imigrante como um ser humano, dotado de emoções e sonhos, vítimas das desigualdades existentes no mundo e que precisam de ajuda. Segundo Herrera Flores:

O país que recebe, manda; o imigrante, diferente/desigual, serve: estamos ante a lei de oferta e demanda aplicada, neste caso, à tragédia pessoal de milhões de pessoas que fogem do empobrecimento de seus Países, em razão da rapina indiscriminada do capitalismo globalizado. Vejamos os enfoques dominantes nessa matéria: em primeiro lugar, a insistência por parte das autoridades da União Europeia, de fazer frente à “guerra de imigração ilegal”, adotando medidas puramente policiais tendentes à construção de uma Europa-fortaleza que ambiciona, novamente, proteger seu bem-estar às custas de suas antigas colônias; em segundo lugar, veja-se a generalização de clichês e estereótipos vertidos sobre os imigrantes, ideológica e interessantemente conhecidos como “ilegais”, ou frases como: “eles vêm retirar nossos postos de trabalho e depois não querem trabalhar, e sim protestar”; em terceiro lugar, vejamos a falta de visão “global” do fenômeno migratório – e da realidade de multiplicidade de formas de vida – ao reduzi-lo a temas como os de identidades culturais – redução que retira a dimensão política – ou de “cupos” (número de imigrantes por ano que podem regularizar-se e viver nos países de recepção), que faz com que vejamos a imigração como um problema de simples necessidade de mão-de-obra em épocas determinadas, e não como um fenômeno causado pelas injustiças da globalização neoliberal selvagem que vem aprofundando o abismo entre os Países ricos e os Países pobres. Esses enfoques são as notas que definem a tendência das atuais políticas europeias ante a realidade da imigração; notas que seguem o papel pautado de imposição de uma ordem global, cuja premissa ideológica explícita é constituída pela exclusão e pelo abandono de 4/5 da população mundial.⁷ (2008, p. 141)

7 Tradução livre da autora. O original: “*El país de recepción manda; el inmigrante, el diferente/desigual sirve: estamos ante la ley de oferta y demanda aplicada, en este caso, a la tragedia personal de millones de personas que huyen del empobrecimiento de sus países a causa de la rapiña indiscriminada del capitalismo globalizado. Veamos los enfoques dominantes en esta materia: en primer lugar, la insistencia por parte de las autoridades de la UE de hacer frente a la “guerra a la inmigración ilegal” adoptando medidas puramente policiales tendentes a la construcción de una Europa fortaleza que quiere, de nuevo, proteger su bienestar a costa de sus antiguas colonias; en segundo lugar, la generalización de clichés y estereotipos vertidos sobre los inmigrantes, ideológica e interesadamente tildados de “ilegales”, como el de: “vienen a quitarnos los puestos de trabajo y después no quieren trabajar sino protestar”. Y, en tercer lugar, la falta de visión “global” del fenómeno migratorio –y de la realidad de la multiplicidad de formas de vida– al reducirlo a temas como los de las identidades culturales. Con ello, el fenómeno pierde dimensión política y hace que veamos la inmigración como un problema de meras necesidades de mano de obra en épocas determinadas y no como un*”

O segundo argumento, de cunho *político*, é que a imigração não enfraquece o Estado, antes o melhora. Nenhum governo quer prescindir de mão de obra e a imigração força a atentar para os problemas que levam à saída das pessoas de seus países de origem. Não resolver essas questões significa perder os próprios nacionais (MOSES, 2006).

Para Guertechin (2007), o direito de migrar nada mais é que um meio de contornar os problemas gerados pelo desequilíbrio entre as nações mais ricas e as mais pobres. Para o autor, esse direito deve ser garantido enquanto os Estados de origem não garantirem uma vida digna para esses indivíduos, pois o direito de migrar teria relação com o direito a ficar em seu país natal com qualidade:

Enquanto direito econômico, o direito de emigrar fica derivado do direito aos meios de existência, que normalmente deve poder ser satisfeito na terra onde a gente nasceu. Por isso, seria oportuna uma deslocação do capital para ir à mão-de-obra e não o inverso. Assim, pudessem melhorar as condições de vida de multidões de trabalhadores que não precisariam mais se expatriar. Neste novo contexto, o direito de migrar seria, de verdade, correlativo ao direito de ficar, de viver bem no seu país, na sua região. (2007, p. 388)

Se a imigração seria ligada ao direito a uma vida digna em seu país de origem, logo esse argumento tem validade, no sentido de que para impedir a imigração de sua população, os Estados teriam que criar políticas concretas para melhorar a condição de vida das pessoas mais pobres, o que levaria a políticas mais justas, pautadas pelo respeito aos direitos humanos. Além disso, os Estados também teriam que investir em educação e tecnologia para evitar a “fuga de cérebros”, o que também estimularia, em longo prazo, o crescimento econômico dos países de saída.

Moses (2006) afirma que a imigração livre acabaria criando uma competição entre os Estados para atraírem esses trabalhadores, o que geraria governos com políticas mais igualitárias e mais democráticas, já que, para o autor, ninguém escolheria livremente viver em uma ditadura. (2006, p. 81)

Por fim, o fundamento *econômico* argui os benefícios que a migração traz para a economia. Alguns desses benefícios, que serão vistos mais profundamente no item seguinte, são a importância da mão de obra migrante nos países que apresentam elevado índice de envelhecimento de sua população; a contribuição para as finanças públicas com o pagamento de impostos; a redução de gastos do país de origem; as remessas de divisas, entre outros.

Deve-se mencionar que Moses rebate o argumento de que a imigração livre poderia afetar a cultura de uma determinada população, pois a História já nos mostrou que é possível manter uma identidade cultural mesmo com a imigração livre, e que a globalização facilita, para o imigrante, manter uma ligação com sua cultura natal. (2006, p. 4)

fenómeno causado por las injusticias de la globalización neoliberal salvaje que viene hundiendo, si cabe aún más, el abismo entre los países ricos y los países pobres. Estos enfoques son las notas que definen la tendencia de las actuales políticas europeas ante la realidad de la inmigración; notas que siguen el papel pautado que imponen las tenazas de un orden global cuya premisa ideológica explícita es la exclusión y el abandono a sí mismas de las cuatro quintas partes de la población mundial.”

Hoje, percebe-se avanços na discussão sobre o direito a migrar. A lei argentina de imigração (lei nº 25.871), por exemplo, além de dispor sobre os direitos humanos universais dos imigrantes e refugiados, também reconhece e garante o direito a migrar no artigo 4º: *“O direito à imigração é essencial e inalienável e a República da Argentina o garante com base nos princípios de igualdade e universalidade”*⁸.

Enquanto não defendem propriamente a imigração livre, diversos autores criticam o modo como a imigração é restringida hoje. Ventura (2014) afirma que não se deve restringir a imigração, pois isso fomenta a clandestinidade e favorece o trabalho de “coiotes” e de redes de tráfico. A clandestinidade é perigosa, pois deixa o imigrante numa situação vulnerável, sem acesso a serviços básicos, em trabalhos informais, muitas vezes escravo, além de estarem sempre com o fantasma da deportação pairando sobre suas cabeças:

Como o migrante considerado irregular dificilmente obtém um emprego formal, sua vulnerabilidade é vertiginosamente multiplicada. O acesso aos serviços do Estado e aos programas sociais é inexistente ou muito limitado. À margem da sociedade, os migrantes chamados de “sem documentos” são alvo de toda sorte de discriminação. Quando só lhes resta a assistência motivada pela caridade, veem-se paulatinamente destituídos de sua dignidade (2014).

Póvoa Neto (2010), no mesmo sentido:

As crescentes restrições à migração regular acabam por ser favoráveis à proliferação de redes de contrabando e tráfico de migrantes, através das quais se “vende a facilidade” num contexto em que novas dificuldades surgem dia a dia, conectando necessidades de força de trabalho nas áreas de recepção com o impulso à emigração nas áreas expulsoras. Tais redes criminosas aprofundam sua atuação também rumo a processos de arregimentação dos que se encontram “disponíveis a migrar”, ou com insuficientes condições para tomar decisões nesse particular. As formas de coerção exercidas caminham, nesses casos, rumo a processos onde se encontram também relações de profunda exploração do trabalho, quando não de dominação pessoal próximas à escravidão. As condições, socialmente deploráveis, em que se exercem tais atividades, facilitam a difusão do crime organizado e agravam a rejeição ao migrante em si, associado, ainda que indevidamente, às figuras do contrabandista e do traficante. (2010, p. 395)

O principal argumento contra essas restrições é que elas não servem para o seu principal propósito, que é justamente restringir a entrada de imigrantes em seu território. Moses vai mais além, asseverando que restringir a imigração é simplesmente impossível (2006, p. 5).

Nesse sentido, Castles (2007) e Herrera Flores (2006) arguem que as políticas migratórias restritivas além de não diminuírem efetivamente o fluxo de imigrantes nas fronteiras, também acabam por tornar o mercado dos coiotes ainda mais lucrativo, aumentando o número de imigrantes irregulares.

Para Ventura (2014), uma política migratória menos restritiva “permite que o migrante contribua ao desenvolvimento econômico e cultural do país que o recebe. É, em síntese, um duro golpe contra a pobreza e a corrupção, e um adeus aos coiotes”, pois “migrar, com todos os riscos que isto implica,

8 A lei dispõe em seu artigo 4º que: *“El derecho a la migración es esencial e inalienable de la persona y la República Argentina lo garantiza sobre la base de los principios de igualdad y universalidad”*

explica-se simplesmente porque a busca de felicidade é inerente ao ser humano”. E felicidade, atualmente, para a maioria da população mundial, significa apenas ter um emprego.

De Lucas (2004), por sua vez, assevera que o direito a migrar é importante, pois a imigração, hoje, é um privilégio para poucos que possuem boas condições financeiras de se especializar em suas áreas de trabalho ou que têm capital para investir no país de destino.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2013, ao julgar o caso de expulsão de seis haitianos e vinte um dominicanos (descendentes de haitianos do território da República Dominicana) sem a observância do devido processo legal, discutiu o direito a migrar, e os juízes demonstraram tendência a aceitar a migração e o direito de entrar e de permanecer no país onde se encontra como um direito humano, com base no artigo 13 da Declaração Universal de Direitos Humanos e no artigo 22 da Convenção Americana de Direitos Humanos 9.

Deve-se mencionar que Kant (2008) em seu livro a Paz Perpétua, defende um direito a circulação de pessoas num sentido temporário, ou seja, você tem um direito de visitante ou hóspede em que nenhuma fronteira pode te impedir de visitar outro país e de ser tratado com hospitalidade quando se comportar amistosamente. Embora não defenda um direito a migrar, o autor defende o direito a propriedade comum da terra, que ninguém tem um direito maior a terra que o outro.

4 Argumentos Contra o Direito a Migrar

Há, porém, quem se coloque contra o direito a migrar. Ruhs (2013) defende que não deve haver direito a migrar e que a imigração deve ser restringida, pois ao mesmo tempo em que favorece os imigrantes, ela desfavorece os trabalhadores nacionais que têm que competir no mercado de trabalho.

Segundo o autor, teoricamente os imigrantes ganhariam um melhor salário no país de destino do que em suas terras natais, por não serem qualificados, além de terem oportunidade de uma melhor condição de vida para os familiares por meio das remessas de dinheiro. Por seu turno, os trabalhadores nacionais seriam os ‘perdedores da imigração’, pelo fato dos imigrantes aceitarem trabalhar por salários menores e em condições insalubres.

9 O caso Benito Tide Méndez *et al.* v. República Dominicana tratava sobre a prisão arbitrária e deportação de seis haitianos e vinte e um dominicanos descendentes de haitianos que foram expulsos sem o devido processo legal, além de não terem tido a oportunidade de avisar suas famílias e recolher seus pertences. Quando da expulsão, a República Dominicana reconhecia como nacional todo aquele que nascessem em solo dominicano, o que foi mudado em 2010, quando o país passou a adotar o *ius sanguinis*, em que a nacionalidade só é concedida para filhos de nacionais residentes no país. A Comissão Interamericana, ao examinar o caso, recomendou a revogação da ordem de deportação dos petionários, pois foram descobertos indícios de discriminação na decisão, já que o governo selecionava quem era expulso com base na origem haitiana e na cor da pele. A República Dominicana não cumpriu a ordem e o caso foi para julgamento na Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2013. Um dos temas de discussão foi se o direito a migrar deve ser reconhecido como um direito humano. O juiz Eduardo Vio Grossi discorreu sobre o direito a migrar e de não ser deportado. Pablo Ceriani, o *expert* da Comissão Interamericana, testemunhou que há uma tendência nas Américas a se reconhecer o direito a migrar, com reformas acontecendo na Argentina, Bolívia e Uruguai que reconhecem o referido direito.

Para o autor, na verdade, a imigração irrestrita estaria relacionada com a falta de garantia de direitos dos imigrantes, pois quanto mais direitos os imigrantes têm, mais restritivas são as políticas de migração, já que assegurá-los representaria um gasto público a ser evitado. Seria utópico um mundo com imigração livre e direitos plenos para imigrantes, pois, paradoxalmente, para o autor, a imigração mais restrita seria a resposta para as violações de direitos dos imigrantes (RUHS, 2013)¹⁰.

Rowthorn (2014), por sua vez, afirma que, enquanto a imigração é benéfica por impedir um envelhecimento populacional, garantindo uma crescente parcela da população em idade economicamente ativa, ela só ajudaria a economia nacional se os imigrantes tivessem qualificação profissional, assegurando, assim a sua inserção no mercado de trabalho dos países de origem, o que aumentaria a renda per capita e a arrecadação de impostos nesses locais. Porém, segundo o autor, o que acontece é exatamente o oposto, já que a maioria dos imigrantes seriam pessoas com baixa instrução, que acabam em empregos que exigem pouca qualificação profissional e isso geraria um desemprego entre os trabalhadores nacionais, o que prejudicaria a economia local. O autor parte do pressuposto que os nacionais geralmente ocupam postos de trabalho tidos como inferiores e que com o aumento da imigração e pelo fato dos imigrantes aceitarem trabalhar por salários menores, os nacionais acabariam desempregados.

Sobre a qualificação profissional, deve-se mencionar que, segundo Castles (2009), os Estados distinguem os imigrantes em desejáveis e indesejáveis. Os imigrantes com alto grau de conhecimento técnico, como por exemplo, empresários e investidores, são vistos como um meio de desenvolvimento para economia local, possuindo uma maior facilidade para obtenção de vistos permanentes. Eles se configuram como imigrantes desejáveis, pois são considerados mão de obra qualificada e despertam a atenção do Estado e de setores da economia. Já os imigrantes que representam mão de obra não qualificada, tem grande dificuldade de obter vistos, ficando, geralmente, em situações migratórias irregulares. Muitas vezes eles migram para melhorar suas vidas em outro lugar, no entanto são indesejados tanto pelo “novo Estado”, quanto pela população que nele vive (CASTLES, 2002).

Esse conceito de imigrantes desejáveis e indesejáveis é, segundo De Lucas (2006), o que norteia a definição jurídica de imigrante nas políticas migratórias atuais, ou seja, o imigrante é o trabalhador que entra em um país estrangeiro para cumprir uma determinada função e depois retorna ao seu país de origem, sem custos para o Estado de destino e, principalmente, sem deixar rastros. Nessa conjuntura, os imigrantes são transformados em números e estatísticas, sendo que não se deve permitir a entrada de nenhum estrangeiro a mais do que a economia do Estado de destino necessita.

10 Na verdade, para o autor, aos imigrantes devem ter garantidos certos direitos que ele considera os mais relevantes: direitos trabalhistas e direitos civis (como direito a manter sua própria identidade, acesso à justiça e ao devido processo legal). Nesse núcleo de direitos, não se incluem muitos direitos sociais, estando excluídos os benefícios sociais sem contribuição, além de se impedir a residência permanente.

Ruhs (2003), não defende uma restrição completa, mas um aumento significativo da migração de trabalhadores de baixa qualificação de países de baixa renda para os países de alta renda, por meio de programas cuidadosamente administrados que admitam migrantes em setores e ocupações específicas e por um período de tempo limitado, no que ele denomina “Programas de Migração Temporária”. Essa seria, para ele, a única forma realista de liberar políticas de migração de trabalhadores de baixa qualificação em países de alta renda (RUHS, 2013).

5 Consequências da Migração

A imigração sempre foi vista como um processo negativo que levaria a maiores gastos dos países de destino. Os imigrantes se configurariam como fonte de encargos sociais para o Estado, além de, supostamente, trazerem o desemprego para a população nativa, pois ‘roubariam’ os postos de trabalho disponíveis. Muitas pessoas ainda alegam que a imigração causaria um problema de identidade nacional, pois os imigrantes não se adaptariam totalmente à cultura local, mantendo ainda certas tradições, o que dissolveria a identidade nacional do país de acolhida.

Sobre o primeiro ponto, boa parte dos imigrantes, conforme mencionado, se encontra em situação irregular, sem possuir a documentação necessária para garantir a obtenção de um trabalho legal. Assim, muitos imigrantes se estão no setor informal da economia, trabalhando como vendedores ambulantes e artistas de rua, o que significa que a ideia de que os imigrantes levariam ao desemprego da população nacional é um mito.

Para Chomsky a chegada dos imigrantes não significa um aumento da taxa de desemprego, pois a quantidade de empregos disponíveis é proporcional ao aumento da população, tendo em vista que o consumo também aumenta. Além disso, muitos imigrantes geralmente ocupam postos de trabalho em condições perigosas com baixos salários que, na verdade, são empregos que a população nacional não aceitaria (2007, p. 7-16).

Sobre os encargos sociais, o autor argumenta que existem estudos que comprovam que os imigrantes usam menos serviços básicos que a população nativa, mesmo que paguem a mesma quantidade de impostos. Já os imigrantes ilegais não têm direito à maioria dos serviços públicos (CHOMSKY, 2007, p. 40), além de, muitas vezes, evitarem usá-los por medo da deportação.

Outra consequência geralmente associada à imigração por alguns autores seria a estagnação do desenvolvimento dos países de origem. Isto aconteceria em função da evasão de grande quantidade de indivíduos em idade ativa, o que desfalcaria a mão de obra nacional. Além disso, essa situação se agravaria com a imigração de trabalhadores com alta qualificação profissional, configurando o chamado *brain drain*, ou “fuga de cérebros”, privando os países da, muitas vezes escassa, mão de obra especializada em certos setores da economia.

Na verdade, a imigração possui um papel positivo para o desenvolvimento dos países envolvidos nos fluxos, além de melhorar a vida de muitos imigrantes que conseguem melhores oportunidades nos países onde se assentam. Certos autores argumentam que a imigração é muito importante, pois “*pode aliviar a pressão sobre os recursos escassos no país de origem, receber remessas de fora e enriquecer a diversidade da sociedade de destino*”. (GUERTECHIN, 2008,p. 389)

Para Castles (2009), os principais aspectos positivos da imigração são: *brain circulation*, as remessas de dinheiro e as remessas sociais.

O *brain circulation* ocorre quando e se, porventura, os trabalhadores imigrantes qualificados retornam ao seu país de origem, levando consigo todo o conhecimento e experiência técnica adquiridas no país de destino, o que implicaria na transferência de tecnologia e, por conseguinte, em maior desenvolvimento do país de origem. Os países de destino se beneficiariam ao terem supridas suas necessidades de mão de obra qualificada durante o período de estada do imigrante (CASTLES, 2009,p. 63-65).

Mas, segundo o autor, a circulação depende de diversos fatores, sendo o mais importante a necessidade dos Estados de origem de melhorar as condições de trabalho e de estilo de vida para atrair os trabalhadores de volta. Além disso, os Estados de destino precisam criar programas de educação técnica para suprir a necessidade interna de mão de obra qualificada, para assim, reduzirem o *brain drain* e permitir o *brain circulation* (CASTLES, 2009, p. 66).

Para Daugeliene e Marcinkeviciene:

(...) *brain circulation* é um fenômeno que poderia ser identificado como o pilar principal, vital, bem como a sustentação do processo de desenvolvimento de economias de países baseada no conhecimento. *Brain circulation* é um fenômeno multifacetado, que abrange o movimento de pessoas altamente qualificadas entre os diferentes países, instituições, com o objetivo principal de criar, compartilhar, espalhar o conhecimento e, assim, estimular o desenvolvimento de nações com base no conhecimento. No futuro, o fenômeno do *brain circulation* irá se manifestar com maior força. Os países devem envidar todos os esforços, estimulando esse processo, porque esta é a chave para o desenvolvimento dos países, bem como da competitividade¹¹ (2009, p. 25)

As *remessas de dinheiro* ocorrem quando os trabalhadores enviam divisas para seus familiares que ficaram no país de origem com o intuito de melhorar seu bem-estar, e são um fator crucial para a economia de muitos países em desenvolvimento, pois essas transferências, além de complementar a renda de famílias pobres, diminuindo o trabalho infantil e a pobreza, estimulam o consumo.

Segundo estimativas do Banco Mundial, em relatório de 2011, as remessas oficiais ultrapassaram US\$ 501 bilhões, sendo US\$ 372 bilhões para países em desenvolvimento. Os maiores

11 Tradução livre da autora. Texto original: *brain circulation is a phenomenon which could identified as the main, vital Pillar as well as process sustaining countries knowledge-based economies development. Brain circulation is a multifaceted phenomenon, which covers the movement of highly skilled persons between different countries, institutions, with the main purpose to create, share, apread the knowledge and thus stimulate nations knowledge-based development. In the future brain circulation phenomenon will manifest with the greater power. Countries must put all the efforts while stimulating this process, because this is the key to countries development and competitiveness as well*”

receptores dessas remessas foram a Índia (US\$ 64 bilhões), a China (US\$ 62 bilhões), o México (US\$ 24 bilhões) e as Filipinas (US\$ 23 bilhões)¹². Na América Latina, as remessas superaram os 60 bilhões de dólares anuais (CANALES CERÓN, 2008,p. 6). No caso do Brasil, estima-se que os brasileiros residentes no exterior enviaram para o país em 2011, cerca de US\$ 2 bilhões¹³. Se for considerado, ademais, que a maior parte das remessas é feita por vias não oficiais por causa das altas taxas cobradas pelos bancos, o valor estimado pelo Banco Mundial pode dobrar (BERNER *et al.*, 2014). Apesar da crise econômica, o Banco Mundial prevê que as remessas de dinheiro continuarão crescendo, chegando a US\$ 615 bilhões em 2014, dentre os quais US\$ 467 bilhões serão para países em desenvolvimento.

Por fim, sobre as *remessas sociais*, elas seriam, segundo Castles, “*novas ideias, comportamentos, identidades e capital social que circula entre os países de destino e de origem*” (2009, p. 62) e que teriam um impacto positivo em países menos desenvolvidos. Essa disseminação de atitudes e comportamentos aconteceria tanto quando os imigrantes retornassem temporária ou permanentemente ao seu país de origem, quanto com as comunicações realizadas com as pessoas que ficaram para trás.

Porém, Castles lembra que nem sempre essa transferência é construtiva, pois os imigrantes que se encontram em situação de risco podem não ter valores positivos para transferir e essa transferência positiva acabaria por transmitir para a comunidade de origem uma ideia de ‘facilidade de imigrar’ que pode acabar por estimular mais a imigração, criando uma cultura migratória naquele país, o que resultaria em prejuízo em longo prazo (CASTLES, 2009, p. 63).

Na realidade, a transferência positiva de comportamento se baseia na ideia de que os valores culturais dos países desenvolvidos são melhores do que os outros, levando a uma regressão aos ideais do colonialismo, quando se vê a população de países em desenvolvimento como bárbaras, que devem aprender a viver do modo correto, ou seja, deve ser submetida à cultura ocidental. Deve-se levar em consideração que isso pode levar a discursos xenófobos que segregam os imigrantes por terem uma cultura diferente, sem considerar que os imigrantes querem se adaptar ao país onde se encontram sem perder sua própria identidade cultural.

Deve-se mencionar também que algumas regiões, como a União Europeia (UE), vêm sofrendo com o envelhecimento da população, o que se traduz em um baixo número de indivíduos em idade ativa, baixas taxas de fecundidade e aumento com gastos em seguridade social. Diversos são os motivos que levaram a essa situação, como o aumento da expectativa de vida, o avanço da medicina e melhores

12Disponível em <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/0,,contentMDK:20648762~pagePK:64257043~piPK:437376~theSitePK:4607,00.html>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

13 Disponível em <http://economia.ig.com.br/brasil-ja-recebe-menos-dinheiro-de-imigrantes-que-o-haiti/n1597692787307.html>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

condições de vida. O envelhecimento da população leva os países do bloco a estimularem a imigração de mão de obra imigrante, especialmente aqueles com alto grau de conhecimento técnico. Eles são empregados por meio de contratos temporários que, uma vez terminados, implicam no retorno para seus países de origem (CASTRO, 2008). Na verdade, essa política se configura como um verdadeiro paradoxo, pois se por um lado a UE mantém os imigrantes somente como mão de obra temporária e os expulsa quando se tornam desnecessários, por outro lado o baixo crescimento populacional da região, combinado com a diminuição da população ativa, faz com que os países europeus precisem muito de mão de obra imigrante, seja ela qualificada ou não, por tempo indeterminado. Essa situação causará problemas para a economia europeia em longo prazo, pois a produtividade cai e os gastos públicos aumentam cada vez mais.

6 Considerações Finais

O presente trabalho não se dispõe a concluir definitivamente sobre o assunto, até por se tratar de um tema muito vasto, que é a imigração. Porém, cabem algumas considerações sobre os assuntos abordados.

A restrição a imigração é um fenômeno recente, antes existia-se uma migração livre, embora não fosse um direito garantido e positivado. O que impedia as pessoas de se deslocarem eram barreiras práticas, como o pouco avanço nos meios de transporte. Hoje, as fronteiras estão cada vez mais impenetráveis, estando os Estados restringindo a imigração pela qualificação profissional dos imigrantes. Porém, a imigração é um fenômeno complexo e multifacetado, que envolve questões sociais, políticas, econômicas, culturais, geográficas, históricas. É impossível uma análise completa da imigração sem levar em conta todos esses fatores. Deve-se ter sempre em mente que a imigração envolve seres humanos, desejos, sonhos e esperanças. Não se trata apenas de trabalhadores, mas de pessoas, e por esse motivo deve-se mudar o paradigma migratório reducionista atual, e tratar o tema de modo a acabar com a ilusão de que a imigração é tão somente relacionada ao trabalho.

Muitos autores apresentam argumentos a favor e contra um direito a migrar, porém, o que deve ser levado em consideração é que a restrição a imigração não tem funcionado. Na verdade, em vez de impedir a entrada de estrangeiros no território nacional, essas políticas só criam pessoas em situações de risco, que estão submetidas a violações de direitos por sua condição migratória irregular. Necessitamos perceber que a construção de barreiras, a aprovação de políticas mais restritivas e a punição, tanto daqueles que imigram clandestinamente como daqueles que os ajudam, não vai diminuir a imigração, conforme asseverado por autores como Castles e Herrera Flores. Somente garantindo as condições necessárias para uma vida digna nos países de saída é que haverá alguma possibilidade de se diminuir os fluxos migratórios. No entanto, nem mesmo isto é certo, pois, conforme dito, a mobilidade

humana tem diversos motivos, o trabalho não é o único elemento norteador da imigração. Nesse prisma, a irregularidade só vai ser suprimida quando os Estados passarem a ver a imigração como algo positivo e pararem de tentar frear esse fluxo, pois os imigrantes sempre encontrarão um meio de burlar a restrição. Deve-se começar a proteger os direitos, tratando os imigrantes como aquilo que realmente são: pessoas, e não somente trabalhadores.

Referências

- BENHABIB, Sheila. **The Morality of Migration**. New York times. Disponível em: http://opinionator.blogs.nytimes.com/2012/07/29/stone-immigration/?_r=0. 2012
- BERNER, Vanessa Oliveira Batista; PARREIRA, Carolina Genovez. Desenvolvimento, Trabalho e Imigração na Perspectiva das Convenções das Nações Unidas: Um Estudo à Luz da Teoria Crítica dos Direitos Humanos. In BERNER, Vanessa Oliveira Batista; BOITEUX, Luciana. **A ONU e as Questões Internacionais Contemporâneas**. Editora Freitas Bastos, 2014.
- CANALES CERÓN, Alejandro I. **“Remesas y desarrollo en América Latina. Una relación en busca de teoría”**, in Migración y desarrollo, n. 11, 2008, p. 5-30, 2013. Disponível em <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/660/66011754001.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.
- CASTLES, Stephen. **The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World**. Editora Palmgrave MacMillan.Londres. 2009
- CASTRO, Mary Garcia. **Migrações internacionais e direitos humanos e o aporte do reconhecimento**. REMHU – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Ano XVI - Número 31, 2008.
- CHOMSKY, Avram. **“They take our jobs!” and 20 other myths about immigration**. Beacon Press Books. Estados Unidos, 2007.
- DAUGELIENE, Rasa; MARCINKEVICIENE, Rita. (2009). **Brain Circulation: Theoretical Considerations**. Inzinerine Ekonomika-Engineering Economics. 2009. pgs 49-57.
- DE LUCAS, Javier. **La Inmigración como res política**. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, vol. 10, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.uv.es/CEFD/10/delucas.pdf>>. 2004
- DOWTY, Alan. **Closed Borders: The Contemporary Assault on Freedom of Movement**, APUD MOSES, Jonathon W. (2006). *International Migration: Globalization's Last Frontier*. Palgrave Macmillan. New York, 1987.
- GUERTECHIN, Thierry Linard de. Direito a Migrar Versus Soberania dos Estados à Luz da Ética Econômica e Social. **REMHU** – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Ano XVI. Número 31. Pg. 386 a 393, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. **A Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política**. Edições Loyola, São Paulo, 2002.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Abordar las Migraciones: Bases Teóricas para Políticas Públicas Creativas**. Tiempos de América. Nº13. Pag. 75 a 96, 2006.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**. Coleção Textos Clássicos de Filosofia. Editora LusoSofia Press. Covilhã, 2008.
- MOSES, Jonathon W. **International Migration: Globalization's Last Frontier**. Palgrave Macmillan. New York, 2006.
- PÓVOA NETO, Helion. **Barreiras Físicas como Dispositivos de política Migratória na Atualidade**. FERREIRA, Ademir Pacelli; Vainer, Carlos; PÓVOA NETO, Hélio; SANTOS, Miriam de Oliveira (orgs). *A Experiência Migrante: Entre Deslocamentos e Reconstruções*. Editora Garamond. Rio de Janeiro, 2010.
- ROWTHORN, Robert. **Large-Scale Immigration: Its Economic and Demographic Consequences for the UK**. Londres. Civitas, 2014.
- RUHS, Martin.**The Price of Rights: Regulating International Labor Migration**. Princeton University Press, 2013.
- VENTURA, Deisy. **Migrar é um Direito Humano**. *Opera Mundi*. 2014. Disponível em <http://operamundi.uol.com.br/conteudo/opiniao/33594/migrar+e+u>.



SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ESTRANGEIROS EM RELAÇÃO AOS DIREITOS POLÍTICOS: uma análise sobre a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros no Brasil

Rafael Lima Rangel Vasconcelos¹

RESUMO: No presente artigo, pretende-se analisar a possibilidade da concessão dos direitos políticos aos estrangeiros, tendo em vista que essa concessão se dá diante de direitos políticos específicos e quais são os fundamentos para a realização dessa concessão. A concessão dos direitos políticos é um tema de calorosos debates e é uma tendência para o futuro. A concessão desses já é cogitada por diversos países e já foi adotada por alguns países, inclusive o continente europeu. O fenômeno das migrações se faz cada vez mais presente no mundo. Portanto, a concessão desses se faz necessária para a busca da garantia dos direitos dos estrangeiros como indivíduos dotados de dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Políticos. Estrangeiros. Brasil.

ABSTRACT: In this article, we intend to examine the possibility of granting political rights to foreigners, noting that the granting is given on specific political rights and what are the grounds for the purposes of granting. The granting of political rights is a topic of heated debate and is a trend for the future. The granting of these is already contemplated by several countries and has been adopted by some countries, including Europe. The phenomenon of migration becomes increasingly present in the world. Therefore, the granting of these is necessary for the pursuit of ensuring the rights of foreigners as individuals endowed with human dignity.

Keywords: Political Rights. Foreigners. Brazil.

1 Introdução

O presente tema tem sido alvo de alguns debates no cenário político atual, chegando a serem projetos de Emendas Constitucionais, no Brasil. Juntamente a esse questionamento, está o debate dos requisitos necessários para que sejam concedidos os direitos políticos aos estrangeiros. Deve-se fazer presente o questionamento do por que os direitos políticos são necessários para os estrangeiros e por que eles devem ser concedidos.

Ao primeiro questionamento, concedem-se as respostas através de debates realizados por uma análise constitucionalista, para se saber o porquê que os direitos políticos devem ser concedidos aos estrangeiros que residem de forma permanente no Brasil e não para aqueles que não residem de forma permanente. Alguns constitucionalistas defendem que os estrangeiros não devem adquirir os direitos políticos. Por outro lado, os

¹ Graduando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. rafaelrangeltasconcelos@gmail.com.

debates são calorosos e já tomou proporção mundial. Portanto, muitos acreditam que os estrangeiros devem ter garantidos direitos políticos.

O segundo questionamento é de qual é a importância desses direitos políticos para os estrangeiros, que deve ser realizado por uma análise sociológica e constitucionalista, para que se compreenda o que os estrangeiros podem realizar com os direitos políticos e o que visam garantir com esses, tendo em vista as devidas limitações para fins de controle da soberania do país.

Com essas mudanças, também muda a forma como a República Federativa do Brasil passará a tratar os imigrantes de todo o mundo, ocorrendo, dessa forma, uma quebra de fronteiras para o mundo, uma vez que a sociedade se caracterizará pela pluralidade. Ainda se tem a concepção de nação ligada à nacionalidade dos indivíduos. (REIS, 2006, p. 157).

O artigo tem por objetivo realizar uma apresentação crítica desse relevante e complexo debate sobre a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros que no Brasil residem. Para isso, se procederá da seguinte maneira: no primeiro ponto, será oferecido o conceito de estrangeiro e as diferenças relevantes entre esses e os brasileiros (natos/naturalizados), e a diferença entre os próprios brasileiros natos e naturalizados. Após isso, será apresentada a importância dos fenômenos de migrações no Brasil e no mundo, devido aos altos índices de migrações. Em seguida, será realizada uma análise do conceito de direitos políticos e os direitos políticos que são presentes no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente na Constituição Federal de 1988 (também conhecida por Constituição Cidadã). Por fim, o artigo será dedicado a uma análise sobre a possibilidade da concessão dos direitos políticos aos estrangeiros, apresentando as hipóteses e os fundamentos pelos quais esses devem ser titulares de direitos políticos e quais são os direitos políticos que esses poderão ter acesso, com a finalidade de impulsionar as discussões e o interesse sobre uma possível concessão dos direitos políticos aos estrangeiros.

2 Uma breve discussão sobre a nacionalidade: definição de estrangeiro

São considerados estrangeiros, à contrário sensu, todos aqueles que não estão compreendidos nas condições de reconhecimento de nacionalidade pela Constituição Brasileira de 1988. (LOBO, 1968, p. 12). É considerado estrangeiro, portanto, aquele que tenha nascido fora do território nacional brasileiro e que não tenha adquirido a nacionalidade brasileira, por qualquer forma prevista na Constituição Federal.

Segundo a Constituição Federal (1988), como reconhecimento da nacionalidade brasileira primária (o que se denomina por brasileiro nato), se encontra as seguintes formas:

- a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
- b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;

c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

Já o estrangeiro, tem a opção de requerer a nacionalidade brasileira, desde que preencha alguns requisitos e esses dependem da nacionalidade originária do estrangeiro.

Para aqueles que são originários de países de língua portuguesa, necessita-se de um ano de residência ininterrupta no Brasil e idoneidade moral; já, para os estrangeiros, de qualquer nacionalidade, requer-se que esses residam, na República Federativa do Brasil, por mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal.

A Constituição Federal estabelece que não deve haver distinção no tratamento entre os brasileiros natos e naturalizados, salvo alguns casos previstos na Constituição. Dentre esses casos, está a não concessão dos direitos políticos aos estrangeiros. Entretanto, essa distinção não se dá somente dos brasileiros para os estrangeiros, mas, também, dos brasileiros natos com os brasileiros naturalizados, quanto aos cargos² que dizem respeito à garantia da soberania da República Federativa do Brasil.

3 Os fenômenos migratórios no Brasil e no mundo

A importância das migrações internacionais vem crescendo no contexto da globalização. É objeto de um número significativo de contribuições importantes que atestam sua diversidade e suas implicações. Parte significativa dessas contribuições reflete-se sobre as enormes transformações econômicas, sociais, políticas, demográficas e culturais, que se deram no âmbito internacional, principalmente a partir de 1980. Como consequência disso, ocorreu o processo de reestruturação produtiva, o que resulta em novas formas de mobilidade do capital e da população em diversas partes do mundo. (PATARRA, 2005).

É importante considerar os compromissos internacionais assumidos em prol da ampliação e efetivação dos Direitos Humanos dos migrantes. Há um conflito entre o papel dos Estados Nacionais e das políticas sociais internacionais no tratamento dessa população, que se torna cada vez mais desigual e excludente.

Quanto aos brasileiros, os saldos variaram, de acordo com uma análise feita há alguns anos. De acordo com documentos do Ministério de Relações Exteriores, junto aos consulados e embaixadas brasileiras, o total de brasileiros no exterior era de 1.419.440 em 1996, aumentando para 1.805.436 em 2000 e 2.041.098 em 2002, com declínio em 2003, passando para 1.805.436 brasileiros vivendo fora do país. Esse número é irrelevante, se considerarmos os 175 milhões de migrantes ao redor do mundo, de acordo com a ONU. Fala-se,

² Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 12º, § 3º, são privativos de brasileiro nato, os cargos: I - de Presidente e Vice-Presidente da República; II - de Presidente da Câmara dos Deputados; III - de Presidente do Senado Federal; IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal; V - da carreira diplomática; VI - de oficial das Forças Armadas. VII - de Ministro de Estado da Defesa (Incluído pela Emenda Constitucional nº 23, de 1999)

portanto, em um número altamente relevante, e, com isso, nasce a necessidade da garantia de seus direitos, no país onde residir, enquanto indivíduo possuidor de dignidade.

4 Direitos políticos

Segundo Zavascki (1997, p. 1): “Direitos políticos são um conjunto dos direitos atribuídos ao cidadão que lhe permite, através do voto, do exercício de cargos públicos, ou da utilização de outros instrumentos constitucionais e legais, ter efetiva participação e influência nas atividades de governo”.

São os direitos à participação na formação da autoridade política nacional, seja participando de forma ativa ou passiva. Portanto, eles são divididos em direitos políticos ativos e direitos políticos passivos.

Os direitos políticos ativos são compostos pelo direito ao sufrágio, que é o direito de votar (alistabilidade) e ser votado (elegibilidade); referendo; plebiscito; e iniciativa popular de lei. Os direitos políticos passivos são a inelegibilidade e as normas de perda e suspensão dos direitos políticos. Esses são os direitos políticos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. A seguir, faremos a análise de cada um deles, para melhor entendermos o fenômeno da possibilidade de concessão dos direitos políticos aos estrangeiros.

4.1 Direitos políticos ativos

4.1.1 Direito ao sufrágio

O sufrágio diz respeito a um direito público subjetivo de natureza política, que o cidadão possui para se eleger, ser eleito e de participar da organização ou atividade do poder estatal. (MENDES, 2014, p.701).

a) Alistabilidade

A alistabilidade é o direito de o cidadão designar representante para exercer função estatal (MADEIRA, 2012, p.173), mediante o sistema representativo de democracia.

O voto é facultativo para aqueles cidadãos que realizou o alistamento eleitoral e que é relativamente incapaz para os atos da vida civil (aquele que possui 16 e 17 anos de idade) e para os maiores de 70 anos de idade, e é obrigatório para aqueles que possuem entre 18 e 70 anos de idade. Esse voto se caracteriza por ser realizado com plena *liberdade* de escolha, de maneira *sigilosa* e por ser *personalíssimo* (somente o próprio cidadão poderá fazer a escolha e praticar o ato do voto).

b) Elegibilidade

Segundo Neto (2006, p. 158), a elegibilidade é o direito político de ser votado. Denomina-se de capacidade eleitoral passiva, a capacidade que um cidadão tem de concorrer a algum mandato político.

4.1.2 Plebiscito e referendo

O plebiscito é uma consulta prévia à população sobre determinado assunto de interesse coletivo. (AUAD, 2004, p.300).

Já o referendo, é um mecanismo de consulta popular para a confirmação ou rejeição de determinada lei, projeto de lei ou emenda constitucional. O procedimento submete aos cidadãos determinada espécie normativa. (AUAD, 2004, p.304).

O plebiscito e o referendo são utilizados para decidir importante matéria para a nação em relação a assuntos de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

4.1.3 Iniciativa popular de lei

A iniciativa popular é o direito assegurado a um conjunto de cidadãos de provocar a iniciação do processo legislativo, o qual se desenvolve num órgão estatal, que é o Parlamento. (BENEVIDES, 1998, p. 33). Ela somente se dar se houver, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional na apresentação do projeto de lei, sendo, pelo menos, 0,3% de cada estado, com um número mínimo de cinco estados.

4.2 Direitos políticos passivos

Os direitos políticos negativos são as previsões constitucionais que restringem a participação do cidadão nos órgãos governamentais. A restrição pode se dar pela inelegibilidade e/ou perda e a suspensão dos direitos políticos. (MORAES, 2014, p. 248).

4.2.1 Inelegibilidade

A inelegibilidade pode ser definida pelo impedimento ao exercício da cidadania passiva que torna o cidadão impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo público de mandato eletivo. (GOMES, 2010, p. 141).

Com a inelegibilidade, o cidadão perde a possibilidade de ser eleito para cargo público, pois não pode ser votado. Logo, esse perde a possibilidade de exercer seus direitos políticos na forma passiva. (AGRA; VELLOSO, 2010, p. 76).

A Constituição Federal, por sua vez, estabelece diversos casos de inelegibilidade, incluindo, dentre essas, o caso dos estrangeiros, que são considerados inelegíveis, por não adquirirem os direitos políticos, que são de titularidade dos cidadãos. Além de não terem direito à alistabilidade (eleger).

Essa modalidade de impedimento se dá por três motivos: o primeiro é a garantia do regime democrático e seu pleno funcionamento, evitando o abuso do poder político e econômico do país (FERREIRA, 1989, p.313). O segundo se dá pela garantia do princípio da isonomia, garantindo o princípio da impessoalidade aos cidadãos na disputa pelos cargos públicos. Já o terceiro motivo é o objetivo de manter a oportunidade de todos concorrerem a cargos públicos, evitando, dessa forma, que autoritários possam fazer parte do poder.

Aos portugueses é garantida a possibilidade de se elegerem a mandatos eletivos de cargos do poder público, com exceção de impedimento de cargos aos brasileiros naturalizados, e, conseqüentemente, aos portugueses, prevista no artigo 12 da Constituição Federal de 1988. Porém, para que essa possibilidade seja garantida, é necessário que Portugal também conceda o mesmo para os brasileiros que lá residem, pois só será

garantido aos portugueses residentes no Brasil, na reciprocidade, aquilo que for garantido aos brasileiros residentes em Portugal³.

4.2.2 Perda ou suspensão dos direitos políticos

A perda ou suspensão dos direitos políticos pode resultar de um cancelamento de naturalização/nacionalidade, por uma incapacidade civil, por uma condenação criminal transitada em julgado, por recusa de cumprimento de obrigação a todos imposta ou da prestação alternativa, ou improbidade administrativa⁴.

5 Os estrangeiros poderiam ser titulares de direitos políticos?

Ao falarmos de direitos políticos, devemos reconhecer que os direitos políticos, no Brasil, somente são adquiridos através da cidadania. E essa, por sua vez, está diretamente ligada à aquisição, ou ao reconhecimento, da nacionalidade. A nacionalidade, portanto, é um pressuposto para a aquisição dos direitos políticos no Brasil, ou seja, é necessário ser cidadão brasileiro, seja nato ou naturalizado, para usufruir dos direitos políticos. Como vimos anteriormente, os naturalizados possuem algumas ressalvas para a elegibilidade, quanto aos natos.

A cidadania absorve a nacionalidade. Seu ideal revolucionário serviu de inspiração para a criação de legislações de diversos países, de forma que a nacionalidade, cidadania e a soberania estão diretamente ligadas e ainda tem-se a concepção de que elas são dependentes uma da outra.

Comumente, as doutrinas defendem que os estrangeiros não devem adquirir os direitos políticos, por vários motivos. Um deles é que a concessão de direitos políticos está diretamente ligada à cidadania, e essa, por sua vez, diz respeito à perpetuação da soberania do país. Os direitos políticos diferenciam os cidadãos dos demais.

Desde o fim das guerras, os modelos de sociedade e nação vêm sofrendo grandes alterações. Os países europeus, após as guerras mundiais, começaram a recrutar trabalhadores de todo o mundo, para que a Europa pudesse ser reconstruída e eles pudessem atender a demanda dos mercados industriais e tecnológicos. Era esperado que as migrações em massa só ocorressem nesse período, porém esse fenômeno ocorre até os dias atuais.

Com o aumento dos fenômenos da imigração nos países ocidentais, nascem, aos poucos, outros modelos de sociedade. Com isso, se faz necessário, cada vez mais, o reconhecimento de uma sociedade que priorize os direitos e deveres do indivíduo enquanto ser humano, já que não são reconhecidos como cidadãos.

³ Segundo o artigo 12º da Constituição Federal de 1988, em seu § 1º: aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 3, de 1994)

⁴ Segundo o artigo 15º da Constituição Federal de 1988, é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Com o aumento dos fenômenos migratórios no mundo, faz-se necessária uma reavaliação de alguns conceitos do constitucionalismo moderno. Dentre esses, encontra-se o conceito de cidadania, que ainda é bastante restrito, pois leva-se em conta somente a soberania do país, e não o indivíduo enquanto ser dotado de direitos humanos. O conceito de cidadania, em alguns países, está passando por uma mudança, e tende a considerar, aos poucos, o conjunto de direitos e deveres do ser humano enquanto pessoa, e não enquanto cidadão. (ROSSI; DAL MONTE, 2014, p.271).

Uma série de estudos recentes demonstra que a concepção entre nacionalidade, cidadania e soberania está sendo cada vez mais modificada. O fortalecimento de um regime internacional de direitos humanos tem obrigado os direitos a repensarem suas fronteiras, seja a interna ou externa, em função da universalidade dos direitos fundamentais do indivíduo. Esse processo resulta no enfraquecimento da concepção de soberania dos Estados e a relação entre direitos de cidadania e nacionalidade, vai enfraquecendo, ao passar do tempo. Isso tudo é consequência do princípio da dignidade da pessoa humana, que está sendo cada vez mais fortalecido. (REIS, 2006, p. 157).

Embora isso interfira no conceito de soberania, por ser vista a partir de um sistema de valores, busca-se meios mais avançados na relação entre cidadão e Estado. Como resultado desse processo, a distinção entre cidadãos e estrangeiros tende a relativizar-se, uma vez que as regras dos ordenamentos estatais acabam perdendo sua força. (ROSSI; DAL MONTE, 2014, p. 272).

Há uma desigualdade, uma vez que, no Brasil, os estrangeiros possuem os mesmos deveres de que os cidadãos. Porém, não possuem os mesmos direitos que os cidadãos. Há uma desproporção, pois, uma parte da população cada vez mais crescente não possa exercer os direitos políticos. Os direitos políticos são essenciais para o indivíduo, pois, a partir deles, é que o indivíduo participa da vida pública do local onde habita.

Um autor italiano, chamado Emanuele Rossi, comunga da mesma tendência que os direitos humanos têm afirmado. Ele acredita que se deve conferir aos estrangeiros a mesma posição constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, considerando a prevalência da dignidade da pessoa humana à concepção de cidadão. (ROSSI; DAL MONTE, 2014, p. 275). Segundo ele, os estrangeiros devem ter equiparação com cidadãos, por meio da dignidade da pessoa humana:

Assumindo-se como verdadeiro que, no enredo constitucional das liberdades, a “dignidade humana” deve ser considerada como valor que qualifica todas as liberdades constitucionais (indicando-lhes o propósito e o ponto de desembarque), a sua tutela deve ser estendida, então, aos sujeitos que, privados do vínculo jurídico de cidadania, colocam-se, de qualquer modo, em posição de igualdade em relação aos próprios cidadãos.”(ROSSI; DAL MONTE, 2015, p. 273)

Segundo Francesca Biondi, os estrangeiros regularmente residentes no território nacional italiano estão se aproximando, cada vez mais, à situação jurídica de um cidadão, pelo princípio da não discriminação, em razão da fruição de prestações de natureza social. (ROSSI; DAL MONTE, 2014, p. 283).

É perceptível, portanto, que já existem doutrinadores e políticos que defendem a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros. Mostra-se um assunto de grande relevância, uma vez que já é bastante debatido pelos doutrinadores, em vários lugares do mundo, e, se tornou assunto de quatro PECs (projetos de emendas constitucionais) para a Constituição Federal de 1988.

Os quatro projetos de Emenda à Constituição foram: 1) A PEC 401/2005, do Senador Orlando Fantazzini, que, por sua vez, visava garantir o direito ao sufrágio⁵, compreendendo o direito de alistar-se como eleitor. Essa concessão se dava para os estrangeiros que residissem no país há mais de cinco anos e estivessem legalmente regularizados; 2) Já a PEC 14/2007, do Senador Álvaro Dias, tinha por objetivo a participação dos estrangeiros nas eleições municipais e a possibilidade de concorrer ao cargo de vereador sem a aquisição da nacionalidade brasileira⁶; 3) Por sua vez, a PEC 88/2007, do Senador Sérgio Zambiani, objetivava a participação, nas eleições, do estrangeiro residente há mais de cinco anos no Brasil e que fosse maior de dezesseis anos de idade⁷; 4) Enquanto que, a PEC 119/2011, do Deputado Roberto Freire, visa garantir o direito ao estrangeiro de alistar-se como eleitor, sendo ele facultativo, desde que resida no país há mais de cinco anos, e de se candidatar às eleições municipais, desde que resida no país há, no mínimo, 10 anos⁸.

Alguns países já adotaram a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros, são eles: Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela, e o continente europeu.

A Argentina, por meio da lei 25.871, de acordo com o artigo 11, concedeu o direito ao sufrágio aos estrangeiros, com exceção das eleições a nível nacional (presidente, vice-presidente e os legisladores) (ARGENTINA, 1994).

Por sua vez, a Bolívia concedeu o direito ao voto nas eleições municipais aos estrangeiros (BOLÍVIA, 2007), segundo afirma o artigo 27, inciso II, da Constituição da Bolívia.

Em relação ao mesmo assunto, podemos observar que no Chile, há a concessão do direito ao sufrágio aos estrangeiros residente há, no mínimo, cinco anos, desde que preencham os requisitos estabelecidos pelo inciso I, do artigo 13, de acordo com o artigo 14 da Constituição chilena (CHILE, 1980).

A Colômbia reserva os direitos políticos aos nacionais. Porém, a lei pode conceder aos estrangeiros residentes na Colômbia, o direito ao voto em eleições e consultas populares distritais ou municipais (COLÔMBIA, 1991).

⁵ A PEC 401/2005 visava alterar a redação do §2º do artigo 14 da Constituição Federal, objetivando dar a seguinte redação: "Não poderão alistar-se como eleitores os conscritos durante o serviço militar obrigatório e os estrangeiros, com exceção daqueles residentes em território brasileiro por mais de cinco anos e legalmente regularizados."

⁶ A PEC 14/2007 tem por objetivo a alteração dos §§ 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988, pelos quais os estrangeiros poderiam se eleger em eleições municipais (para vereador) e votar no âmbito municipal.

⁷ A PEC 88/2007 tinha por finalidade a participação do estrangeiro, residente há mais de cinco anos no Brasil, nas eleições, visando à alteração do §2º do artigo 14, da Constituição Federal de 1988.

⁸ Por sua vez, a PEC 119/2011 visa alterar a alínea d, do inciso II pertencente ao §1º, o §2º e o inciso I, do §3º, da Constituição Federal de 1988.

Já no Equador, de acordo com o artigo 63 da Constituição equatoriana, os estrangeiros podem ter direito ao voto, se residirem no mínimo 05 anos no país. O Equador concede o direito ao voto em eleições para qualquer âmbito, seja local, regional ou nacional (EQUADOR, 2008).

Em relação ao mesmo assunto, podemos observar que, no Paraguai, são concedidos, aos estrangeiros, os mesmos direitos dos cidadãos, no que diz respeito às eleições municipais. Para que o estrangeiro tenha esse direito, é necessário que ele resida de forma definitiva no país (PARAGUAI, 1992).

Também podemos observar no Peru que a Constituição peruana não se manifesta sobre a questão da concessão. Porém, a Lei das Eleições Municipais⁹ assegura o direito ao voto aos estrangeiros maiores de 18 anos e residentes no país há, no mínimo, dois anos contínuos antes da eleição. Esse direito não se estende para os municípios que se localizam na fronteira do país. O Peru garante, ao estrangeiro, o direito de eleger e ser eleito nas eleições municipais para prefeito e vereadores das províncias e dos distritos.

O Uruguai concede o direito ao voto ao estrangeiro que tenha bom comportamento, que possua uma família dentro da República, que tenha capital ou bens no país, que professa alguma ciência, arte ou da indústria, e que resida há pelo menos quinze anos. Para isso, não é necessária a obtenção da cidadania legal, de acordo com o artigo 78 da Constituição do Uruguai (URUGUAI, 1967).

Na Venezuela, os estrangeiros possuem direito ao voto nas eleições municipais e estaduais, desde que sejam maiores de 18 anos e residam há, no mínimo, 10 anos no país, observados os limites da lei, segundo afirma o artigo 64 da Constituição venezuelana (VENEZUELA, 1999).

É importante destacar que, na Europa, segundo Tratado de Maastricht, a União Européia oferece direitos políticos ao estrangeiro europeu em qualquer dos Estados participantes da organização. Além do direito ao voto, a União Europeia concedeu o direito de ser eleito a qualquer cidadão residente de um dos Estados-membros com moradia fixa, nas eleições autárquicas e nas eleições para o parlamento europeu do Estado em que residir. Para tanto, é necessário que o cidadão europeu preencha os requisitos exigidos para uma candidatura.

Podemos perceber que diversos países já se posicionaram no que diz respeito à concessão dos direitos políticos aos estrangeiros. Nesses, estão inclusos países que têm variadas tendências políticas. Logo, o nosso Estado de Direito Democrático não pode permanecer indiferente quanto à concessão, principalmente porque é um país onde há uma grande diversidade quanto à sua formação populacional e cultural. As correntes migratórias estão cada vez mais intensas, portanto se torna cada vez mais necessária a concessão de direitos políticos aos estrangeiros, para que eles possam buscar a melhoria e a garantia de seus direitos.

Os direitos políticos não foram concedidos, até o presente momento, porque os países ainda estão muito ligados à concepção de que os direitos políticos são ligados à cidadania, e que essa diz respeito à soberania do país, logo, os direitos políticos se tratam de uma forma de perpetuação da soberania do país. Mas

⁹ De acordo com o artigo 7º da lei peruana de nº 26.864.

essa concepção precisa ser adaptada, pois a diversidade de povos está cada vez mais presente nas populações. A busca, dos estrangeiros, por melhores condições em outros países é uma tendência da globalização, não somente por motivos de almejam excelentes condições financeiras, mas por quererem garantir sua segurança, inviolabilidade aos seus direitos fundamentais, entre outras coisas. Os que residem no país estão diretamente ligados a um município, e, logo, se faz necessária a participação na vida política desse município, visando à garantia de seus direitos fundamentais, e a melhoria de suas condições enquanto um ser dotado de dignidade da pessoa humana. Esse indivíduo busca se equiparar, ao máximo, aos cidadãos do país, no que diz respeito à garantia de seus direitos.

Faz-se fundamental, portanto, a garantia dos direitos políticos ao voto, ao referendo e a iniciativa popular de lei (visto que, caso haja alguma irregularidade, haverá o controle de inconstitucionalidade pelo STF), e o direito de se eleger a vereador ou prefeito do município no qual reside, tendo por finalidade a busca da promoção de melhorias nesse e visando a expansão e a garantia de seus direitos, enquanto estrangeiro. O direito ao voto em âmbito nacional também pode ser concedido, já que somente brasileiros natos podem se concorrer ao mandato eletivo para Presidente da República.

Não pode ser concedido, aos estrangeiros, o direito a ser votado para concorrer ao mandato de chefe do Poder Executivo em âmbito estadual, já que os governadores devem defender interesses políticos dos estados componentes da nação brasileira, logo não se pode haver a defesa de interesses advindos de outras nacionalidades em cargos que dizem respeito à estratégia política do país. Já no âmbito nacional, é vedada a participação nessa concorrência, pois somente os brasileiros natos podem vir a serem presidentes da República. É suficiente o voto no âmbito do Poder Legislativo, para que eles possam ir à busca da melhoria de suas condições enquanto indivíduos dotados de dignidade.

Os parlamentares, ao propor as Emendas Constitucionais referentes à concessão de direitos políticos aos estrangeiros, salientam que é importante recordarmos que o Brasil é um país formado por uma grande diversidade de imigrantes, de diversos continentes. A Constituição Cidadã, como é conhecida a CF de 1988, repele todo e qualquer tipo de preconceito ou discriminação, logo se faz importante o fim dessa discriminação negativa, separando os brasileiros dos estrangeiros, concedendo alguns direitos políticos fundamentais à pessoa humana.

6 Considerações finais

No presente artigo, três questões fundamentam a importância da concessão dos direitos políticos aos estrangeiros. A primeira é que a migração é um fenômeno cada vez mais crescente no mundo e, com isso, a presença de indivíduos, possuidores de outras nacionalidades, nas sociedades. Esse fenômeno ocorre com bastante frequência, principalmente no que diz respeito aos Estados Unidos, onde não são concedidos os direitos políticos aos estrangeiros. O segundo questionamento se fez em torno de que os estrangeiros estão em

constante busca da garantia enquanto pessoas possuidoras de dignidade. Já o terceiro é de que o conceito de cidadão se encontra em processo de adaptação, pois está se tornando ultrapassado, no que diz respeito a uma sociedade composta internacionalmente, dando lugar, portanto, à concepção de indivíduo que detém a dignidade da pessoa humana.

Logo, essa concessão se mostra cada vez mais necessária e diz respeito a uma tendência que deve ocorrer nos próximos anos. Ao longo de sua história, o Brasil presenciou com bastante intensidade os fenômenos de migração, logo é um país em que se há uma grande necessidade da concessão dos direitos políticos aos estrangeiros. Essa concessão é uma tendência, tanto para o Brasil, quanto para os demais países, porque os fenômenos migratórios estão cada vez mais presentes, diferentemente do que se esperava antigamente, pois achavam que o fenômeno iria cada vez mais se fazer decadente. Atualmente, o fenômeno ocorre com mais facilidade e mais frequência, pois os países estão em constantes relações internacionais, seja de mercado, seja política, entre outras. Esse fenômeno se faz presente com maior intensidade na Europa. Na Europa ainda não houve a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros que não são cidadãos europeus, porém o tema já se faz presente nos mais calorosos debates, pois há muitas pessoas que defendem e acreditam que a concessão é necessária.

Como foi visto a maioria dos países da América do Sul já concederam os direitos políticos aos estrangeiros, cada um com seu entendimento sobre a expansão desses e os requisitos necessários para que se dê a aquisição. São eles: a Argentina, a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador, o Paraguai, o Peru, o Uruguai e a Venezuela. O Brasil ainda não realizou a concessão dos direitos políticos aos estrangeiros, porém se trata de uma forte tendência para os próximos anos, e já foi tema de quatro projetos de Emenda à Constituição. E se trata de uma forte tendência porque o Brasil é um país formado por diversos povos, de várias culturas.

Essas sociedades, citadas anteriormente, são receptoras de imigrantes e caracterizadas, cada vez mais, pela pluralidade. A relativização do conceito de nação está cada vez mais presente, a partir do momento em que os tratados internacionais passam a priorizarem a dignidade da pessoa humana em detrimento da concepção de distinção pela soberania de cada país. É uma tarefa difícil, já que os debates envolvem diversos entendimentos sobre essa questão, porém, com diversos entendimentos sobre a realização da concessão, isso irá influenciar diretamente na elaboração da legislação referente aos direitos políticos. A concessão é necessária, sobretudo, para a busca da garantia dos direitos fundamentais na sociedade em que se vive.

Referências

AGRA, Walber de Moura; VELLOSO, Carlos Mario da Silva. **Elementos do direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARGENTINA. Constitución. **Constitución de La Nacion Argentina**: promulgada em 22 de agosto de 1994.

AUAD, Denise et al. **Mecanismos de participação popular no Brasil: plebiscito, referendo e iniciativa popular**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, n. 1, p. 291-323, 2004. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/73/73>>. Acesso em: 07 mar 2016.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. **A cidadania ativa**. São Paulo: ática, 1998.

BOLÍVIA. Constitución. **Constitución Política del Estado**: promulgada em 24 de novembro de 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 08.03.16.

BRASIL. **PEC 401 de 31 de maio 2005**. Altera a redação do § 2º do art. 14 da Constituição Federal.

BRASIL. **PEC 14 de 06 março de 2007**. Dá nova redação aos §§ 1º, 2º e 3º do art. 14 da Constituição Federal, para facultar a participação do estrangeiro domiciliado no Brasil em eleições municipais.

BRASIL. **PEC 88 de 04 de outubro de 2007**. Dá nova redação ao § 2º do art. 14 da Constituição Federal, de modo a permitir o alistamento eleitoral de estrangeiros residentes no Brasil.

BRASIL. **PEC 119 de 06 de dezembro de 2011**. Altera ao art. 14 da Constituição Federal, para facultar a participação de estrangeiro domiciliado no Brasil nas eleições municipais.

CHILE. Constitución. **Constitución Política de La República de Chile**: promulgada em 11 de setembro de 1980.

COLOMBIA. Constitución. **Constitución Política de la República De Colombia**: promulgada em 1991.

ECUADOR. Constitución. **Constitución Del Ecuador**: promulgado em 28 de setembro de 2008.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 4. ed. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2010.

LOBO, Ovidio da Gama. **Direitos e deveres dos estrangeiros no Brasil**. Maranhão: Passaporte, 1868.

MADEIRA, Maria Antônia de Resende. **Democracia: representação, participação e pluralismo político**. Revista Jurídica do Centro Universitário UNIARAXÁ, v. 9, n. 08, 2012.

MARSHALL, T. H. “**Citizenship, class and status**”. In: SHAFIR, Gershon (org.). **The citizenship debates**. Minneapolis: University of Minnesota, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Conrado Vargas. **A inelegibilidade e os tribunais e conselhos de contas**. In: Sociedade democrática, direito público e controle externo. JUNIOR, José Geraldo de Sousa (org.). Brasília: UnB, 2006.

PARAGUAY. Constitución. **Constitución de la Republica del Paraguay**: promulgada em 20 de junho de 1992.

PATARRA, Neide Lopes. **Migrações internacionais de e para o Brasil contemporâneo: volumes, fluxos, significados e políticas**. Revista São Paulo em Perspectiva, vol. 19, nº 3. São Paulo, 2005. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88392005000300002>>. Acesso em: 08 mar 2016.

PERÚ. Constitución. **Constitución Política Del Perú**: promulgada em 29 de dezembro de 1993.

Reaty of Maastricht on European Union. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_en.htm>. Acesso em: 29.01.16.

REIS, Rossana Rocha. **Soberania, direitos humanos e migrações internacionais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 19, nº 55, junho 2006.

ROSSI, Emanuelle; DAL MONTE, Francesca Biondi. **Cidadania e estrangeiros**. In: ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de; ROMBOLI, Roberto (Orgs.). **Justiça constitucional e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.

URUGUAY. Constitución. **Constitución De La Republica del Uruguay**: promulgada em 1967.

VENEZUELA. Constitución. **Constitución de La Republica de Venezuela**: promulgada em 15 de dezembro de 1999.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Direitos Políticos: perda suspensão e controle jurisdicional**. Revista de Processo, ano 22, n. 85, p. 181-189, jan./mar. 1997. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/1974>>. Acesso em: 07 mar. 2016.

A vertical decorative border on the right side of the page, featuring a repeating pattern of white icons on a dark background. The icons include a clock, a magnifying glass, a car, a briefcase, a person, a scale of justice, a book with a padlock, a gavel, and a graduation cap.

Linguagem e Direito



A PRODUÇÃO SIMBÓLICA DO DISCURSO JURÍDICO: análise da ADPF 54 MC/ DF a partir da teoria de Pierre Bourdieu

Ana Virgínia Cartaxo Alves¹

RESUMO: O presente trabalho busca tecer algumas considerações acerca de como o Direito e os juristas se apropriam da linguagem com o fito de conservar uma ordem pautada na manutenção do poder de enunciar a visão de legítima do mundo social, encarando-se a Ciência Jurídica como forma de manifestação do poder simbólico, sob a perspectiva de Pierre Bourdieu. A teoria sociológica de Bourdieu concede um lugar de destaque para a Linguística e seus conceitos, vez que compreende que o universo social consiste em um sistema de trocas simbólicas e que a ação social nada mais seria do que um ato de comunicação. A mecânica da produção simbólica do discurso depende, necessariamente, dos embates concorrenciais entre agentes imbuídos de diferentes competências, em que um dos interlocutores detém um capital de autoridade mais proeminente que o outro ou os demais, isto é, uma capacidade de se fazer escutar. Em sua análise sociológica sobre poder, Bourdieu atribui à língua o papel de fomentador não só da comunicação entre agente, mas de um importante instrumento de poder, ao passo que a interação linguística se volta não somente para uma compreensão por parte do outro do que se pretende dizer, mas também no objetivo do emissor em ser obedecido, acreditado, respeitado e reconhecido. Ademais, Bourdieu atribui a definição da realidade social como uma construção simbólica, já que as relações de comunicação são, sempre, relações de poder, que, através de sistemas simbólicos, servem para impor a dominação, ao passo que a legitima. Assim, pode-se dizer que o mundo social, na ordem que se encontra, deriva de uma construção simbólica, instrumentada através da linguagem. Com base nessa perspectiva, será analisada a decisão monocrática proferida pelo Min. Relator Marcos Aurélio de Mello em sede de Medida Cautelar na ADPF 54, que tratou sobre a possibilidade de aborto de fetos anencefálicos, caso emblemático e de forte impacto social.

Palavras-chave: Poder Simbólico. Linguagem. Supremo Tribunal Federal. ADPF/ MC 54

ABSTRACT: This study aims to make a few remarks about how the law and legal appropriating the language with the aim of preserving an order ruled in maintaining the power to announce the legitimate vision of the social world, staring at the Legal Science as a way of manifestation of symbolic power, from the perspective of Pierre Bourdieu. The sociological theory of Bourdieu gives a prominent place to linguistics and concepts, as it understands that the social universe consists of a symbolic exchange system and social action would be nothing more than an act of communication. The mechanics of symbolic production of discourse necessarily depend on the competitive clashes between imbued with different skills agents, where one of the partners has a

¹ Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do curso de Graduação em Direito da Associação Paraibana de Ensino Renovado – ASPER e do Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP. Advogada. E-mail: virginia_alves@hotmail.com.



capital of more prominent authority than the other or the other, that is, an ability to do listen. In his sociological analysis of power, Bourdieu attributes to language the role of developers not only the communication between agent but an important instrument of power, while the linguistic interaction becomes not only an understanding from the other than meant, but also the goal of the issuer to be obeyed, believed, respected and recognized. Moreover, Bourdieu ascribes the definition of social reality as a symbolic construction, since the communication relations are always power relations, which, through symbolic systems, serve to impose domination, while legitimate. Thus, it can be said that the social world order which is, derived from a symbolic construct, instrumented through language. Based on this perspective, it will analyze the monocratic decision by Marcos Aurélio de Mello in Writ headquarters in ADPF 54, which dealt with the possibility of abortion of anencephalic fetuses, emblematic case and strong social impact.

Keywords: Symbolic power. Language. Federal Court of Justice. ADPF/ MC 54.

1 Introdução

O presente trabalho se refere à análise crítica de trecho da decisão judicial monocrática proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Marcos Aurélio de Mello, sobre o pedido de Medida Cautelar realizado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de n°. 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

O documento legal sob exame foi formatado para facilitar seu estudo, de modo que fora dividido em sete fragmentos, tendo todas suas linhas numeradas. Absteve-se de analisar o relatório do julgado, concentrando-se nos fundamentos expostos pelo Ministro na sua tomada de decisão.

Busca-se, através desta análise, tecer algumas considerações acerca de como o Direito e os juristas se apropriam da linguagem com o fito de conservar uma ordem pautada na manutenção do poder de enunciar a visão de legítima do mundo social, encarando-se a Ciência Jurídica como forma de manifestação do poder simbólico, sob a perspectiva de Pierre Bourdieu.

2 Objeto de estudo: ADPF 54 MC/DF

O objeto de estudo, neste texto, trata-se de uma decisão proferida isoladamente pelo relator do processo, ministro Marcos Aurélio, sobre medida cautelar pleiteada em sede da ADPF n°. 54, que versa sobre a possibilidade de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, diagnosticado por médico habilitado, sem a necessidade de prévia autorização judicial.

Com efeito, a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é uma ação constitucional cuja finalidade é a tutela de preceitos fundamentais decorrentes na Constituição, ou seja, a proteção de normas constitucionais que servem como “fundamento básico de conformação de preservação da ordem jurídica e política do Estado. São as normas que veiculam os valores supremos de uma sociedade,

sem os quais a mesma tende a desagregar-se, por lhe faltarem os pressupostos jurídicos e políticos fundamentais” (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 593).

Assim, a ADPF se presta a preservar uma ordem de valores consubstanciados na norma constitucional. A competência para o julgamento da mencionada ação é do Supremo Tribunal Federal, consoante previsão do art. 102, parágrafo primeiro da Constituição Federal, posteriormente regulamentado pela lei nº 9.882/99.

No que se refere à medida cautelar, esta é um procedimento judicial que tem o condão de prevenir, conservar, defender ou assegurar a eficácia de um direito, que será deferido caso haja “fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave ou de difícil reparação”, consoante estabelece o art. 798 do Código de Processo Civil.

De modo que, pode-se dizer que este ato possui finalidade de precaução, para garantir a satisfação do direito, tendo, portanto, o “objetivo de assegurar um resultado útil do processo” (NEVES, 2011, p. 1.141). Outrossim, possui um caráter precário, já que pode ser revogado ou modificado a qualquer tempo, como estabelece o art. 807 do Código de Processo Civil.

1. **ADPF 54 MC / DF - DISTRITO FEDERAL**
2. **MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE**
3. **PRECEITO FUNDAMENTAL**
4. **Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO**
5. **Julgamento: 01/07/2004**
6. **Publicação: DJ 02/08/2004 PP-00064 RTJ VOL-00200-03 PP-01399**
7. **Partes**
8. ARGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE
9. CNTS
10. ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

Fragmento 1

11. **Decisão**
12. DECISÃO-LIMINAR – ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
13. FUNDAMENTAL – LIMINAR – ATUAÇÃO INDIVIDUAL – ARTIGOS 21,
14. INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.
15. LIBERDADE – AUTONOMIA DA VONTADE – DIGNIDADE DA PESSOA
16. HUMANA – SAÚDE – GRAVIDEZ – INTERRUPÇÃO – FETO ANENCEFÁLICO.

Fragmento 2

O fragmento 2, nas linhas 12 – 16, refere-se à ementa do documento trabalhado. Por ementa, entende-se que é um texto que condensa os principais dados da decisão, funcionando nos moldes de um resumo do julgado, cujo intuito é de facilitar a pesquisa de jurisprudência nas bases de dados dos tribunais brasileiros. De acordo com o art. 100 do Regimento Interno do STF, é obrigatória a publicação das ementas dos acórdãos proferidos por este tribunal no Diário da Justiça.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) elaborou pedido acautelatório com o objetivo de suspender o andamento dos processos ou os efeitos de decisões judiciais que tenham como

objeto a aplicação do Código Penal que tipifiquem a conduta dos profissionais de saúde que realizem a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, quando houver diagnóstico de médico habilitado.

No que tange à expressão “decisão-liminar” (linha 12), entende-se por medida liminar aquela que é concedida no início da ação, ainda sem a oitiva da parte contrária. Assim, a decisão analisada se enquadra como liminar porque foi dada no início do processo (DIDIER JR, 2007, p. 529).

Ao ministro Marcos Aurélio, na função de relator da ADPF perante o Supremo Tribunal Federal, coube analisar a medida cautelar pleiteada e decidir sobre a sua concessão ou não de modo liminar.

Em regra, cabe à maioria absoluta dos membros do STF deferir o pedido de medida liminar na ADPF, como enuncia o art. 5º da lei nº 9.882/99:

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.
§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

No entanto, o parágrafo primeiro do referido dispositivo legal indica que, nos casos de extrema urgência ou perigo de grave lesão, cabe ao relator conceder a liminar condicionada ao referendo do Tribunal Pleno, como ocorreu no caso sob exame.

3 Da análise crítica da medida liminar proferida na ADPF 54

17. O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). [...]
18. A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos
19. IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de
20. grave lesão.
21. 2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte
22. legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do
23. artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999.
24. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da
25. saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza
26. penal.

Fragmento 3

Segundo Pierre Bourdieu (2012, p. 216), a linguagem jurídica é formada a partir da combinação de elementos retirados diretamente da língua vulgar e elementos estranhos ao uso normal da linguagem. Na sua formação, a linguagem utilizada pelos juristas, muitas vezes, apropria-se de certos elementos da linguagem comum, mas desvia seu significado ordinário como forma de diferenciação entre os agentes iniciados e não iniciados no campo jurídico.

Quando o Direito se apropria de uma palavra ou expressão da linguagem popular e lhe atribui um novo significado, criando uma metalinguagem, isto acarreta num ato de divisão entre os vulgares e os profissionais, em que esse novel significado é exclusivamente conhecido por aqueles que estão introduzidos no campo jurídico. Isso gera um inevitável distanciamento entre os juristas e os vulgares, que desconhecem o novo uso da linguagem.

É interessante notar que, na linha 17, ver-se um exemplo claro dessa apropriação da palavra leiga e transmutação de seu significado, agora unicamente compreendido para os iniciados no campo do Direito. É o caso da utilização da palavra “**concluso**”.

No seu uso corrente, tal qual nos dicionários leigos, o verbo “concluir” significa dar fim, terminar. No entanto, a linguagem jurídica modificou drasticamente o seu sentido, agora significando que processo está sob a apreciação do magistrado.

Essa mudança de sentido fomenta o monopólio do um determinado uso da linguagem que só pode ser compreendido por iniciados, favorecendo-se a manutenção de uma ordem que protege os interesses dos grupos que estão no poder, perpetuando sua dominação, consoante o entendimento de Bourdieu (2012).

Nas linhas 18 – 20, o relator vai fundamentar o porquê de decidir liminarmente e com superveniente referendo dos demais membros da corte. Cumpre ressaltar a utilização da expressão “**diante do perigo de grave lesão**” (linhas 19 e 20).

É que, como acima explanado, o artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, bem como o art. 21, incisos IV e V, do Regimento Interno do STF², estabelecem que a possibilidade do relator decidir a medida liminar pleiteada *ad referendum* do Tribunal Pleno quando estiver diante de perigo de grave lesão.

O emprego da expressão “**grave lesão**” (linha 20) demonstra uma abertura semântica, pois a aferição da gravidade da lesão ficará a cargo do entendimento, da interpretação do magistrado quando do exame do caso concreto; na presente decisão, o ministro relator entendeu restar caracterizado um perigo de grave lesão que autoriza a concessão da medida liminar.

De acordo com Bourdieu (2012, p. 223), a interpretação realizada pelo juiz opera a “historicização da norma”, ou seja, ao adaptar as fontes do Direito a circunstâncias novas do caso específico, muitas vezes, ele descobre possibilidades inéditas, diferentes daquelas imaginadas pelo criador da lei, ultrapassando a finalidade primeira atribuída pelo legislador à determinada norma.

Isso se deve à elasticidade dos textos legais, vez que, como no caso “perigo de grave lesão”, as expressões são tão abertas, tão flexíveis que, inclusive, beiram à indeterminação. Por conseguinte, a abertura semântica de certas leis fazem com que a operação hermenêutica do magistrado, ao declarar o direito, seja dotada de grande liberdade, o que pode até promover uma quebra com o passado, com uma tradição jurídica, fomentando, assim, novos entendimentos e, como consequência, estabelecendo uma nova história.

Nas linhas 21 – 26, o relator reconhece a legitimidade da CNTS para a propositura da ADPF, na condição de entidade de classe de âmbito nacional, o que faz com base no art. 2º, I, da Lei nº 9.882.

27. Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra

2 Art. 21. São atribuições do Relator: IV – submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de certa reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa; V – determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma;

28. de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando
29. houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu
30. no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A
31. situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para
32. abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do
33. Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar,
34. viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:
35. A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna
36. inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.
37. O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta
38. Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o
39. Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado
40. habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita
41. Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a
42. relatora confirmou a óptica, assentando:

Fragmento 4

No fragmento 4, observa-se que o ministro relator vai iniciar a justificação da sua decisão, tomando por base outra jurisprudência de caso análogo que diz ser “**emblemático**” (linha 29), adjetivo que qualifica um fato de grande importância e originalidade que pode servir como padrão para outras situação semelhantes. A utilização desta palavra é feita com o intuito de enaltecer o caso, como um emblema, um estandarte que merece ser discutido e que pode servir de fundamento para outras decisões judiciais.

O julgador, então, explica como ocorreu o deslinde do *Habeas Corpus* n. 84.025-6/RJ. Elucida que, no juízo de primeiro grau, a parte não obteve a autorização da interrupção da gestação de feto anencefálico, decisão reformada de forma isolada, pela desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedeu liminar viabilizando a abreviação do parto. Novamente, a decisão singular da desembargadora relatora fora reformada pelo Presidente da Câmara Criminal em sede de recurso, entretanto, no Tribunal Pleno, o voto da desembargadora que havia concedido a liminar fora acompanhado pela maioria dos demais membros do colegiado, restabelecendo a autorização.

Ocorre que, posteriormente, em sede de *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) examina o caso e, isoladamente, a ministra relatora, Laurita Vaz, concede nova liminar, desta vez, suspendendo a autorização do Tribunal de Justiça; o Tribunal Pleno do STJ segue o entendimento da ministra relatora e confirma a decisão de não conceder a autorização para interrupção da gravidez.

É importante destacar a palavra “**via-crúcis**” (linha 32) utilizada pelo relator para descrever todo o processo pelo qual o caso narrado passou. O emprego dessa expressão denota, em primeiro lugar, o uso de expressão religiosa cujo sentido é o do sofrimento e morte de Jesus em sua crucificação. Assim, o uso do referido vocábulo, indica uma **hipérbole**, figura de linguagem que serve para expressar uma ideia de modo exagerado, da qual o ministro se vale para caracterizar a situação processual do caso como um caminho muito sofrido, demorado, repleto de obstáculos.

Da análise do fragmento 4, percebe-se, à luz do conceito de poder simbólico de Bourdieu (2012), que a interpretação da lei, revelada através da decisão do juiz, é o resultado de uma luta simbólica travada

entre as mais variadas espécies de operadores do direito, cada qual dotado de uma competência técnica e social própria e distinta da dos demais.

Com efeito, por poder simbólico, entende-se, como elucida Bourdieu (2012), no poder invisível que o agente dominado confere àquele que o exerce, um poder mágico que aquele atribui a este por confiar, crer nele e, por conseguinte, o obedece. O poder simbólico, neste sentido, só pode ser exercido quando há cumplicidade do agente dominado, ou seja, somente se concretiza quando aquele, que a ele se submete, o reconhece, inconscientemente, como legítimo.

Deste modo, a luta pelo poder simbólico, ou seja, pela reprodução legítima da sua visão de mundo, enseja, no campo jurídico, uma verdadeira batalha entre seus profissionais – os quais são dotados das mais variadas técnicas, estilos e visões – que aplicam as regras permitidas e reconhecidas do jogo jurídico como “armas simbólicas” com o objetivo de fazer triunfar seus interesses (BOURDIEU, 2012, p. 224).

Assim, o poder de enunciar a visão do mundo que deve prevalecer – no caso, o poder de enunciar o direito legítimo –, é disputado pelos juristas e, por isso, são comuns os conflitos entre jurisprudências, pois cada magistrado ou órgão julgador tenta impor a seus interesses em seus julgados.

Esta acirrada concorrência entre os profissionais pode ser observada nas linhas 27 – 42, em que o ministro relata a disputa pela prerrogativa de anunciar o direito entre os juízes de primeiro grau e os de segundo grau, entre a visão individual da desembargadora e a do presidente da Câmara Criminal, entre o entendimento deste e o do colegiado do Tribunal de Justiça e, por fim, o conflito entre a visão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e Superior Tribunal de Justiça.

Após um breve relato de como se deu o caso e da disputa entre os julgadores, o ministro relator da ADPF transcreve a ementa e síntese da decisão proferida do Superior Tribunal de Justiça (fragmento 5).

43. HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE
44. ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO.
45. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO
46. COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.
47. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.
48. 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal
49. acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se
50. falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente
51. a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da
52. vida do nascituro.
53. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da
54. decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da
55. decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um
56. exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse
57. levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.
58. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido,
59. tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar
60. contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva,
61. tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da
62. reserva legal.
63. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto,
64. previstas no art.128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo

65. que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca
66. exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que
67. fora excluída de forma propositada pelo Legislador.
68. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo,
69. desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar
70. prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação
71. exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do
72. agravo regimental
73. Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de
74. julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso,
75. de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.

Fragmento 5

Impende salientar que Bourdieu (2012, p. 229 – 231) – ao utilizar as exigências constitutivas da visão do mundo jurídico de Austin (1961) –, argumenta que os agentes, ao procurar o Direito para resolver seus conflitos, aceitam tacitamente a adoção das regras do campo jurídico e também reconhecem as exigências específicas da construção jurídica do objeto, da visão do campo jurídico.

Seguindo este raciocínio, uma dessas exigências é o fato de “se dever recorrer a precedentes e de se conformar com eles” (BOURDIEU, 2012, p. 230). Para Bourdieu, a referência a precedentes reconhecidos, cuja função é de estabelecer um espaço previsível de possíveis soluções para os conflitos, serve para fundamentar racionalmente uma decisão.

Ao recorrer a um precedente para fundamentar sua decisão, o magistrado cria a ilusão de que o seu entendimento se baseia naquele caso já reconhecido e historicizado, no entanto, muitas vezes, o seu real fundamento não repousa sobre o precedente, mas sobre outros princípios. Ocorre que o fato de embasar uma decisão em jurisprudências consolidadas confere uma aparência de uma aplicação neutra, objetiva e previsível das normas à hipótese concreta.

Portanto, a constante utilização dos precedentes constitui forma de racionalizar o Direito, e, como vemos no texto ora analisado, este recurso, a depender da maneira como foi construído, pode servir como aparência de justificativa da decisão – no caso, de que a “via-crúcis” do processo impediu a resolução do caso antes do parto e, por conseguinte, antes da concretização do dano à gestante –, como forma de mascarar as reais intenções do juiz, que seriam o desejo de ganhar a disputa entre os seus pares e fazer com que seus interesses prevaleçam do campo jurídico.

Analisando o julgado que serve de paradigma para a decisão liminar da ADPF (linhas 43 – 72), percebem-se certas opções linguísticas interessantes.

Primeiro, examinar-se-á o que Bourdieu (2012, p. 215) chama de “efeito de apriorização” utilizado no campo jurídico como forma de racionalização do Direito.

Este efeito é obtido através do emprego de certos processos linguísticos com o intuito de criar uma retórica da impessoalidade e neutralidade do Direito. Para Bourdieu, os juristas, através da utilização da linguagem, buscam produzir dois outros efeitos: o da neutralização e o da universalização.

O efeito da neutralização é conseguido a partir do uso de características sintáticas, como a utilização recorrente de construções na voz passiva e de frases impessoais, como forma de constituir um enunciador neutro, universal e, ao mesmo tempo, imparcial e objetivo. Por outro lado, o efeito da universalização é obtido por meio do emprego de vários processos linguísticos, tais como a utilização de verbos atestivos na terceira pessoa do singular do presente ou passado composto que indicam ato já realizado – como “**acarreta**” (linha 49), “**se presta a defender**” (linhas 50 – 51), “**há de prevalecer**” (linha 61); uso de palavras que palavras indefinidas – como “**de toda a ordem**” (linha 25), “**qualquer outro meio**” (linha 29) e do presente intemporal ou do futuro jurídico, como forma de exprimir a suposta generalidade e omnitemporalidade da norma jurídica (BOURDIEU, 2012, p. 216).

Essa postura de autonomia, universalidade e neutralidade do campo jurídico pode ser percebida também na frase “A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é **sabido e consabido**” (linha 58). O emprego de tal expressão tenta demonstrar a generalidade do Direito, posto que seu significado importa, na linguagem comum, em um fato conhecido, “sabido por muitos ou por todos” (HOUAISS, 2001). Assim, a intenção do julgador, ao utilizar essas palavras, é de neutralizar e fazer entender que sua visão é universal e, conseqüentemente, compartilhada por todos.

Nas linhas que se seguem (linhas 59 – 67), verificam-se, nitidamente, as raízes positivistas e racionais do Direito, que ainda marcam grande presença no campo jurídico.

Como pode ser detectado no documento sob análise, o campo jurídico funciona como um aparelho hierarquicamente organizado, em que os intérpretes concorrem entre si pelo poder de enunciar o direito legítimo, a partir do uso das regras e mecanismos linguísticos, próprios do Direito, que funcionam como armas na luta para impor seus interesses.

Esse aparelho (campo jurídico) hierarquizado e pautado em regras de toda uma tradição incorporada, reconhecida e reproduzida pelos seus agentes, mantém sua coesão a partir da identificação, em maior ou menos escala, que se observa entre *habitus* – conhecimentos incorporados pelos agentes ao longo de sua trajetória social – dos profissionais introduzidos neste campo.

Para que o campo jurídico seja acreditado como local de exercício do poder legítimo e, por conseguinte, que a interpretação da lei por parte dos seus profissionais seja autorizada e reconhecida, o mecanismo desse aparelho deve funcionar a partir de procedimentos codificados – e que não possam ser compreendidos pelos vulgares, em favor da manutenção de seu monopólio – de resolução regulada de conflitos pelos introduzidos neste campo e somente por eles.

É por isso que a tradição jurídica se desenvolveu a partir da ideia de uma racionalidade autônoma do Direito, cujo fundamento estaria pousado do próprio Direito, compreendido como ciência fechada e autônoma, que se retroalimenta segundo sua própria dinâmica interna.

A partir dessas considerações, Bourdieu defende que “a interpretação da lei nunca é o acto solitário de um magistrado” (2012, p. 224), ou seja, mesmo quando juiz se encontra diante de um caso que destoa do habitual, ele deve fundamentar sua decisão na razão e na norma legal que regula o caso, preocupando-se em uma interpretação fiel à lei, através da utilização do método lógico-dedutivo.

Assim, o conteúdo que deve ser decantado da regra legal, a ser revelado por meio da decisão judicial, resulta de uma luta simbólica entre os juristas dotados de diferentes graus saberes e técnicas, cada qual sendo capaz de manipular as regras do jogo jurídico de modo que maior favoreça a seus interesses. E, com isso, adquirir o direito de dizer o direito, de enunciar o verdadeiro sentido da norma (BOURDIEU, 2012, p. 224).

Todo esse processo de racionalização do Direito, através da mera subsunção do caso concreto ao texto da norma, com que o juiz – legítimo intérprete da norma – descobre e revela o sentido da lei a partir de uma postura totalmente imparcial e desinteressada no conflito que lhe foi apresentado, deságua no consentimento tácito sobre a função do hermeneuta autorizado em enunciar o direito, enquanto mascara que o julgador é apenas mais um agente dotado de vontades, ideologias e de sua própria visão de mundo, agindo em prol de seus próprios interesses.

Nas linhas 59 – 67, pode-se verificar a forte influência dessa tradição racional do Direito, pois, os ministros do STJ, a julgar o *habeas corpus* ora examinado, fundamentaram sua decisão no princípio da reserva legal (linhas 61 – 62), pelo qual se entende que a regulamentação de determinadas matérias há de se fazer, necessariamente, pela lei formal (SILVA, 2012).

Neste diapasão, os ministros embasam seu entendimento argumentando que, como o legislador não incluiu na legislação pertinente a hipótese taxativa da possibilidade de aborto no caso de fetos anencefálicos e, no do art. 128 do Código Penal, encontra-se o rol exaustivo com a previsão de todas as hipóteses autorizativas do aborto, então nada mais os juízes poderiam fazer do que negar o pleito autoral.

Impende destacar a expressão utilizar para fundamentar a decisão, que “o máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador” (linhas 64 – 67). Tal trecho expressa claramente como funciona a enunciação do sentido da lei, em que se fomenta a ilusão de que o juiz, como intérprete autorizado, expressa nada mais do que a vontade da lei, e se o legislador se omitiu, nada mais pode fazer.

A dúvida que persiste é se o juiz – ou os ministros, nesse caso específico –, nada mais pode fazer porque é um mero intérprete da lei amarrado aos grilhões que o legislador impôs no momento da elaboração do texto legal ou se não o faz porque seus interesses e visões do mundo divergem do pedido formulado.

Nas linhas 68 – 72, consta o veredicto propriamente dito, em que os julgadores consignam que a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fora reformada, para não mais autorizar o aborto.

Entendeu-se que a apelação está prejudicada, ou seja, não pode ser analisada porque já teria havido “manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual” (linhas 70 – 71) sobre a questão principal – o mérito – da demanda. Assim, por defenderem que os juízes do tribunal estadual já haviam se manifestado suficientemente sobre a questão principal discutida na demanda, em sede da decisão do agravo regimental, os ministros do STJ se dão por satisfeitos e justificam que o recurso de apelação não merece mais ser analisado ou discutido.

Importante destacar a utilização do substantivo “**mérito**” (linha 71), que assim como “concluso” (linha 17), também é um exemplo da apropriação que os juristas fazem da linguagem vulgar transformando seu sentido como forma de distanciar os agentes não introduzidos ao campo jurídico daqueles que são profissionais. É que “mérito”, na linguagem ordinária, possui o sentido de merecimento, de ser digno de algo; no entanto, emprestando outro significado a esta palavra, o Direito entende-a como o ponto central no conflito apresentado ao juízo.

Nas linhas subsequentes (73 – 75), o ministro relator da ADPF explica que o caso julgado, que tomou como base para sua decisão, chegou ao STF por meio de novo *habeas corpus*, desta feita, contra a decisão do STJ. No entanto, antes de haver um novo julgamento no STF, soube-se que o parto já havia ocorrido e que a sobrevida da criança anencefálica não ultrapassou sete minutos, de forma que não haveria necessidade de continuar a discussão, naquele caso específico, pois a ação perdeu seu objeto.

76. Consta-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de
77. julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento,
78. implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo
79. bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula
80. final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra
81. eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da
82. República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo
83. Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causa perplexidade,
84. no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A
85. unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se
86. simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior,
87. com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação
88. jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º
89. da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Fragmento 6

A análise da expressão “**constata-se**” (linha 76), revela, mais uma vez, os efeitos de neutralização e universalização produzidos no campo jurídico, pois o emprego deste verbo na terceira pessoa do singular demonstra a intenção do ministro em fazer com a constatação, que alega ter observado, seja identificada como neutra, imparcial, bem como compartilhada por todos, e, destarte, seja universal.

Da análise do fragmento 6, novamente, verifica-se, pela expressão “**desencontro de entendimentos**” (linha 76), que o campo jurídico “é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito” (BOURDIEU, 2012, p. 212). Ou seja, é o local, por excelência, em que os agentes, introduzidos

em suas regras do jogo e portadores de um capital específico, disputam o poder simbólico, mediante o uso de diferentes estratégias com o intuito de triunfar na disputa pelo poder de interpretar as normas e de enunciar a visão verdadeira, legítima e autorizada do mundo social.

Pelo emprego da frase “**desinteligência de julgados**” (linhas 76 e 77), verifica-se que o relator, na condição de agente na disputa pelo poder simbólico, faz-se compreender que o seu entendimento é o melhor e o mais inteligente, quando expõe a “desinteligência” dos demais julgadores.

Nota-se, outrossim, o uso de termos indeterminados como técnica linguística voltada a produzir um efeito de universalização, como nos casos de “**qualquer outro meio**” (linha 80) e “**tudo recomenda**” (linha 81). A intenção do ministro, nestes casos, é de criar a ilusão de que todos compartilham a visão de que não existe melhor meio para sanar a lesividade e de que o entendimento seguido pelo julgador é uma verdade universal, pois todos dividem a mesma opinião e recomendam o resultado proposto por ele.

Nas linhas 81 – 82, o magistrado evocar a Constituição Federal e os seus princípios, reforçando a ideia de da fundamentação do direito no próprio direito, em outras palavras, na lei fundamental – a Constituição –, o que se coaduna com a visão racional de ciência autônoma e fechada.

Pelo uso do adjetivo indicativo de tempo “**imediate**” (linha 82), o ministro quer fazer entender que sua decisão é urgente e precisa ser tomada de pronto, agora, em razão de sua relevância.

Da apreciação das linhas 82 – 84, percebe-se que o relator pretende justificar sua decisão no sentido de que o STF constitui no único órgão julgador legitimado e autorizado para fazer cessar todos os conflitos, e, deste modo, evitar as “**decisões discrepantes**” (linha 83).

Assim, como o STF é o órgão julgador que está no topo da hierarquia do campo jurídico, pertence a ele (e somente a ele) o poder mágico de enunciar a verdade absoluta, cessando todos os conflitos entre os demais agentes introduzidos nas regras do jogo jurídico. Somente ao STF cabe o poder de criar o mundo social, pois seus ministros são os intérpretes últimos dos textos jurídicos e, portanto, somente eles detêm o poder de consagrar a visão legítima, justa, imparcial, neutra, universal e racional do mundo social.

Isso é visível também nas passagens seguintes (linhas 85 – 88), em que se demonstra, outra vez, o racionalismo ínsito ao Direito. É que se torna explícito que o objetivo último do intérprete é preservar a “**unidade**” do Direito (linha 85), gerar segurança, “**uniformização interpretativa**” (linha 85), previsibilidade das decisões, conservando, por conseguinte, toda uma longa tradição jurídica pautada nos interesses e visões de mundo partilhadas pelos agentes dominantes, detentores do poder de enunciar a verdade.

Utilizando-se da expressão “**descrédito do Judiciário**” (linha 86), o juiz deixa transparecer que a finalidade do profissional do Direito é conservar o poder de enunciar o direito, de manter a crença nos institutos jurídicos como únicos legitimados, e, assim, evitar a perda da credibilidade do Judiciário, a descrença na “visão soberana do Estado, detentor do monopólio da violência simbólica legítima” (BOURDIEU, 2012, p. 236).

90. Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar
91. uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em
92. discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à
93. saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da
94. autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana.
95. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida,
96. sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a
97. minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada
98. pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam,
99. elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a
100. desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva
101. surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de
102. se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade
103. não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para
104. fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza
105. igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos
106. anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se
107. chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa
108. ser tido como razoáveis em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da
109. relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de
110. desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o
111. sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o
112. reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação
113. terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a
114. deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

Fragmento 7

No fragmento 7, o ministro Marcos Aurélio continua a fundamentação da sua decisão, agora não mais pautada em precedentes, mas na elucidação do porquê que entende que o pleito autoral deve ser acolhido.

Nesse fragmento, o magistrado defende seu ponto de vista pautado no argumento de que os valores discutidos possuem “**importância única**” (linha 92), ou seja, que são de uma relevância sem par.

No entanto, apesar de elencar, nas linhas 92 – 94, uma série de valores que reputa importantes, ele não explica porque tais princípios se aplicam ao caso, como quando fala “**o direito à liberdade em seu sentido maior**” (linha 93) sem exemplificar a causa que faz que com a liberdade seja respeitada no seu mais alto grau, aliás, ele nem justifica qual a espécie de liberdade que está em jogo.

Através do emprego de expressões como “**predominando o amor**” (linha 97), “**suplantada pela alegria**” (linhas 97 – 98), “**sublime gestação**” (linha 98), “**desfecho feliz**” (linha 100), que denotam sempre sentimentos positivos com relação à gestação, o juiz, novamente, faz uso de mecanismos linguísticos para dar um efeito de neutralização e universalização, como se fosse uma verdade absoluta e inquestionável que a gravidez gera apenas sentimentos positivos, criando uma ilusão de que todos partilham esse mesmo entendimento.

Nas linhas 104 – 108, o relator se faz valer de pressupostos racionais, em que o Direito, como forma de conhecimento, deve ser tratado como ciência lógica, pautada na rigidez das ciências exatas, como se o método lógico objetivo fosse o único capaz de chegar ao único resultado verdadeiro.

Para trazer para o Direito os pressupostos cartesianos, o magistrado faz uso de expressões como **“ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%”** (linhas 104 – 105), como se uma simples estatística, uma soma aritmética, fosse suficiente para conferir 100% de certeza também ao Direito; como se o objetivo a ser perseguido pelo intérprete da lei também fosse uma certeza matemática inquestionável.

Ademais, o juiz afirma que **“dados merecedores de maior confiança evidenciam”** (linha 105), mas, em nenhum momento, ele elenca quais dados são esses que detêm um alto crédito e que, portanto, devem ser, obviamente, aceitos como evidência, como verdadeiros. Esses expedientes, portanto, são utilizados como forma de conferir um aparente respaldo científico à decisão, impondo-lhe uma aparência de verdade lógica, certa, que não pode ser questionada.

Nas linhas que se seguem (108 – 114), o ministro vai prolatar sua decisão de acolher o pleito autoral de suspender o andamento dos processos judiciais que versem sobre a possibilidade de interrupção de gravidez de fetos anencefálicos, justificando-se com os argumentos de que o pedido é relevante e que há risco de que haja um desencontro entre as decisões judiciais sobre o tema.

É importante destacar que o juiz não se ateve ao pedido de medida cautelar formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) para sobrestar o andamento dos processos e das decisões não transitadas em julgado, mas vai além disso e decide pela possibilidade da gestante se submeter a operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, quando haja diagnóstico de médico habilitado.

Ao reconhecer um novo direito, não previsto na legislação, o julgador vai exercer um efeito de universalização ou efeito de normalização, com o intuito de exercer uma dominação simbólica para impor sua visão do mundo social como legítima. Esse efeito vai gerar um sentimento de normalidade, de oficialização acerca de uma situação até então considerada tabu (como no caso do aborto). Esse reconhecimento oficial de uma nova regra, até então condenada, torna-a dizível, pensável, confessável e realizável, achando-se, agora, na seara das possibilidades reais e reconhecidas de conduta autorizadas (BOURDIEU, 2012, p. 246).

Desta forma, ao enunciar a interrupção de uma gestação de feto anencefálico como um direito, o magistrado vai neutralizar e universalizar essa conduta, operando uma transformação no mundo social, impondo suas crenças, visões de mundo e ideologias sobre os demais agentes, que o reconhecem como legítimo intérprete da realidade social.

4 Conclusões

A teoria sociológica de Bourdieu concede um lugar de destaque para a Linguística e seus conceitos, vez que compreende que o universo social consiste em um sistema de trocas simbólicas e que a ação social nada mais seria do que um ato de comunicação (BOURDIEU, 1983).

No seu entendimento, vislumbrando principalmente em seu estudo “A economia das trocas linguísticas” (1983), o discurso deve ser compreendido a partir das relações de produção linguísticas que lhe

dão origem, pois, o signo não possui uma existência concreta (salvo em estado de dicionário) fora do contexto de modo de produção linguístico concreto.

É por isso que Bourdieu defende a existência de um campo linguístico, aos moldes e com a estrutura similar aos dos demais campos sociais, cujas relações entre seus integrantes, portanto, dependem da correlação entre a posição ocupada pelos agentes e a quantidade e qualidade de capital acumuladas por eles. Deste modo, verifica-se que todas as transações linguísticas são também embates de forças entre agentes, numa concorrência pelo capital simbólico em jogo.

A partir da análise crítica da decisão proferida pelo ministro relator do STF na ADPF/MC 54, identificou-se alguns expedientes utilizados pelo julgador que se coaduna com os preceitos linguísticos desenvolvidos na teoria do poder simbólico de Pierre Bourdieu como estratégias de manutenção do poder de enunciar o Direito tido como legítimo no campo jurídico.

Então, percebeu-se, na análise da decisão telada, a violência simbólica exercida pelos operadores do Direito sobre o mundo social, que é possibilitada através da produção simbólica do discurso jurídico, capaz de edificar e impor uma determinada visão de mundo como legítima.

É que o discurso jurídico assegura a obediência espontânea dos destinatários do discurso, em virtude de seu efeito de reconhecimento e aceitação de sua legitimidade, bem como adequa os comportamentos aos valores que propõe, sem recorrer ao uso da força física, já que a dominação que exerce, para além do monopólio da força física, decorre de um poder mágico e invisível, posto que desconhecido pelos que sofrem tal violência.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAMPELLO, André Emmanuel Batista Barreto. **O poder simbólico do Direito**: uma introdução ao estudo do direito pela obra de Pierre Bourdieu. Disponível em: <<http://www.sinprofaz.org.br/s/artigos/o-poder-simbolico-do-direito-uma-introducao-ao-estudo-do-direito-pela-obra-de-pierre-bourdieu>> Acesso em: 20 nov 2012.

DIDIER JR, Fredie (org). **Ações Constitucionais**. 6ª ed. Salvador: JusPodium, 2012.

DIDIER JR, Fredie (org). **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 2. Salvador: JusPodium, 2007.

HOUAISS, Antonio. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. São Paulo: Objetiva, 2001.

NEVES. Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu**: Sociologia. São Paulo: Ática, 1983.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Regimento Interno**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Novembro_2012_eletronica.pdf>

Acesso em: 28 jan 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Informativo de Jurisprudência n. 354**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia_e_Aborto_\(ADPF_54_MC/DF*\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo354.htm#Anencefalia_e_Aborto_(ADPF_54_MC/DF*))>

vo354.htm#Anencefalia e Aborto (ADPF 54 MC/DF*)> Acesso em 20 jan 2016.



CONAR E A BUSCA PELA LEGITIMIDADE SOCIAL DA AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA

Carolina Leal Pires¹

RESUMO: Neste trabalho, buscamos analisar as imagens que o Conar vem construindo de si, do consumidor e dos publicitários, em sua publicidade institucional, na busca pela legitimidade social da autorregulamentação publicitária. Aportando-nos no dispositivo teórico-metodológico da Análise do Discurso (AD) de vertente pecheutiana, selecionamos, para compor o corpus desta pesquisa, três anúncios impressos veiculados entre 2010 e 2016.

Palavras-chave: Conar. Publicidade. Autorregulamentação. Legitimação social.

ABSTRACT: In this work, we seek to analyze the images that Conar has been building of itself, of the advertisers and of the consumer, in its institutional publicity, in the search for the social legitimacy of the self-regulation of advertising. Taking part in the theoretical-methodological device of the Discourse Analysis (DA) of pecheutian slope, we selected, to compose the corpus of this research, three print ads broadcast between 2010 and 2016.

Keywords: Conar. Advertising. Self-regulation. Social legitimation.

1 Introdução²: uma breve retomada do conceito de condições de produção em AD

Quando Michel Pêcheux ([1969] 2010, p. 78-81), criticando tanto o “esquema reacional” (de Skinner) quanto o “informativo” (de Jakobson) de descrição dos elementos extralinguísticos da linguagem³, propôs o aparato teórico-metodológico da Análise Automática do Discurso (AAD), estabeleceu a noção de discurso como “efeitos de sentido entre interlocutores”, que permanece válida até hoje. Diz o autor que, o discurso, enquanto efeito de sentido, não pode ser dissociado de uma exterioridade que lhe constitui, envolvendo assim, as “condições de produção” relacionadas à situação e aos lugares desses interlocutores (e também do “referente” do discurso) numa dada formação social, mas não enquanto lugares empíricos e sim como “projeções imaginárias” desses lugares.

No entanto, o próprio Pêcheux, na “conclusão provisória” desse mesmo texto, já ressalva que, naquele estágio de seu pensamento, os traços caracterizadores das situações e posições dos interlocutores do discurso estavam ainda a cargo de categorias vindas da sociologia, o que poderia denotar ainda um feixe de empirismo neste conceito de “condições de produção”.

1 Doutora em Letras (UFPE). Professora da Faculdade IBGM/IBS e publicitária.

2 Parte das discussões e do texto aqui apresentados compõe o capítulo 2 de nossa tese de doutorado intitulada “FRONTEIRAS DO (NÃO-)PLÁGIO PUBLICITÁRIO: um estudo discursivo de casos julgados no/pelo Conar” (PIRES, 2015).

3 Para o autor, o “esquema reacional” sugerido por Skinner (estímulo-organismo-resposta) anulava “o lugar do produtor do estímulo e do destinatário da resposta”. Já o “esquema informativo” (emissor-mensagem-receptor), de Jakobson, tomava a “mensagem como transmissão de informação”, com a vantagem de “por em cena os protagonistas do discurso bem como seu ‘referente’”, porém, a partir de uma concepção empírica dos sujeitos da linguagem, concepção esta rejeitada por Pêcheux (2010, p. 78-79).

Para superar esse “obstáculo”, Pêcheux, junto à linguista Catherine Fuchs ([1975], 2010, p. 182), no que chamaram de uma “atualização” da AAD, reveem tal conceito, definindo-o como “as determinações que caracterizam um processo discursivo” e também como “as características múltiplas de uma ‘situação concreta’ que conduz à ‘produção’ [...] da superfície linguística de um discurso”.

A tentativa dos autores (PÊCHEUX; FUCHS, 2010, p. 182) era caminhar para a construção teórica da noção de “‘situação concreta’ enquanto formação ideológica” (FI). Mas esta FI, enquanto “elemento [...] suscetível de intervir como uma força em confronto com outras forças na conjuntura ideológica característica de uma formação social em dado momento” (PÊCHEUX; FUCHS, 2010, p. 163), não corresponderia exatamente a um discurso, pois o discurso seria apenas uma das materialidades da ideologia.

Além disso, uma FI poderia comportar uma ou várias formações discursivas (FD), que “determinam o que pode e deve ser dito [...] a partir de uma posição dada numa conjuntura, isto é, numa certa relação de lugares no interior de um aparelho ideológico, e inscrita numa relação de classes”. Dito de outra forma, uma FD derivaria de condições de produção específicas.

Orlandi ([1990] 1999, p. 30-31), por sua vez, propõe então que pensemos o conceito de condições de produção em duas instâncias: uma “em sentido amplo”, relacionada ao “contexto sócio-histórico, ideológico” do discurso e outra, “em sentido estrito”, ao “contexto imediato” do discurso, quer dizer, às “circunstâncias da enunciação”.

Seguindo esta proposta de Orlandi, para analisarmos discursivamente a publicidade do Conar, passemos, pois a observar as suas condições de produção nessas duas instâncias.

2 Condições de produção em sentido amplo: a autorregulamentação como alternativa à censura

Para entendermos melhor o contexto sócio-histórico no qual foi criado o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) e o lugar que esta instituição veio a ocupar na sociedade brasileira, voltemos ao final da década de 1960, quando o Brasil já estava sob o governo ditatorial militar, instaurado após o golpe de Estado de 1964 pelas Forças Armadas⁴, que depusera o então presidente João Goulart sob a acusação de que este implementaria uma política comunista no país.

Naquele momento, iniciava-se o período mais repressivo da ditadura, com a promulgação do Ato Institucional nº 5 (ou AI-5), série de decretos que, dentre outras medidas (como o fechamento do Congresso Nacional), veio a suspender garantias constitucionais, a exemplo do direito à liberdade de expressão, enrijecendo ainda mais a censura à imprensa e também a manifestações artísticas e literárias⁵. Por outro lado,

4 Com apoio do alto clero da Igreja Católica e de setores conservadores da sociedade civil, além do governo estadunidense.

5 De acordo com Soares (1989, p. 21-22), “a Censura não atuou de maneira uniforme durante os 21 anos da ditadura. [...] Foi atuante no período imediatamente seguinte ao golpe de 1964; [...] A expansão mais acelerada da ação da Censura teve lugar durante o período mais negro por que o País passou: desde o AI-5, em dezembro de 1968, no governo Costa e Silva, até o fim do governo Garrastazu Médici. Do início da distensão, durante o governo Geisel, até 1976, somente foram controlados alguns aspectos mais gritantes da censura; a partir de 1976, data em que se afirma, o governo Geisel controlou a linha dura, houve uma clara diminuição de suas

o Brasil experimentava o chamado “milagre econômico”, com crescimento não só do PIB e de empregos, mas também, vale frisar, das desigualdades sociais e da dívida externa.

Uma das formas mais praticadas de censura, nesse período, era a censura prévia, quer através da presença de censores do governo nas redações dos jornais, controlando e filtrando as informações; quer pelo envio para Brasília, a cargo da própria mídia, dos materiais a serem publicados, para exame antecipado de seu conteúdo. A outra forma era a autocensura institucional, em que o veículo de comunicação, acuado com a efetiva possibilidade de fechar suas portas, de ter presa sua equipe ou de enfrentar dificuldades financeiras pela falta de financiamentos, optava por seguir as orientações dos órgãos governamentais de censura, assumindo a responsabilidade por tudo o que divulgava⁶ (SOARES, 1989).

A censura traria ainda outros custos para as empresas de comunicação de massa, além do cerceamento da informação. Soares (1989) expõe que, fora o ônus financeiro direto, com o envio de material para Brasília ou manutenção de uma equipe interna própria para controle de conteúdo, havia grandes perdas econômicas indiretas, em decorrência de boicotes aos veículos que se opunham ao regime militar. Isso porque não só a publicidade governamental (que representava quase 40% do mercado publicitário) seria destinada apenas aos veículos de comunicação que apoiavam a ditadura, mas também a de várias empresas privadas, que não queriam anunciar na imprensa opositora por medo de terem suspensos seus contratos com o governo. Nessa época, jornais e revistas já dependiam financeiramente mais das receitas vindas de anúncios que da venda de exemplares, parte como consequência da própria censura, que afastara muitos leitores. Assim, o autor (SOARES, 1989) ressalta que os anunciantes também exerciam fortes pressões econômicas junto aos meios de comunicação.

Felizmente, por volta de 1976, os chamados anos de chumbo desse regime começariam a ficar para trás, sendo reconquistados alguns direitos no tocante à liberdade de expressão. No entanto, o governo ainda ventilava a sanção de uma lei para garantir censura prévia à propaganda (especificamente a comercial, a qual denominamos publicidade, fazendo distinção entre esta e a propaganda política).

Foi então, diante deste cenário de “*ameaça ao setor*”⁷, que um grupo de publicitários, juntamente com representantes de anunciantes e veículos de comunicação, propôs que fosse criado um Código visando à autorregulamentação da publicidade brasileira. A alegação do grupo era a de que, ficando a cargo do governo a execução de tal controle, seria necessário contratar muitos profissionais, o que acarretaria uma máquina burocrática onerosa para o país, algo não adequado para o momento já que o dito milagre econômico do regime militar entrara em crise, apresentando não só queda do PIB e déficits na balança comercial, como

atividades sem que, não obstante, os seus instrumentos fossem eliminados [...]. Foi somente no *final* do governo Geisel e início do governo Figueiredo que a liberdade de imprensa foi restaurada no Brasil”.

⁶ Sem falar na autocensura individual, gerada em reação ao clima opressivo e pelo temor frente às ações coercitivas e violentas do governo militar.

⁷ A partir daqui, neste subcapítulo, todos os trechos em itálico e entre aspas fazem referência a textos disponíveis no site do Conar (www.conar.org.br), salvo os que contiverem outras referências.

também grande crescimento da dívida externa, das taxas de inflação e dos índices de desemprego. Além disso, segundo esse mesmo grupo, a instalação de mais um órgão de censura representaria um “retrocesso” político àquelas alturas.

No entanto, seria ingênuo pensar que o setor publicitário estaria preocupado apenas com o equilíbrio dos cofres públicos ou até mesmo com a situação política do país, tendo em vista que a redemocratização brasileira, isto é, o projeto de “distensão lenta, segura e gradual”, nas palavras de Geisel, estava já em processo.

A nosso ver, em primeiro lugar, não podemos esquecer que, como afirmam Dias e Becue (2012, p. 7369), “a presteza da autorregulação favorece sobremaneira os agentes privados do mercado, cujas necessidades não podem aguardar a morosidade típica das respostas governamentais”. Ou seja, a atividade publicitária, que se pressupõe demandar ações ágeis em razão do próprio mercado de consumo e das relações de concorrência entre as empresas, não suportaria a morosidade dos mecanismos de controle governamentais. É o que também nos sugere a leitura do Regimento Interno do Conselho de Ética do Conar em seu Artigo 13, do capítulo II (que versa sobre o “*processo ético*”): “os processos éticos constituem procedimentos administrativos que, além assegurarem amplo direito de defesa, serão orientados pelos critérios da **simplicidade, economia processual e celeridade**” [grifos nossos]⁸.

Além disso, há de se pensar que, com a abertura política em andamento, talvez o receio não fosse de uma censura ditatorial, mas de uma regulamentação do Estado para a mídia em geral, englobando não só a imprensa como a publicidade. E, podemos dizer que, de certa forma, se existia mesmo essa apreensão, não era ela toda infundada, visto que, cerca de dez anos mais tarde, a Constituição de 1988, no quarto parágrafo do Artigo 220, viria dispor sobre a “propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias”, colocando-a como “sujeita a restrições legais”, e permitindo, “sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso” (BRASIL, 1988). Também, na Constituição de 1988, seria previsto o Código de Defesa do Consumidor, que, dois anos mais tarde, trouxe inúmeras regulamentações com relação à publicidade⁹.

Mas, largando na frente de qualquer tentativa de regulação estatal, em 1978, durante o III Congresso Brasileiro de Propaganda realizado em São Paulo, foi então aprovado o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária¹⁰.

Não era a primeira vez, no entanto, que o setor propunha para si uma regulação privada. Antes, na primeira edição daquele evento, em 1957, representantes de agências, veículos e anunciantes haviam

8 Disponível em: www.conar.org.br.

9 Lei nº 8.078/90: Arts. 6º, 10, 30, 31, 33, 35, 36, 37, 38, 60, 63, 67 e 68 (BRASIL, 1990).

10 Os publicitários Mauro Salles e Caio Domingues são reconhecidos como os dois principais redatores do Código. Já Petrônio Correa, Dionísio Poli e Luiz Fernando Furquim de Campos, além de contribuírem com a redação, foram também responsáveis, respectivamente, pela articulação da aprovação do Código junto às agências, veículos e anunciantes, convencendo, assim, o Governo Federal a desistir da proposta de censura prévia à propaganda.

elaborado uma série de normas que visavam à regulamentação da publicidade enquanto atividade comercial de prestação de serviços, tratando, em sua maioria, de questões financeiras relativas a comissões, descontos, tabela de preços de serviços e de veiculação etc. Criava-se, assim, o Conselho Executivo das Normas-Padrão (CENP), responsável por fiscalizar e certificar as agências de publicidade, conferindo um “Certificado de Qualificação Técnica” para aquelas que estiverem cumprindo as normas estabelecidas¹¹.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, por sua vez, veio regulamentar a publicidade quanto aos seus conteúdos, questão-alvo da censura com relação à imprensa e que se especulava poder ser extensiva à publicidade. Seu ponto de partida eram as seguintes considerações iniciais:

[...] a publicidade deve ser confiável no conteúdo e honesta na apresentação, pois é da confiança pública que depende o seu êxito;
[...] as peças de publicidade e, de forma geral, a atividade publicitária se acham naturalmente subordinadas ao império da lei e devem reger-se pelo princípio da legalidade;
[...] as repercussões sociais da atividade publicitária reclamam a espontânea adoção de normas éticas mais específicas, as entidades abaixo assinadas, representativas do mercado brasileiro de publicidade, instituem pelo presente instrumento, este Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária.¹²

Algum tempo depois, já em 1979, uma Comissão de Autorregulamentação Publicitária realizava os primeiros julgamentos e conciliações. Cerca de um ano mais, precisamente em 05 de maio de 1980, finalmente foi criada a entidade que seria responsável por “fazer valer” aquele Código: assim, pois, nascia o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, o Conar.

3 Condições de produção em sentido estrito: a necessidade de legitimação social para a autorregulamentação da publicidade

O contexto imediato (ou as circunstâncias da enunciação) do discurso do Conar em sua publicidade institucional nos leva a pensar, inicialmente, sobre a questão da autorregulamentação da atividade publicitária.

Alguns teóricos da área do direito, a exemplo de Zannoni (2007), ressaltam que o Conar, ao contrário do que diz sua própria denominação, não regulamenta e sim regula a publicidade. De acordo com Rochael (2005, [s. p.]), os dois termos não são semanticamente equivalentes, devendo-se, parte desta corriqueira “confusão” a erros de tradução:

Não devemos confundir **regulação** com **regulamentação**. A origem da expressão regulação vem da tradução do inglês de *regulation*. A expressão *regulation*, dependendo do contexto, pode ser traduzida para o português como regulação ou regulamentação, mas no contexto específico das agências reguladoras, a expressão deve, obrigatoriamente, ser traduzida como regulação. Já regulamentação é a tradução de outra expressão inglesa: *rulemaking* [grifos do autor].

Também para Santos e Merhy (2006), apesar de relacionadas, a ideia de regulamentar possui abrangência mais restrita que a de regular. Isto porque a regulamentação seria apenas um dos mecanismos

11 As Normas-Padrão vieram substituir um acordo firmado, em 1949, entre as agências de publicidade brasileiras, mas que seguia regras “importadas” dos Estados Unidos (DELLAZZANA, 2009, p. 7).

12 Disponível em: www.conar.org.br.

possíveis da regulação¹³, estando a primeira contida na segunda, portanto. Como explica Antunes (2007), a regulamentação, ou seja, a criação de regulamentos, faria parte do processo maior de regulação, que envolve ainda a aplicação de regras, sua fiscalização e punição a infrações.

Seguindo esta linha, regulamento, por sua vez, também não deve ser confundido com lei, que a ele se sobrepõe. Apesar dessa subordinação, o regulamento, segundo Leal (1960, p. 99 citado por GUTERRES, 2005, p. 25) não constitui “mera reprodução da lei”, pois “é um texto mais minucioso, mais detalhado, que completa a lei, a fim garantir a sua exata e fiel execução”, não podendo a infringir.

Outra distinção que se faz importante é entre esses conceitos de regulamentação e regulação¹⁴ (quando há participação do Estado nessas atividades) e os de autorregulamentação e autorregulação (quando, ao contrário, trata-se de iniciativa de âmbito privado). Assim, se grupos privados, voluntariamente, são responsáveis “apenas” pelo estabelecimento das regras que orientam a sua própria conduta, o seu próprio comportamento, o termo mais adequado seria autorregulamentação; já se, além disso, esses grupos também têm a responsabilidade de gerir mecanismos de aplicação, respeito e sancionamento dessas regras, deveria falar-se em autorregulação (PALZER, 2002; PALZER; SCHEUER, 2003).

Nessa perspectiva, temos então o Conar como instância autorreguladora da publicidade no país, tornando-se responsável por fiscalizar o cumprimento das regras do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e por punir infrações que surgirem, podendo também alterar as regras deste Código, que é o instrumento de regulamentação da entidade.

A publicidade no Brasil estaria hoje sendo regulada, segundo Rodycz (1993 citado por SANTOS, 2003, [s. p.]), por um sistema misto, pois, ainda que haja uma autorregulamentação, de um lado, e ausência de regulação estatal, de outro, seu controle vem sendo realizado também em esferas judiciais (mesmo se tratando de casos raros¹⁵).

Para Zanoni (2007, [s. p.]), no entanto, o Conar “não é uma autarquia sob regime especial e sim [...] um órgão não-governamental sem poder normativo legítimo”, sendo seu estatuto, portanto, “meramente contratual, já que a legislação pátria não deixou qualquer margem para uma regulação privada da matéria”. Isso porque a Constituição Federal de 1988 dispõe que apenas a União pode legislar sobre a propaganda comercial e que compete à Lei Federal o estabelecimento de garantias legais para a defesa da sociedade contra propaganda nociva à saúde e ao meio ambiente¹⁶.

13 Assim como os indutores, os normalizadores e os restritores podem também ser mecanismos da regulação (SANTOS; MERHY, 2006).

14 Também denominados por outros autores como heterorregulamentação e heterorregulação para diferenciá-las da autorregula(menta)ção.

15 Em 2012, Gilberto Leifert, diretor de relações institucionais da Rede Globo e então Presidente do Conar (em seu sétimo mandato), quando perguntado sobre anunciantes que recorriam também à Justiça, afirmou: “São casos igualmente raros, geralmente quando o anunciante e sua agência buscam uma reparação indenizatória que o Conar, por ser fundado nos princípios da autorregulamentação, não pode arbitrar. As esferas de competência judicial e ética não se confundem e tanto o Conar respeita a Justiça como o Ministério Público e o Judiciário, incontáveis vezes, recorrem à autorregulamentação publicitária” (LEMOS, 2012, [s. p.]).

16 Artigo 22, inciso XXIX e Artigo 220 § 3º inciso II, respectivamente (BRASIL, 1988).

Mas, como então explicar que uma entidade privada de autorregulação como o Conar – que não possuiria “poder coativo”, por ser este reservado unicamente ao Estado – consiga impor sanções como a sustação da veiculação de publicidades julgadas enganosas ou abusivas? De onde viria essa sua legitimidade?

Primeiramente, a visão positivista de que só o Estado é detentor de poder coativo ou fonte única e última do Direito (KELSEN, [1934] 1998) vai de encontro à visão da sociologia jurídica (EHRlich, [1913] 1986; SOUTO; SOUTO, [1981] 2003), que entende o direito como fenômeno de ordem sociocultural mais ampla, considerando-o “uma estrutura que deve ser contemplada além das cancelas do legalismo e do Estado” (SANTOS, 2009, [s. p.]). Isto é, a força para fazer-se cumprir normas, regras, princípios estaria em toda sociedade, em suas mais diversas esferas, e não apenas restrita ao poder estatal.

Aliás, podemos fazer um paralelo entre essa perspectiva da sociologia jurídica e a teoria marxista quanto à questão do poder de Estado. Althusser ([1970] 1985, p. 66-69), em sua contribuição à teoria de Marx – que entendia o Estado como uma força “repressiva a serviço das classes dominantes” – acrescenta que, além dos Aparelhos (repressivos) do Estado (ARE), existem também, na estrutura social¹⁷, os Aparelhos Ideológicos de Estado (AIE). Os AIE (como a religião, escola, família, jurídico, política, sindicatos, meios de informação, cultura) não funcionariam, ao menos não predominantemente, através da violência (como os ARE, formados pelo “governo, administração, exército, polícia, tribunais, prisões etc.”), mas através da ideologia¹⁸. Sendo assim, o autor chega a afirmar que “

pouco importa se as instituições que os constituem [os AIE] sejam “públicas” ou “privadas”. O que importa é seu funcionamento. Instituições privadas podem perfeitamente “funcionar” como Aparelhos Ideológicos do Estado (ALTHUSSER, 1985, p. 69).

Também pensando sobre a questão do poder, Foucault (1998, p. XII-XIV)¹⁹ igualmente não vê o Estado como “foco absoluto que estaria na origem de todo tipo de poder”. Mas isso porque, para o autor, o poder “se expande por toda a sociedade, assumindo as formas mais regionais e concretas, investindo em instituições, tomando corpo em técnicas de dominação”. Não haveria, portanto, um poder único e centralizado no Estado, sustentado por seus aparelhos ideológicos e repressivos; tampouco o poder estaria limitado a uma classe social, pois, para Foucault, “não existe de um lado os que têm o poder e de outro aqueles que se encontram dele alijados”. As relações de poder não seriam uma questão de luta de classes,

17 Na “teoria marxista clássica”, toda formação social é resultado de um modo de produção dominante, ou seja, do modelo econômico que rege as relações de produção de suas forças produtivas (por exemplo, no capitalismo, a classe burguesa detém os meios de produção e a operária, a força de trabalho). A estrutura social seria formada então por uma base econômica (a infraestrutura) e pelos aparelhos de Estado (superestrutura). Contudo, Althusser não vê a infraestrutura determinando a superestrutura (como em Marx), mas a superestrutura, numa relação dialética, sustentando – (re)produzindo – o modelo dominante das relações de produção. A detenção do poder de Estado (e consequente utilização dos aparelhos que o constituem) é que seria o “objetivo da luta de classes”, sendo os AIE o lugar privilegiado dessa luta; um lugar, portanto, de contradições (ALTHUSSER, 1985).

18 Althusser já esboçava que umas das materializações da ideologia era o discurso, tese que foi melhor desenvolvida posteriormente com Pêcheux e Fuchs (2010).

19 Salientamos, novamente, que as citações se referem à introdução de Roberto Machado ao livro *Microfísica do Poder*, de Foucault (1998b, p. VII-XXIII).

mas uma luta que se dá como “resistência dentro da própria rede de poder” e que ocorre por toda a sociedade.

Dessa forma, consideramos que o entendimento sobre o poder do Estado nessas distintas perspectivas teóricas (a sociologia do direito de Ehrlich, o marxismo revisto por Althusser e microfísica do poder de Foucault), permite-nos pensar o Conar como uma instância de poder coativo, apesar de ser uma instituição privada, entendendo, assim, a sua legitimidade enquanto agente autorregulador da publicidade no Brasil.

E mesmo que tenhamos a visão de que só o Estado detém o poder de coação, ressaltamos que é o Aparelho (Repressivo-Ideológico) jurídico do Estado que permite a existência do Conar. Até porque, uma das formações ideológicas (FI) relacionadas à formação social (FS) capitalista é a do “*laissez faire*” (deixar fazer), em que o mercado, ele próprio, governa a economia, o mercado, ou seja, sem interferência do Estado (na vertente clássica liberal) ou com interferência de um Estado mínimo (na proposta neoliberal).

Então, compreendemos que, a partir do momento em que agências de publicidade, veículos de comunicação e anunciantes aderem “voluntariamente” ao Código do Conar, também estão se colocando sujeitos às suas sanções, independentemente da sua “competência legal” de fato.

No entanto, colocamos em suspeição o caráter “voluntário” dessa adesão a uma autorregulação, porquanto esta nos parece ser mais uma “saída”, uma alternativa a uma possível regulação estatal que uma volição própria de submissão a algumas regras éticas. Isso porque a autorregulação apresenta “benefícios” em termos de eficácia, flexibilidade e economia comparada à (hetero)regulação, tais como estes elencados por Dias e Becue (2012, p. 7368-7369):

Como os regulados desempenham o papel disciplinador, as normas são **elaboradas por pessoas capacitadas, que conhecem o objeto da regulação e a vivência do mercado**. A *expertise* tende a assegurar a **melhor qualidade** da regulação e, via de consequência, goza de **boa reputação e maior receptividade** ou aderência pelo público alvo. Este benefício diz respeito também à legitimidade da norma, pois, ao ser emanada de uma entidade privada especializada, seu conteúdo não se sujeita às mesmas críticas deferidas ao processo legislativo ou instruções de órgãos governamentais.

[...]

[Diferentemente] dos procedimentos de direito público empregados pela regulação estatal [...], **as normas da autorregulação podem ser revistas e incrementadas de acordo com a necessidade do mercado, sem os entraves burocráticos** do processo legislativo/administrativo, e seu conteúdo pode avançar para padrões mais rígidos de interferência, inclusive contemplando postulados éticos.

[...]

A autorregulação internaliza os custos com edição de regras e fiscalização de seu cumprimento, **reduzindo as despesas do ente estatal** e, na hipótese de coordenação entre as instâncias, **evita a duplicidade de normas**. Ademais, diante da facilidade de adesão do regulados às normas editadas por entidades privadas, os custos com sua supervisão serão menores em comparação com a crise de legitimidade das normas estatais. [grifos nossos]

Tais benefícios, portanto, facilitariam que uma regulamentação privada seja aderida pelas partes acordantes. Todavia, esses mesmos autores (DIAS; BECUE, 2012, p. 7369) destacam o corporativismo como uma das possíveis desvantagens da autorregulação:

a elaboração de regras pelos próprios regulados traz também riscos consistentes no conflito de interesse, ou seja, corporativismo tendente a reduzir o grau de excelência e rigidez dos comandos ou

de sua aplicação, bem como o conteúdo da regulação voltado à satisfação dos fins pretendidos pelos regulados e não ao bem-estar da coletividade.

No caso do Conar, esse corporativismo se manifestaria em normas e decisões cujos interesses são dos próprios associados (anunciantes, veículos e agências) e não dos consumidores. Não são raros, inclusive, movimentos sociais, a exemplo do “Infância livre do consumismo”, que cobram uma regulação estatal para o setor publicitário. Até mesmo autarquias ligadas ao governo federal, como a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), tem reivindicado uma maior regulação da propaganda comercial de alimentos e remédios.

Diante das crescentes críticas (vindas da sociedade civil, ONGs, entidades de defesa do consumidor, conselhos de classes profissionais, Ministério Público etc.) à falta de regulação e/ou regulamentação da publicidade²⁰, o Conar vem tentando não só rever suas normas (foi, por exemplo, acrescentado ao Código um anexo sobre “apelos de sustentabilidade”, em 2011) como também ficar mais visível para a sociedade, seja divulgando amplamente na mídia casos de anúncios sustados pela entidade²¹ ou veiculando anúncios institucionais, como os que serão analisados a seguir.

4 A publicidade do Conar: uma análise discursiva de seus anúncios institucionais

Pensando o discurso enquanto efeito de sentido entre interlocutores, em cujo processo funcionam “formações imaginárias” que designam, entre outros aspectos, a imagem que esses interlocutores fazem de si e do outro (PÊCHEUX ([1969] 2010, p. 81), nosso foco de investigação, neste trabalho, recai sobre a imagem que o Conar vem construindo de si, dos consumidores e dos publicitários em sua publicidade institucional.

Assim, analisamos, inicialmente, um anúncio veiculado em 2010 em jornais e revistas de grande circulação no país²²:

20 Conferir, por exemplo, no blog “Futuro do Presente”, post contendo críticas ao Conar (<http://futurodo presente.com.br/blog/index.php/2013/02/publicidade-infanti-conar-nao-e-lei/>). O crescimento dessas críticas tem sido creditado tanto à ideologia do “politicamente correto”, como afirma Raquel Paulino (<http://delas.ig.com.br/filhos/2013-03-06/antigamente-era-melhor.html>), como também ao retorno dos debates sobre o controle público da comunicação, trazidos novamente à tona por ocasião da realização do 3º Programa Nacional dos Direitos Humanos, na opinião de Alberto Dines (http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=6268).

21 Como exemplo recente de um dos muitos casos que foram bastante divulgados em jornais, revistas e sites (especializados ou não em publicidade), citamos o anúncio da Habib's, cuja decisão do Conar foi de sustação (<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2016/11/mcdonalds-consegue-no-conar-sustacao-de-comercial-do-habibs.html>).

22 Transcrição do texto de apoio: “Nós adorariamos dizer que somos perfeitos. Que somos infalíveis. Que não cometemos nem mesmo o menor deslize. E só não falamos isso por um pequeno detalhe: seria uma mentira. Aliás, em vez de usar a palavra “mentira”, como acabamos de fazer, poderíamos optar por um eufemismo. “Meia-verdade”, por exemplo, seria um termo muito menos agressivo. Mas nós não usamos esta palavra simplesmente porque não acreditamos que exista uma “meia-verdade”. Para o Conar, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, existem a verdade e a mentira. Existem a honestidade e a desonestidade. Absolutamente nada no meio. O Conar nasceu há 30 anos com a missão de zelar pela ética na publicidade. Não fazemos isso porque somos bonzinhos (gostariamos de dizer isso, mas, mais uma vez, seria mentira). Fazemos isso porque é a única forma da propaganda ter o máximo de credibilidade. E, cá entre nós, para que serviria a propaganda se o consumidor não acreditasse nela? Qualquer pessoa que se sinta enganada por uma peça publicitária pode fazer uma reclamação ao Conar. Ele analisa cuidadosamente todas as denúncias e, quando é o caso, aplica a punição. O processo de julgamento é rápido e desburocratizado. E, em caso de uma clara infração ao Código de Ética, o Conar pede a suspensão imediata da campanha até que seja realizado o julgamento. Anunciantes, agências de publicidade e veículos aceitam todas as resoluções do Conar – mesmo que elas acabem por tirar do ar uma campanha em que milhões já foram investidos. Aí

O Conar existe para coibir os exageros na propaganda. ~~E ele é 100% eficiente nesta missão.~~

Nós adoramos dizer que somos perfeitos. Que somos infalíveis. Que não cometemos nem mesmo o menor deslize. E só não falamos isso por um pequeno detalhe: seria mentira. Aliás, em vez de usar a palavra "mentira", como acabamos de fazer, poderíamos optar por um eufemismo. "Meia-verdade", por exemplo. Mas nós não usamos esta palavra simplesmente porque não acreditamos que exista uma "meia-verdade". Para o Conar, Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, existem a verdade e a mentira. Existem a honestidade e a desonestidade. Absolutamente nada no meio. O Conar nasceu há 30 anos com a missão de zelar pela ética na publicidade. Não fazemos isso porque somos bonzinhos (gostariamos de dizer isso, mas, mais uma vez, seria mentira). Fazemos isso porque é a única forma da propaganda ter o máximo de

credibilidade. E, cá entre nós, para que serviria a propaganda se o consumidor não acreditasse nela? Qualquer pessoa que se sinta enganada por uma peça publicitária pode fazer uma reclamação ao Conar. Ele analisa cuidadosamente todas as denúncias e, quando é o caso, aplica a punição. O processo de julgamento é rápido e desburocratizado. E, em caso de uma clara infração ao Código de Ética, o Conar pede a suspensão imediata da campanha até que seja realizado o julgamento. Anunciantes, agências de publicidade e veículos aceitam todas as resoluções do Conar – mesmo que elas acabem por tirar do ar uma campanha em que milhões já foram investidos. Ai você pergunta: "E não tem choro?" Ao que nós, honestamente, respondemos: "Mas é claro que tem." Pergunte a qualquer publicitário se ele já teve alguma campanha suspensa pelo Conar. São grandes as chances da resposta

ser positiva. Agora, pergunte o que ele achou desta punição. São imensas as chances da resposta incluir algumas palavras pouco elogiosas dirigidas à nossa séria e respeitável entidade. Mas o Conar não está preocupado com o seu nível de popularidade entre os publicitários (seria impossível fazer o nosso trabalho se estivéssemos nos importando com isso). Estamos muito mais interessados em cumprir a nossa missão, que é fazer com que a publicidade seja sempre honesta, responsável e respeitosa. E não meio-honesto, meio-responsável e meio-respeitoso. Isso não existe nem na propaganda, nem na vida.



CONAR
30 ANOS

Propaganda boa é
propaganda responsável.

CONAR. CONSELHO NACIONAL DE AUTORREGULAMENTAÇÃO PUBLICITÁRIA
www.conar.org.br

Figura 1 – Anúncio institucional do Conar (2010)

Fonte: www.conar.org.br

Notemos que, nesse anúncio, o Conar, colocando-se como uma instância que tem o dever (ou poder) de “zelar pela ética na publicidade”, para que esta “seja sempre honesta, responsável e respeitosa”, busca convencer os consumidores de que, apesar de suscetível a falhas nessa sua “missão”, a prática da autorregulação ainda se mostra como um bom dispositivo para impedir abusos na área.

Interessante também é perceber como o Conar, em contraponto da ideia de corporativismo que vimos a pouco, procura aí se mostrar do lado não dos publicitários, mas sim do consumidor, público-alvo desse anúncio, buscando legitimar o seu poder na sociedade através da aceitação e aprovação de seu trabalho pelos consumidores, o que, claro, ajuda a manter o seu *status quo* de fiscal – se não “100% eficiente”, ao menos suficiente – da propaganda brasileira.

A imagem do Conar que vemos produzida aí, portanto, é de uma instituição honesta, cuidadosa, séria, respeitável. Vejamos, agora, um outro anúncio, este veiculado em 2014, inclusive em outras mídias, como a televisão²³:

“você pergunta: “E não tem choro?” Ao que nós, honestamente, respondemos: “Mas é claro que tem.” Pergunte a qualquer publicitário se ele já teve alguma campanha suspensa pelo Conar. São grandes as chances de a resposta ser positiva. Agora, pergunte o que ele achou desta punição. São imensas as chances de a resposta incluir algumas palavras pouco elogiosas dirigidas à nossa séria e respeitável entidade. Mas o Conar não está preocupado com o seu nível de popularidade entre os publicitários (seria impossível fazer o nosso trabalho se estivéssemos nos importando com isso). Estamos muito mais interessados em cumprir a nossa missão, que é fazer com que a publicidade seja sempre honesta, responsável e respeitosa. E não meio-honesto, meio-responsável e meio-respeitoso. Isso não existe nem na propaganda, nem na vida.”

23 Transcrição do texto: Comercial Cerveja Nacional. Yuri Reis Valente - Por que o arroz e o feijão estão separados? O comercial é a favor da segregação? CarlaWillames17 – A couve é o único alimento feminino no prato. Isso é machismo. Lívia Bertani – E o paio, hein...

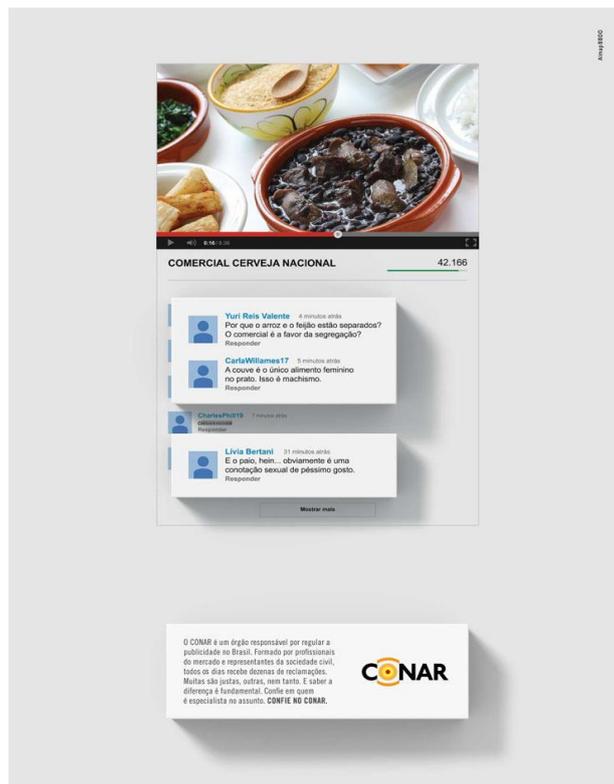


Figura 2 – Anúncio institucional do Conar (2014)

Fonte: www.conar.org.br

Nesse anúncio, o Conar simula a fala de consumidores, em uma mídia social, que se manifestam sobre um anúncio de cerveja contendo imagens de uma feijoada. Em tais manifestações, há críticas sobre discriminação racial, machismo, apelo sexual.

Vemos aí construída a imagem de um consumidor excessivamente “reclamão”, “politicamente correto”, crítico, que faz denúncias injustas, descabidas, absurdas, desqualificadas, que interpreta equivocadamente o anúncio e que não entende de propaganda (ao contrário do Conar, “especialista no assunto”).

Vale destacar que o Conar, por essa campanha, chegou a receber 106 denúncias de consumidores, que se sentiram ofendidos. O caso foi a julgamento na instituição e arquivado por unanimidade, ou seja, os anúncios continuaram a serem veiculados, sem sanções.

Para finalizar, observemos um último anúncio veiculado em 2016²⁴, também parte de uma campanha maior (em diversas mídias, incluindo a televisão), elaborada logo após várias denúncias contra anúncios do

obviamente é uma conotação sexual de péssimo gosto. O Conar é um órgão responsável por regular a publicidade no Brasil. Formado por profissionais do mercado e representantes da sociedade civil, todos os dias recebe dezenas de reclamações. Muitas são justas, outras, nem tanto. E saber a diferença é fundamental. Confie em quem é especialista no assunto. CONFIE NO CONAR.

24 Transcrição do texto de apoio: Quem cria, às vezes, não vê o que há de errado. Na propaganda também é assim. Acontece nas melhores famílias. E nas agências e anunciantes também. Um campanha pode passar pelos olhos de muita gente sem que ninguém veja problema algum. O que é até natural, já que todos na propaganda amam o que fazem. E todos sabem que o amor, quando não é cego, é míope. O CONAR tem uma missão complexa, mas indispensável: ser os olhos, os ouvidos e a voz da razão em uma indústria cheia de gente apaixonada. Por ideias, marcas, campanhas. É o CONAR que escuta o consumidor e recomenda alterações ou até a suspensão de uma campanha. E por mais que isso possa parecer exagero, trata-se justamente do contrário. Trata-se de zelar pela liberdade do

banco Itaú, que utilizavam o termo “digitau” para seus serviços disponíveis na internet (grafado diferentemente de digital, como consta na norma culta da língua portuguesa):

“É A QUINTA VEZ QUE O MEU FILHO VAI PRA DIRETORIA. ISSO PRA MIM É PERSECUÇÃO.”

QUEM CRIA, AS VEZES, NÃO VE O QUE HA DE ERRADO. NA PROPAGANDA TAMBEM É ASSIM.

Acontece nas melhores famílias. E nas agências e anunciantes também.

Uma campanha pode passar pelos olhos de muita gente sem que ninguém veja problema algum. O que é até natural, já que todos na propaganda amam o que fazem. E todos sabem que o amor, quando não é cego, é miope.

O CONAR tem uma missão complexa, mas indispensável: ser os olhos, os ouvidos e a voz da razão em uma indústria cheia de gente apaixonada. Por ideias, marcas, campanhas. É o CONAR que escuta o consumidor e recomenda alterações ou até a suspensão de uma campanha. E por mais que isso possa parecer exagero, trata-se justamente do contrário.

Trata-se de zelar pela liberdade do mercado e da sociedade. Quando o CONAR age, mostra que a propaganda não precisa da tutela, interferência e até ineficiência do Estado. Mostra que a indústria pode ser ética e transparente sendo também independente.

Se você é consumidor, procure conhecer e acompanhar o trabalho do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Mais importante que a nossa atuação é a sua participação.

Se você está do lado de cá do balcão e ama o que faz, confie no CONAR, por mais que você discorde de que a gente tenha razão.

2.827
Total de processos instaurados pelo CONAR entre 1/1/2007 e 31/12/2014

344
Processos abertos envolvendo publicidade infantil

230
Processos que terminaram com penalização para o anunciante e sua agência

CONAR³⁵
35 ANOS DE ÉTICA NA PRÁTICA

Figura 3 – Anúncio institucional do Conar (2016)

Fonte: www.conar.org.br

Nesse anúncio, que tem tanto publicitários quanto consumidores como público-alvo, o Conar procura justificar, para os primeiros, decisões contra alguns anúncios (em prol de uma não regulação estatal do setor), e, para os segundos, a veiculação de publicidade que possam vir a serem consideradas abusivas, enganosas, constrangedoras, desrespeitosas.

Percebe-se, então, a construção da imagem do publicitário como um profissional apaixonado pelo que faz, mas passível de erros (que são cometidos por esse amor, não por “maldade”). É o publicitário, portanto, um ser ingênuo, humano, ainda que também orgulhoso (pois, muitas vezes, tem dificuldades de aceitar que errou). Assim, o consumidor também deve ser mais benevolente, compreensível.

E, mais uma vez, o Conar se coloca como aquela instituição em que se deve confiar a decisão de se alterar/suspender ou não uma publicidade.

mercado e da sociedade. Quando o CONAR age, mostra que a propaganda não precisa da tutela, interferência e até ineficiência do Estado. Mostra que a indústria pode ser ética e transparente sendo também independente. Se você é consumidor, procure conhecer e acompanhar o trabalho do Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária. Mais importante que a nossa atuação e a sua participação. Se você está do lado de cá do balcão e ama o que faz, confie no CONAR, por mais que você discorde de que a gente tenha razão.

5 Considerações finais

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar) - ONG responsável por regulamentar a publicidade no Brasil - apesar de, segundo Zanon (2007), não possuir “poder normativo legítimo”, tem suas regras e sanções, de maneira geral, aceitas e cumpridas por seus associados (mídia, agências e anunciantes).

Temos então que o Estado, no caso da regulamentação publicitária, não é o detentor exclusivo de poder coativo ou fonte única e última do Direito (KELSEN, 1934), o que corrobora a visão da sociologia jurídica (EHRlich, 1913; SOUTO; SOUTO, 1981, 2003), que entende o direito como fenômeno de ordem sociocultural mais ampla, considerando-o “uma estrutura que deve ser contemplada além das cancelas do legalismo e do Estado” (SANTOS, 2009).

Por outro lado, a autorregulamentação, ou autorregulação (de uma forma mais ampla), de acordo com Dias e Becue (2012), leva a um corporativismo que, no caso do Conar, seria manifestado em normas e decisões cujos interesses são dos próprios associados e não dos consumidores.

Com isso, diante das crescentes críticas da sociedade à falta de (ou precária) regulação e/ou regulamentação da publicidade, o Conar vem tentando garantir sua legitimidade social não só revendo suas normas, como também divulgando casos de publicidades sustadas e veiculando propaganda de si próprio.

Nesses anúncios institucionais, vimos que o Conar se coloca como uma entidade competente para essa função da autorregulação publicitária. Já a imagem dos consumidores é a de que, por não entenderem do assunto, muitas vezes fazem críticas desqualificadas aos anúncios e a dos publicitários é a de um profissional que, por ser apaixonado demais por seu ofício, comete erros sem perceber.

Nesse jogo de dirimir ou atenuar conflitos de interesses (entre anunciantes, veículos midiáticos, publicitários, sociedade, estado), a instituição completou 36 anos de existência. Apesar de críticas da sociedade quanto a sua atuação, frequentemente, o Conar é apontado, por estudiosos da área, como um dos modelos mais eficientes de autorregulação existentes não só no Brasil, como no mundo (CARISTINA, 2006; SANTOS, 2011).

Referências

- ALTHUSSER, Louis [1970]. **Aparelhos ideológicos de Estado**: nota sobre os aparelhos ideológicos de Estado / introdução crítica de Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.
- ANTUNES, Luciana Rolim. **Poder de polícia da Agência Nacional de Telecomunicações**. Monografia (Graduação em Direito), Unifor, Fortaleza, 2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 mar. 2013.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor** (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990). 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm. Acesso em: 21 fev. 2013.
- CARISTINA, Jean Eduardo Aguiar. Os modelos na auto-regulação econômica. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 5, 2006, p. 113-131. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/prismaj_v5_3f21.pdf. Acesso em: 08 mar. 2013.

DELLAZZANA, Angela Lovato. Publicidade e democracia: regulamentação *versus* censura. In: 7º ENCONTRO NACIONAL DA ALCAR, 2009, Fortaleza. **Anais...** Porto Alegre: UFRGS, 2009.

DIAS, Leonardo Adriano Ribeiro; BECUE, Sabrina Maria Fadel. Regulação e Autorregulação do Mercado de Valores Mobiliários Brasileiro: Limites da Autorregulação. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 12, 2012, p. 7357-7389. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_12_7357_7388.pdf. Acesso em: 12 fev. 2013.

EHRlich, Eugen [1913]. **Fundamentos da sociologia do direito**. Brasília: Editora da UnB, 1986.

FOUCAULT, Michel [1979]. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

GUTERREZ, Monica Skrabe. **Agências reguladoras e o limite regulatório da Anatel sobre o sistema Voip de telefonia**. Monografia (Graduação em Direito), UFSC, Florianópolis, 2005.

KELSEN, Hans [1934]. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMOS, Alexandre Zaghi. Conar: processos são julgados em 90 dias. **Meio e Mensagem**, 23 fev. 2012. Seção Comunicação. Disponível em: <http://www.meioemensagem.com.br/home/comunicacao/noticias/2012/02/23/Conar-processos-sao-julgados-em-media-em-90-dias.html#.UTqJ0iCsjTo>. Acesso em: 03 mar. 2013.

ORLANDI, Eni Puccinelli [1990]. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. Campinas: Pontes, 1999.

PALZER, Carmen. Co-Regulation of the Media in Europe: European Provisions for the Establishment of Co-regulation Frameworks. **Iris (Plus)**, Estrasburgo, vol. 6, 2003, p. 2-8.

PALZER, Carmen; SCHEUER, Alexander. Self-regulation, regulation, co-regulation, public regulation. In: VON FEILITZEN, C.; CARLSSON, U. (Eds.). **Promote or protect? Perspectives on media literacy and media regulations (Yearbook 2003)**. Gotemburgo: Nordicom, 2003, p. 165-177.

PÊCHEUX, Michel [1969]. Análise automática do discurso. In: GADET, F.; HAK, T. (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso**. Campinas: Ed. Unicamp, 2010, p. 59-158.

PÊCHEUX, Michel; FUCHS, Catherine [1975]. A propósito da análise automática do discurso: atualizações e perspectivas. In: GADET, F.; HAK, T. (Orgs.). **Por uma análise automática do discurso**. Campinas: Ed. Unicamp, 2010, p. 159-249.

PIRES, Carolina Leal. **Fronteiras do (não-)plágio publicitário: um estudo discursivo de casos julgados no/pelo Conar**. 2015. 246f. Tese (Doutorado em Letras)-Programa de Pós-Graduação em Letras, UFPE, Recife, 2015.

ROCHAEL, Carlos Henrique Reis. As agências de regulação brasileiras. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 697, jun. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/6822>. Acesso em: 27 fev. 2013.

SANTOS, Davi Severino dos. A regulação jurídica da publicidade na sociedade de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 64, abr. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4004>. Acesso em: 01 mar. 2013.

SANTOS, Felipe Augusto Rocha. Pluralismo jurídico, Direito alternativo e Direito achado na rua. O Direito em face de seus determinantes sociais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2279, set. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/13583>. Acesso em: 03 mar. 2013.

SANTOS, Rafael Felipe. **A eficiência do Conar na regulamentação da publicidade de bebidas alcoólicas no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://www.rafaelfelipesantos.com.br/a-eficiencia-do-conar-na-regulamentacao-da-publicidade-de-bebidas-alcoolicas-no-brasil/>. Acesso em: 08 mar. 2013.

SANTOS, Fausto Pereira dos; MERHY, Emerson Elias. A regulação pública da saúde no Estado brasileiro – uma revisão. **Interface (Comunicação, Saúde, Educação)**, Botucatu, vol. 10, n. 19, jan./jun. 2006, p. 25-41. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/icse/v10n19/a03v1019.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2013.

SOARES, Gláucio Ary Dillon. A censura durante o regime autoritário. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 4, n. 10, p. 21-43, jun. 1989. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_10/rbcs10_02.htm. Acesso em: 04 fev. 2013.

SOUTO, Cláudio; SOUTO, Solange [1991]. **Sociologia do direito: uma visão substantiva**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ZANONI, Fernando Henrique. Da incompetência do CONAR para proferir decisões de caráter coativo: uma visão crítica da auto-regulação publicitária. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1531, 10 set. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10366>. Acesso em: 28 fev. 2013.



A PRÁTICA SOCIAL DA COMISSÃO PASTORAL DA TERRA PARA UMA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

Luiz Augusto Silva Ventura do Nascimento¹

RESUMO: O trabalho em condição análoga à de escravo é um problema social, de proporções globais, caracterizado nacionalmente como ilícito criminal pela violação dos direitos humanos dos trabalhadores que alcança, anualmente, entre 25 mil e 30 mil trabalhadores no Brasil e 21 milhões mundialmente. O objetivo deste estudo é analisar a prática social dos membros da Comissão Pastora da Terra com a pretensão de mudar a realidade conflituosa e de violação dos direitos dos trabalhadores rurais, fazendo que o governo federal reconhecesse o problema e, juntamente com ele, participar da formulação de políticas públicas. O trabalho tem como fundamento teórico a teorias da agência, da estruturação, proposta por Anthony Giddens. O procedimento metodológico adotado foi a análise de documentos, em especial a análise argumentativa.

Palavras-chave: Comissão Pastora da Terra. Trabalho rural em condição análoga à de escravo. Direitos. Prática social. Mudança social.

ABSTRACT: Labor in conditions analogous to slavery is a social problem of global proportions characterized nationally as a criminal offense for violating the human rights of employees that annually affects between 25 thousand and 30 thousand workers in Brazil and 21 million worldwide. The objective of this study is to investigate the social practice of Pastoral Land Commission members claiming to change the conflicting reality and violation of the rights of rural workers. Through their actions, members pushed the federal government not only to recognize the social problem but also to ask them to become part of the policy-making processes. The theoretical frame of reference of this study was based on agency theory – structuration theory – proposed by Anthony Giddens. The methodological procedure applied was document analysis, in particular argumentation analysis.

Keywords: Pastoral Land Commission. Rural labor in conditions analogous to slavery. Rights. Social practice. Social change.

1 Introdução

De acordo com o Relatório sobre as Estimativas Econômicas Globais do Trabalho Forçado da *International Labour Office* (ILO), Organização Internacional do Trabalho (OIT), lançado em 20 de maio de 2014, cerca de 21 milhões de trabalhadores, ao redor do mundo, são constrangidos às mais diversas

¹ Advogado, cientista social, mestrando do Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da UEL e pesquisador da questão do Estado e dos direitos humanos, em especial sobre o problema social do trabalho rural em condição análoga à de escravo no Brasil. E-mail: lsventura1@hotmail.com.

situações de violação dos direitos humanos, as quais podem ser trabalho em condição análoga à de escravo: trabalho forçado, tráfico de pessoas, servidão por dívida, em diversos setores.² Este sistema de exploração possibilita o lucro aproximado de US\$ 150 bilhões por ano (ILO, 2014, p. 45). No intuito de combater as práticas exploratórias e ilícitas de múltiplos segmentos agrícolas, entidades nacionais e internacionais, realizam-se ações universais para que o problema social do trabalho em condição análoga à de escravo, caracterizado pela violação dos direitos humanos dos trabalhadores, seja combatido pelos governos locais de diversas nações com políticas públicas específicas de combate à escravização laboral.

No Brasil, pode-se dizer que, desde a década de 1960, representantes da sociedade civil³ têm-se organizado para pôr fim às práticas escravagistas no meio rural. Essa luta apresentou algum resultado na década de 1980, sobretudo por abrir canais para representantes de alguns setores da sociedade civil organizada poderem participar nos espaços públicos. Então, esses representantes, entre eles a Comissão Pastoral da Terra (CPT), encontraram meios para apresentar demandas ao Estado a partir da Carta Constitucional de 1988.

Conseqüentemente, a estrutura administrativa estatal deixa de ser instituição exclusiva a serviço da formação de políticas públicas. Surgem, então, agências,⁴ ações humanas dotadas de certa capacidade reflexiva, que não só intervêm, no processo de montagem da agenda política e formulação de políticas públicas, prática social, como também podem até mesmo, em determinados casos, tomar decisões políticas em conjunto com o Estado.

O registro da primeira denúncia pública feita da existência de trabalhadores submetidos à condição análoga à de escravo foi a do bispo emérito, da Prelazia de São Félix do Araguaia no estado do Mato Grosso, um dos fundadores da CPT, dom Pedro Casaldáliga (1928-), em 10 de outubro de 1971 por meio da carta pastoral, *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*, também chamada por ele de "O Grito da Igreja da Amazônia".

Com práticas políticas semelhantes, levadas a cabo por representantes da sociedade civil, entre os quais, a própria CPT, levantaram-se discussões, debates e reflexões a respeito do trabalho em condição análoga à de escravo com a finalidade de alertar e pressionar o governo federal a tomar decisões a respeito do problema e determinar procedimentos e ações de enfrentamento da questão, objetivando mudança social da realidade vivenciada pelos escravizados.

Em decorrência desse pressionamento, pode-se citar, como marco inicial de desempenho do Estado brasileiro na coordenação, implementação e repressão à exploração do trabalho equiparado ao de escravo, a

² Exploração sexual, agricultura, construção civil, mineração e trabalho doméstico entre outros.

³ Na década de 1960 havia forte atuação das Comunidades Eclesiais de Base da Igreja Católica.

⁴ “[...] especificidade da *agency* humana, isto é, no reconhecimento de que os seres humanos são dotados de inteligibilidade sobre os contextos da acção e competentes, ainda que de forma limitada e desigual, para alterar esses contextos” (PIRES, 1988, p. 232).

instituição do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), com as Portarias nºs 549 e 550, ambas de 14 de junho de 1995 a que seguiu o Decreto nº 1.538, de 27 de junho de 1995, com o qual se criou o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado⁵ (GERTRAF), que passou a ter um comando centralizado e sigiloso na apuração de denúncias com padronização de procedimentos (BRASIL, 2008).

Contudo, o reconhecimento público, por parte do governo federal, de que existiam trabalhadores explorados em condições violadoras da dignidade da pessoa humana⁶ em relações de trabalho, ocorreu no prefácio do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), com o Decreto n.º 1.904, de 13 de maio de 1996, lançado no primeiro mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), o qual referindo-se à atuação do GERTRAF determinou ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) que combatesse sem trégua o trabalho forçado (BRASIL, 1996).

Em termos reais, foi em 11 de março de 2003 que o governo de Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010) apresentou o primeiro Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (PNETE) com 76 medidas⁷ de combate às práticas ilícitas de sujeição do trabalhador à condição análoga à de escravo, elaborado por uma comissão especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH),⁸ criada por Fernando Henrique Cardoso em janeiro de 2002 (BRASIL, 2003). Posteriormente, depois de reflexões com representantes da sociedade civil, em 10 de setembro de 2008, o governo federal lançou o segundo PNETE, com 66 metas (BRASIL, 2008).

Posto dessa maneira, sem qualquer pretensão de avaliar as políticas públicas já empreendidas nos planos e sua eficácia, neste artigo, em particular, o objeto central da investigação sociológica proposta são as atitudes, as ações, as reações, os procedimentos e as práticas sociais desenvolvidas pelos agentes sociais da CPT, considerada, aqui, como uma agência de mudança – no cenário sociopolítico, para incitar o governo federal a formular políticas públicas direcionadas à prevenção, ao combate e à erradicação do trabalho análogo ao de escravo na zona rural⁹ brasileira, desde a ideia de sua fundação 1971 (CASALDÁLIGA, 1971).

A pesquisa social será feita analisando-se os argumentos e os conteúdos utilizados pelos agentes que compõem a CPT, trabalhadores e agentes de pastoral, em suas práticas sociais. Parte-se do entendimento de que não existe um padrão comum único na sociedade que determine como esses agentes deverão agir. Não

⁵ Nomenclatura bastante utilizada na época (VANNUCHI, 2011, p. 17).

⁶ Corpo de direitos decorrente da própria condição humana compartilhado em igual proporção por todos que garantem a existência humana (SARLET, 2002).

⁷ Por erro de numeração, o número 34 aparece em duas metas. Assim, o plano possui 76 e não 75 metas.

⁸ Com a Lei n.º 12.986, de 2 de junho de 2014, fica fixado em lei que representantes da sociedade civil compõem o CDDPH, sendo um da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); nove de organizações da sociedade civil de abrangência nacional e com relevantes atividades relacionadas à defesa dos direitos humanos; e um do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União.

⁹ Todo trabalho não-urbano, incluindo-se o cultivo e o extrativismo, produção agrícola ou lavoura, pecuária, corte de cana-de-açúcar, produção de carvão vegetal, derrubada de matas para pastagem, reflorestamento, corte de madeira, cadeia produtiva de minério de ferro e o doméstico rural entre outros labores que se valem basicamente da força física do trabalhador rural sem necessidade de profissionalização.

há coerção fixada ou pré-condicionada pela estrutura social. O agente humano é um sujeito “cognoscitivo”; assim, sua vida não está governada estritamente por correntes impositivas fora de seu alcance; ele é capaz de refletir, encontrar meios nas regras sociais para atingir seu objetivo com a devida prática (GIDDENS, 2003).

Além do mais, verifica-se que os agentes sociais guiam suas ações por fatos concretos, utilizando formas simbólicas e discursivas, estratégias argumentativas, enfim, práticas sociais aplicadas para influenciar e participar na decisão política do Estado, para tornar, efetivos os direitos e as garantias legais dos trabalhadores rurais.

A fonte de pesquisa é documental. Ao longo da pesquisa, são analisados documentos do acervo da CPT Nacional (CDDTB/CPT) – como, por exemplo, a carta pastoral *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social* (1971 – CASALDÁLIGA) e CPT: *Pastoral e Compromisso* (1983 – CPT). Como somente os documentos produzidos pela CPT não dão conta, isoladamente, da compreensão de um objeto de investigação tão complexo como é o proposto neste estudo, se recorrerá a outros documentos, tais como: *Relatório da Anti-Slavery International* (1992 – ASI/SUTTON), *II Conferência Interparticipativa sobre Trabalho Escravo e super-exploração em fazendas e carvoarias: Trabalho escravo é crime, desenvolvimento sustentável é vida* (2006 – CDVDH/CB), entre outros, devidamente referenciados, que se mostrarem pertinentes em alguma discussão pontual durante a pesquisa.

Trata-se de pesquisa com delineamento qualitativo, na qual os documentos serão analisados, em profundidade, dentro da perspectiva hermenêutica (THOMPSON, 1999, p. 361-362). Os discursos, os argumentos e as narrativas serão tomados como resultados de práticas sociais de sujeitos dotados de reflexividade no exercício de sua atividade (GIDDENS, 2003).

Para a sistematização dos argumentos utilizados pelos membros da CPT, com a finalidade de convencer a opinião pública e mobilizar o debate político acerca do problema social de exploração do trabalho análogo ao de escravo no Brasil, foi utilizada a recorrência dos argumentos¹⁰ que, aparecendo em todos os documentos ou em sua grande maioria, são representações centrais disseminadas e capazes de convencer.¹¹

Então, observando-se o conteúdo,¹² seja pela procura do sentido e da compreensão, os argumentos empregados pelos agentes da CPT podem ser sistematizados, em especial para a presente análise, em: a) relatos das condições desumanas caracterizadoras do trabalho análogo ao de escravo a que submetem os trabalhadores rurais para a sua sobrevivência; b) descrição de como os projetos de modernização da

¹⁰ Embora a análise argumentativa parta do pressuposto de que há uma autonomia semântica e sintática do texto, este estudo não toma os argumentos como autônomos porque eles são constructo social, noutras palavras, eles estão inscritos em contextos históricos e condições sociopolíticas que os tornam possíveis dizer algo. Então, o texto pode ser entendido somente se considerado o âmbito sócio-histórico.

¹¹ Os documentos analisados têm possibilidade argumentativa, por terem a intenção e a capacidade de convencer seus leitores das condições desumanas impostas a trabalhadores rurais socioeconomicamente vulneráveis.

¹² Análise de conteúdo: “A técnica de pesquisa para a descrição objetiva, sistemática e quantitativa do conteúdo manifesto da comunicação” (BERELSON apud BAUER, 2007, p. 192).

Amazônia levam ao empobrecimento, desqualificação, expropriação e perda de direitos dos trabalhadores rurais; e c) informações sobre a inércia do Poder Judiciário ou sobre a inaplicabilidade da legislação vigente às violações – necessidade de ações judiciais repressivas.

2 Teoria da agência e prática social da CPT

Sem menosprezar outras perspectivas teóricas interessantes para a reflexão sobre o objeto sociológico proposto, e considerando que o objetivo é verificar a ocorrência de mudança na sociedade, a partir das práticas sociais estratégicas e argumentativas – construções significativas¹³ – empreendidas pelos atores sociais, agentes da CPT, para influenciar e participar na política pública de combate ao trabalho análogo ao de escravo, esta pesquisa documental se inscreve na teoria da agência com embasamento na corrente de Anthony Giddens, teoria da estruturação.

Esse marco teórico referencial dispõe de elementos pertinentes para subsidiar a investigação, já que possibilita refletir sobre as práticas e, ao mesmo tempo, sobre a produção e reprodução dos sistemas sociais por meio de permanentes e mútuas interações entre ação e estrutura com envolvimento simultâneo da linguagem como modo de comunicação e significado, de avaliação e de julgamento, do exercício do poder e da mudança social no tempo e no espaço; logo, a teoria da estruturação elucida analiticamente processos concretos da vida social (GIDDENS, 2003) e, grosso modo, ela percebe a realidade social como algo incerto e em constante mudança, o que se dá em virtude de ações e interações humanas como ocorre com as ações dos agentes da CPT para alterar a realidade concreta dos trabalhadores rurais (SZTOMPKA, 1998, p. 335).

O conceito dinâmico de estruturação como “descrição da conduta coletiva humana” nada mais é do que a superação da concepção estática de estrutura determinante (SZTOMPKA, 1998, p. 335) e da valorização da experiência do ator social (GIDDENS, 2003, p. 2). Na verdade, esta teoria busca verificar se é a sociedade que prevalece ao indivíduo ou se é o indivíduo quem prevalece ao meio social. A definição conceitual de estruturação propõe harmonia da dicotomia básica das ciências sociais (indivíduo e sociedade, individualismo e objetivismo, microperspectivas e macroperspectivas) com o entendimento processual de duas vias de mão dupla. Os indivíduos influenciam a sociedade por suas ações ao mesmo tempo que são influenciados pela sociedade, as práticas sociais são estruturantes e estruturadas.¹⁴

Então, a teoria da estruturação ajuda a compreender as práticas sociais ordenadas no tempo e no espaço com a assimilação de que, como alguns elementos são autorreprodutores na natureza, também o são as práticas sociais. Os agentes têm sua origem em contextos cujas estruturas já existem; porém, por meio de

¹³ “Formas simbólicas são construções significativas que exigem uma interpretação; elas são ações, falas, textos que, *por serem* construções significativas, podem ser compreendidas [por meio de interpretação]” (THOMPSON, 1999, p. 357, grifo do autor).

¹⁴ A estruturação da sociedade é construída, ao longo do tempo e do espaço, processualmente. “A nossa vida passa como transformação’ [...] e seu conteúdo central é a produção e reprodução constante da sociedade” (GIDDENS apud SZTOMPKA, 1998, p. 335-336).

suas ações, no processo de produção e reprodução das práticas sociais, eles modificam as estruturas sociais, permanentemente, assim como a estrutura os modifica. A sociedade subsiste, historicamente, por causa da reprodução de atividades cotidianas dos atores sociais habilitados ou coagidos pela estrutura que forma a sociedade (GIDDENS, 2003, p. 2).

Logo, as ações e reações sociais não-criadas pelos atores sociais são, na verdade, permanentemente recriadas pelos meios pelos quais eles se expressam – prática social – identificadas, por isso, como recursivas e hábeis a promover mudanças na sociedade (GIDDENS, 2003, p. 3). Conseqüentemente, ação e estrutura não são coisas distintas e contrapostas.

É fato que os agentes são dotados de certa reflexividade em suas práticas sociais. Nesta investigação, tais práticas são as ações sociopolíticas captáveis pelas capacidades discursivas e argumentativas dos membros da CPT na luta para a erradicação do trabalho análogo ao de escravo no Brasil.

Contribui para o entendimento da prática social dos agentes da CPT, o conceito de *reflexividade transformadora* (PAIS, 2007) cuja orientação explicativa é a mudança a ser alcançada no futuro como resultado da prática social de agentes transformadores em situações de conflitos, como as vivenciadas pelos membros da CPT e pelos trabalhadores rurais em condição análoga à de escravo, em cenários de perseguição, ameaça, restrição à liberdade e sujeição às condições degradantes de trabalho. Nessas adversidades, os agentes procedem, reflexivamente, agindo para transformar as circunstâncias em que estão inseridos. No caso das violações dos direitos humanos, eles denunciam, resistem, negociam, ou buscam estratégias disponíveis para realizar a mudança pretendida.

Portanto, a mudança social não está prefixada pela estrutura social com regras inalteráveis, mas é construída pela reflexividade dos indivíduos que passam a conhecer melhor os recursos disponíveis para modificar a realidade vivida (PAIS, 2007).

E, devido à capacidade que têm de racionalização, os atores sociais, para Giddens, estabelecem o desenvolvimento de rotinas práticas que os tornam capazes de conduzir, com eficácia, a vida social. Dessa maneira, eles são, em suas ações, motivados por uma determinada causa, por desejos que os impulsionam a agir.

3 Relatos de violações dos direitos humanos nas relações de trabalho rural

A CPT, logo após sua fundação em 1975, assumiu uma postura denunciante ativa fundamentada e orientada teologicamente e sob atuação de “uma crítica séria e permanente das injustiças que pesam secularmente sobre a vida do povo” (CPT, 1983, p. 72).

Os relatos das condições impostas aos trabalhadores rurais é o meio de maior incidência na atuação da CPT e existente desde sua origem. É o modo encontrado para informar as autoridades legais, servir de apoio às operações de fiscalização, a partir de 1995, e, sobretudo, noticiar à imprensa ou a outras entidades

nacionais e internacionais a existência de ilegalidades, como a existência de trabalhadores em condição análoga à de escravo, sofrimento, perseguição, ameaça e restrição à liberdade (CPT, 1983, p. 41).

A própria sociedade civil, por meio de seus representantes, reconhece a atuação política da CPT, conforme já declarou a relatora especial da ONU de 2010 sobre “as formas contemporâneas de escravidão” no Brasil:

Uma das mais experientes e dominantes ONGs no combate contra o trabalho escravo no Brasil é a Comissão Pastoral da Terra (CPT). A CPT criou campanhas de conscientização que incluem a organização de eventos culturais e panfletos para prevenir comunidades vulneráveis de serem recrutadas para o trabalho escravo. Uma vez resgatadas às vítimas, a CPT lhes fornece acesso às necessidades básicas como alimentação e abrigo. A CPT também ajuda vítimas de trabalho escravo apresentar denúncias junto à Polícia Federal (SHAHINIAN, 2010, p. 13).

De acordo com dados de 2007 da própria CPT, havia a estimativa de que dois terços das denúncias e relatos de trabalhos em condição análoga à de escravo eram oriundos da sociedade civil, essencialmente por equipes associadas à CPT e suas campanhas cujo objetivo consiste em acolher e amparar as vítimas da escravidão contemporânea, bem como prestar-lhes assistência. O procedimento padrão utilizado é o preenchimento do formulário de denúncia com o maior número de informações possível para ser instrumento orientador da operação dos órgãos responsáveis pela fiscalização das denúncias,¹⁵ MTE e MPT – “a credibilidade de todo o edifício do combate ao trabalho escravo começa aí, na efetividade da investigação de todas as denúncias” (PLASSAT, 2007, p. 24):

Escravos que conseguem fugir das fazendas – muitas vezes andando dias até chegar em alguma cidade – ou que são liberados após o fim do serviço denunciam os maus-tratos. A Comissão Pastoral da Terra (CPT), a Polícia Federal, Sindicatos, Cooperativas de Trabalhadores, entre outros, recebem as denúncias e as encaminham ao Ministério do Trabalho e Emprego, em Brasília, e às Delegacias Regionais do Trabalho (OIT; SAKAMOTO, 2006, p. 37).

No impresso de denúncia da CPT constará o nome do empregador; local da prestação dos serviços laborais; o número estimado de trabalhadores; as reais condições em que se encontram esses trabalhadores; as atividades exercidas; e como aconteceu a contratação. Como meio de garantir a segurança do denunciante, a identidade do trabalhador é mantida em sigilo. Para a CPT, esse trabalho de base é poderoso e fundamental para a inserção do trabalhador no processo de transformação, uma atuação difícil que requer a articulação ágil de outras entidades que possam apoiar os fugitivos ou resgatados para lhes oferecer opções diferentes do retorno à escravidão (PLASSAT, 2007, p. 26).

Além do mais, há registros de que a primeira denúncia nacional com reflexos, também, na imprensa internacional foi de autoria da CPT, em 1984, sobre as violações ocorridas na fazenda do Vale do Rio

¹⁵ Grupo de fiscalização móvel, composto por auditores do MTE e procuradores do MPT, criado em 1995. Mesmo não sendo objeto deste artigo, há o entendimento de que é relevante o argumento que expressa a importância do grupo de fiscalização móvel, por representar, hoje, o mecanismo (ação) mais eficiente de combate ao trabalho análogo ao de escravo no Brasil.

Cristalino, no sul do estado do Pará, de propriedade da Volkswagen¹⁶. Os peões fugiram a pé até São Félix do Araguaia, estado do Mato Grosso, onde atua a CPT. Na época, houve mobilização. Como terminou frustrada a tentativa de caracterizar a situação de flagrante dos infratores, decidiu-se por denunciar o caso na imprensa nacional e internacional. Os indícios eram de que 600 trabalhadores viviam em condição análoga à de escravo. Depois, em publicação na Alemanha foi veiculado que havia 800 trabalhadores escravizados. Vale dizer que muitas vezes é difícil apurar o número exato dos reduzidos à condição similar à de escravo porque os resgatados não têm dados precisos, sabem somente das pessoas de seu grupo, já que muitas fazendas são organizadas em vários grupos. Assim, somente os empreiteiros, os gerentes e os proprietários têm dados certos de quantos indivíduos estão prestando serviços no empreendimento (CPT, 2010).

Em síntese, verifica-se que o ato de denunciar não somente serve de incentivo para a “solidariedade” dos agentes pastorais, já que encontram campo para a execução de seu trabalho e colocam em prática seus estudos teórico-metodológico, mas também, e principalmente para chamar a atenção da ordem pública sobre as situações de “conflito e injustiça social” (CPT, 1983, p. 41) em que sujeitos de direitos se veem obrigados a fugir para procurar ajuda devido à exposição a ameaças, perseguições e, quando interceptados por seguranças das fazendas, submetidos à retaliação, humilhação, surra e assassinato (PLASSAT, 2007, p. 24).

Em termos reais, os agentes da CPT são atores políticos com capacidade prática, reflexiva e transformadora, sem deixar de lado sua subjetividade, mas orientados por direcionamento científico-teórico e preparados para elaborar projetos estratégicos e fazer que os trabalhadores rurais percebam a sua condição e a signifiquem, para unidos lutarem por transformação social.

Com isso, sua atuação prática contribui significativamente para o crescimento próprio, o trabalho pastoral e a organização popular, visto que, por meio de tal prática, os socialmente invisíveis ou excluídos encontram meios de fazer que suas demandas sejam discutidas em espaços públicos.

4 Projetos de modernização em desfavor dos trabalhadores rurais

O regime militar (1964-1985) pode ser caracterizado por um modelo de modernização autoritária e econômico, caracterizado pelo alinhamento da economia nacional ao padrão de desenvolvimento capitalista, em vigor nas décadas de 1960 e 1970. No campo, havia empenho em reestruturar a “base produtiva da agropecuária brasileira integrando-a ao complexo agroindustrial de insumos e maquinarias agrícolas e à indústria de transformação de alimentos e fibras” (SORJ; WILKINSON, 2008, p. 270-271).

¹⁶ “[...] vários jornais do país publicaram [na época] uma denúncia de trabalhadores rurais, peões, firmada perante testemunhas idôneas em cartório de São Félix do Araguaia, Mato Grosso, de que havia cerca de 600 escravos trabalhando na Fazenda Vale do Rio Cristalino, de propriedade da Volkswagen do Brasil, no sul do Pará. [...] o noticiário [mostrou que] a grande empresa alemã desenvolve, na Amazônia, criação de gado, com enormes subsídios do governo brasileiro que ultrapassam mais da metade do seu capital, em bases técnicas sofisticadas [...] como atuavam os ‘gatos’, os empreiteiros de mão-de-obra, o que confirmava a denúncia de escravidão. A matéria é até mesmo ilustrada com a foto de um peão, que vinha sendo trazido de volta para a fazenda, embaixo de armas, porque tentara fugir” (MARTINS, 1984, p. 79).

Com a finalidade de ter as coisas resolvidas rapidamente e evitar a eclosão de tensões em decorrência do projeto de industrialização da agricultura, o presidente Castello Branco, primeiro governo (1964-1967) do regime militar, subscreveu mensagem ao Congresso Nacional propondo alteração no dispositivo indenizatório previsto na Constituição Federal de 1946. Dessa maneira, a Emenda Constitucional n.º 10 foi aprovada, em 10 de novembro de 1964, autorizando a desapropriação para fins de reforma agrária com indenização em títulos da dívida pública (MARTINS, 1984, p. 30; SILVA, 1987, p. 17).

Era o aparecimento da figura do fazendeiro, o empresário do campo, capaz de incrementar a produtividade, no lugar daquele simples especulador de título de propriedade ou da terra como bem para venda ou fins do fisco (SILVA, 1996, p. 42-43).

Assim, o Estatuto da Terra era considerado pelo governo uma lei de modernização rural, porém com duas características contraditórias, reforma agrária e modernização: ao mesmo tempo que transformava a estrutura fundiária do país e garantia a todos a oportunidade de acesso à terra por meio de reforma agrária, condicionando a propriedade à função social,¹⁷ garantia os interesses individuais de propriedade dos fazendeiros. Acrescentava também outros direitos, como os da produtividade, do respeito ao meio ambiente, e observação das disposições legais¹⁸ que regulavam as relações de trabalho entre os que possuíam a terra e os que a cultivavam.

Os imóveis rurais eram classificados: em minifúndios, imóveis rurais com área inferior à da propriedade familiar, o que obstava à plena realização do trabalhador rural, já que se tornava inviável o seu sustento e de sua família, além de impactar as condições materiais de alimentação, saúde, educação e outras necessidades básicas – em síntese, era incapaz de propiciar acumulação de riqueza –; em latifúndios por exploração, caso atingisse o tamanho mínimo do módulo rural, inexplorado ou inadequadamente explorado; em latifúndios por dimensão ou extensão, caso ultrapassasse seiscentas vezes o módulo rural; e em empresas rurais, o modelo ideal de propriedade fundiária.

Objetivava-se a extinção paulatina das fontes de conflitos, os minifúndios e latifúndios. A exploração era “econômica e racional”. A legislação viabilizaria o cumprimento da função social, que a Constituição Federal de 1946 impunha, assegurando o desenvolvimento industrial e as relações de trabalho “isonômicas”¹⁹ (MEDEIROS, 1989, p. 86).

¹⁷ “Art. 2º. É assegurada a todos a oportunidade de acesso à propriedade da terra, condicionada pela sua função social, na forma prevista nesta Lei. § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem” (BRASIL, 1964).

¹⁸ Refere-se à Lei n.º 4.214, de 2 de março de 1963, Estatuto do Trabalhador Rural, responsável pela normatização dos direitos individuais, coletivos, processuais, previdenciários e fiscalização trabalhista no campo rural. Garantia, aos trabalhadores rurais, de direitos já garantidos aos trabalhadores urbanos desde 1943, pela Consolidação das Leis do Trabalho. A citada lei foi revogada pela Lei nº 5.889, de 08 de junho de 1973.

¹⁹ Objetivava o equilíbrio das relações vedando os privilégios e distinções desproporcionais entre as partes.

Por isso, a política agrária normatizada pelo Estatuto da Terra resolvia as tensões no campo com desapropriações, estimulando e privilegiando a modernização e multiplicação da empresa rural sem preocupações com uma política reparadora das desigualdades sociais que pudesse conceder autonomia aos trabalhadores rurais:

O destinatário do Estatuto é o empresário, o produtor dotado do espírito capitalista, que organizava a sua atividade econômica segundo os critérios da racionalidade do capital. Na classificação das propriedades (minifúndio, empresa, latifúndio por exploração e latifúndio por dimensão), a pena é distinta para o minifúndio e para o latifúndio. O minifúndio é contemplado com medidas especificadamente referidas ao tamanho da propriedade como o impedimento de fragmentação na herança, e as pressões destinadas ao remembramento da propriedade. Já o latifúndio pode, até mesmo com crédito subsidiado, transformar-se numa empresa, para efeito de apreciação do INCRA, para evitar os efeitos da tributação progressiva, sem especiais problemas de desmembramento. Além disso, mesmo nas áreas prioritárias para a realização de reforma agrária. Assim declaradas por decreto presidencial, a empresa está excluída da necessidade de desapropriação (MARTINS, 1984, p. 33).

As consequências em desfavor dos trabalhadores rurais aparecem no conteúdo denunciante e descritivo da carta pastoral, *Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social*,²⁰ em 10 de outubro de 1971. Com esta carta de autoria de dom Pedro Casaldáliga (1928-), bispo emérito da Prelazia de São Félix do Araguaia no estado do Mato Grosso, coloca-se em prática uma estratégia explícita e direcionada à circulação de expressões informativas²¹ que aparecem como avocação da atuação da Igreja Católica no campo social em favor dos trabalhadores rurais marginalizados.

Com a carta pastora, o bispo denunciou os empreendimentos latifundiários, de baixo custo com incentivos financeiros e fiscais. Era utilização de dinheiro público para financiar empreendimentos privados, uma política pública concentradora de renda e riqueza que caminhou na contramão da distribuição de riquezas, igualdade de oportunidades ou realização de reforma agrária:

[...] terras todas compradas - ou requeridas - ao Governo do Mato Grosso por pessoas interessadas, não os moradores, a preço irrisório, foram depois vendidas a grandes comerciantes de terras, que posteriormente as vendem a outros. [...] (Dedução de 50% do Imposto de Renda das pessoas jurídicas sediadas no país, para financiamento de projetos aprovados pela SUDAM; (Inserção [isenção] total ou redução de 50% do Imposto de Renda devido, por 10 (dez) anos, para os empreendimentos instalados ou que venham a se instalar até 31 de dezembro de 1974; (Inserção [isenção] de quaisquer Impostos e taxas, incidentes sobre a importação de máquinas e equipamentos necessários à execução de projetos de empreendimentos que se localizem na área de atuação da SUDAM; (Benefícios Estaduais e Municipais. [...] significa estímulo ao capital particular, inclusive estrangeiro, com dinheiro do povo, que deixa de ser recolhido aos cofres públicos, e consequentemente deixa de ser investido a benefício do povo, para enriquecimento ainda maior do investidor. Do valor total do projeto aprovado a SUDAM financia 75%. Encontramos empresas que se dedicam aos mais diferentes tipos de atividades, que agora se lançam à agropecuária, como é o caso de Bancos (Bradesco, Nacional de Minas Gerais, Crédito Nacional, Brasul), de casa comerciais (Eletro-Radiodobraz), Indústrias, etc. É a absorção dos bens [de] todos por alguns pequenos grupos poderosos (CASALDÁLIGA, 1971, p. 9-10).

²⁰ É válido registrar que a carta escrita por dom Pedro Casaldáliga, certamente, não passou por correção da língua portuguesa e como o bispo estava somente há 3 anos no Brasil, há várias imperfeições linguísticas que não serão objeto de correção ou indicação neste estudo.

²¹ “[...] o meio técnico é um substrato material em que, e através do qual, as formas simbólicas são produzidas e transmitidas. Os meios técnicos conferem às formas simbólicas determinadas características, certo grau de fixidez, certo grau de reprodutibilidade, e certa possibilidade de participação para os sujeitos que empregam o meio” (THOMPSON, 1999, p. 368).

O governo federal impôs políticas facilitadoras do acesso à propriedade de terras e incentivos fiscais, em curto prazo, acelerando a ocupação das regiões por empresas de grande porte e grupos econômicos, bem como cooperando para o barateamento da força de trabalho e o empobrecimento dos trabalhadores rurais. Além do mais, propiciou, e muito, a concentração de terras e a violência no campo, aviltando os conflitos fundiários e contribuindo para a exploração do trabalho em condição análoga à de escravo.

As relações sociais de produção foram transformadas por causa da rápida modernização que desarranjou o ciclo natural do cultivo e a utilização da força de trabalho no campo. Acresce que, no processo de produção automatizado com características capitalistas, ocorreu mais um agravante, as necessidades entre o capital empresarial agrícola e a força de trabalho eram extremamente desiguais.

Noutras palavras, a eliminação do produtor estimulada pelo ingresso do maquinário ou pela geração de força de trabalho homogênea em virtude da mecanização, passou a depender do produto cultivado e dos níveis de concentração e mecanização. Entretanto, de modo geral, pode-se afirmar que, com a implantação tecnológica, houve significativa redução da força de trabalho na agricultura (SORJ; WILKINSON, 2008, p. 268-269).

Esse foi o resultado da intervenção massiva do Estado na integração da grande propriedade na estrutura da produção agroindustrial que se realizou por meio da criação ou redirecionamento de superintendências.

5 Inércia do Poder Judiciário e inaplicabilidade da legislação vigente às violações dos direitos humanos nas relações de trabalho

Para a CPT, aos olhos dos explorados, a dinâmica sociopolítica e econômica de exploração e opressão, imposta pelo sistema capitalista, parecia algo natural na circunstância política ditatorial em que os pequenos produtores eram explorados pelos capital comercial, industrial e financeiro, pelas cooperativas e pelo grande e médio capital agrícola, além do Estado e também oprimidos pelos órgãos do Poder Judiciário,²² Executivo e Legislativo, pelos sindicatos e membros da Igreja que defendiam o privilégio sociopolítico e econômico dos latifundiários e das empresas rurais, de determinado segmento social em detrimento dos pequenos produtores. Isso “fez com que os lavradores assumissem uma atitude de passividade, submissão e docilidade, aceitando a sociedade tal qual era apresentada para ele[s]” (CPT, 1983, p. 39).

22 Note-se que, mesmo com o fim do regime militar (1964-1985) e a construção de uma política pública nacional para erradicação do trabalho análogo ao de escravo, ainda há desafios a serem superados: “[...] se as iniciativas nessa direção [de combate ao trabalho escravo] registram crescimento palpável a cada ano, também são assustadores os sinais negativos que rotineiramente se podem captar, como se representassem a voz abafada de um Brasil pré-democrático que se recusa a ser extinto ou superado definitivamente. O Judiciário de primeira instância, em muitos estados, persiste na velha cultura de perpetuação da impunidade, contando-se, na palma da mão as sentenças condenatórias que sirvam para dirimir qualquer dúvida sobre a natureza democrática desse poder republicano” (VANNUCHI, 2011, p. 16).

Além do mais, essa dinâmica sociopolítica e econômica transmitiu a ideia de que os partidos políticos, a justiça, as escolas, o sindicato e outros organismos constituíam-se em entidades criadas e colocadas amplamente a serviço da coletividade como um todo, independentemente de condição socioeconômica e para servir aos cidadãos de forma geral, justa e igualitária, sobretudo, as entidades de proteção à cidadania em todos os âmbitos da vida social. “Enfim, impingiu a idéia de que todas estas entidades e órgãos, sobretudo o Estado, a justiça, o sindicato eram neutros e colocados acima das classes sociais e, portanto, a serviço de todos” (CPT, 1983, p. 39). Desse modo, essas entidades estavam imediatamente dispostas a resolver os problemas enfrentados pelos trabalhadores do campo. Divulgou-se a falsa promessa de participação política de todos na sociedade. Aos excluídos são limitadas ou, até mesmo, bloqueadas as comunicações e possibilidades de inserção de demandas na agenda pública como se não fossem signatários do contrato social.

Em tal caso, a CPT, ao interpretar e significar a existência desse “processo de dominação e alienação” (CPT, 1983, p. 39), atua na organização do segmento de agricultores, ao caracterizar situações de extrema exploração, tomando-os sujeitos ativos, politizados e capazes de perceber a dinâmica do liberalismo e como ocorrem a exploração, expropriação, expulsão e violação de seus direitos:

É uma experiência marcante, libertadora. Há séculos o povo vem sendo massificado, alienado. Sentir-se agente de transformação é um passo necessário para construir uma base sólida para o lançamento cada vez mais consequente de ações que transformem a atual sociedade (CPT, 1983, p. 73); [...] se a população tomar conhecimento de seus direitos, se conhecer criticamente a sua história, se descobrir o convite de Deus para libertar-se plenamente e não aceitar a exploração, se tudo isso e mais ainda for revelado ao povo, não haverá modo de sustentar por mais tempo a situação atual [...] [com] uma resposta, violenta ou não, ao processo de expropriação e exploração de que é vítima, o povo acabaria com a dominação (CPT, 1983, p. 75).

Assim, na prática, a CPT luta pelos direitos²³ dos trabalhadores rurais excluídos, resgatando-lhes a real condição de cidadãos, com atuações sociopolíticas, para que deixem de ser invisíveis e passem a ser percebidos e compreendidos como segmento social mediante demandas a serem regulamentadas. Se, por ventura, estas já estejam regulamentadas, que sejam cumpridas pelos agentes públicos²⁴ e superadas as ambivalências interpretativas, dito de outro modo, ela atua chamando atenção de outros organismos estatais ou não, nacionais e internacionais, para mobilizar de tal modo a sociedade que ela pressione o Estado a criar uma agenda pública, atendendo a demanda dos trabalhadores.

²³ Entende-se aqui também o direito a viver em um meio ambiente saudável e sustentável.

²⁴ De acordo com o artigo 2º, da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992, são as pessoas que exercem função estatal, remunerada ou não, permanente ou transitória, política ou não.

Do mesmo teor foi o depoimento do agente da CPT, Darci Frigo, na 19ª Sessão do Grupo de Trabalho sobre as Formas Contemporâneas de Escravidão da ONU, que ocorreu em Genebra, nos meses de abril e maio de 1994. Nesse depoimento, ele relatou a insuficiência crônica da justiça²⁵ e da administração pública:

[...] embora no plano jurídico haja igualdade formal entre todos os brasileiros, no plano material não há, sequer, o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, e muito menos, com maior razão, aos direitos políticos do cidadão e aos direitos laborais desses trabalhadores (FRIGO apud SUTTON, 1994, p. 156); [...] existem os seguintes aspectos [...] a resistência das autoridades superiores em admitir a existência real do trabalho escravo, diante de um ordenamento jurídico que prevê a igualdade perante a lei [...] a superposição de várias esferas de órgãos (estaduais e federais) que são competente para apurar e processar tais fatos, acarretando um excesso de burocracia e, não raro, a diluição da responsabilidade funcional [...] a inadequação da legislação penal e trabalhista para dar conta dessa realidade conhecida, mas não aparente, da sociedade brasileira (FRIGO apud SUTTON, 1994, p. 158-159).

Além do mais, para se ter uma noção de quão fortes são a relação de poder e o embate político-jurídico, também no núcleo do Poder Judiciário, basta analisar o discurso político na defesa dos interesses dos empregadores em isoladas interpretações equivocadas realizadas, especialmente, no Supremo Tribunal Federal (SANTOS, 2012).

Mesmo que voto vencido, o ministro Gilmar Mendes afastou-se do conceito legal de trabalho análogo ao de escravo disposto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro,²⁶ ao negar o recebimento da denúncia contra o político João José Pereira de Lyra (PSD-AL),²⁷ no Inquérito n.º 3.564 do estado de Minas Gerais. O ministro apresentou seu posicionamento em relação à temática, já registrado em outras ações, valendo-se, como critério de justiça, condições de vida, habitação e alimentação do trabalhador em sua vida particular para compará-las com as existentes no ambiente de trabalho, desconsiderando o relatório processual que descrevia as circunstâncias, em que viviam os trabalhadores rurais, configuradoras do crime de redução à condição análoga à de escravo:

[...] no presente caso, o relatório administrativo do grupo de trabalho que deu início às investigações está munido e registros fotográficos e de testemunhos que indicam a ocorrência das seguintes ofensas contra a dignidade dos trabalhadores: – Ausência de água filtrada e fresca os alojamentos dos trabalhadores; – Alojamento em edificações sem ventilação, edificações sem forros completos na cobertura, permitindo a entrada de poeira e água da chuva, bem como o acesso de animais; – Instalações sanitárias precárias, em péssimo estado de conservação e higiene; – Fornecimento de

²⁵ “A administração da justiça é uma das áreas mais gravemente afetadas. O sistema da justiça sofre com a falta de verbas: são poucos os juizes tratando de muitos milhares de casos. Além disso, particularmente em áreas rurais, os juizes são submetidos a outras pressões, muitas vezes exercida pelas elites políticas locais, em a mínima consideração para os direitos dos setores mais pobres da população. A fragilidade da administração da justiça nas áreas rurais foi analisada tanto pela Anistia Internacional como pela *Americas Watch*, e foram feitas repetidas representações às autoridades brasileiras, solicitando-lhes que pusessem fim à situação de impunidade gritante que protege os que matam qualquer pessoa que tenta proteger os direitos civis da população pobre” (SUTTON, 1994, p. 28-29).

²⁶ “Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei n.º 10.803, de 11.12.2003) Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência” (BRASIL, 2013a, p. 52).

²⁷ Ex-deputado federal, eleito em 2010, e empresário do setor sucroalcooleiro fundador e presidente do Grupo João Lyra. Já foi presidente do Sindicato da Indústria do Açúcar do Estado (1971-1974), conselheiro da Associação Comercial (1994) e é presidente da Associação dos Produtores Independentes de Açúcar e Alcool desde 1995. O político já foi denunciado em outro processo, Inquérito n.º 3.412 do Estado de Alagoas.

camas e colchões de forma inadequada; – Não fornecimento de armários para pertences pessoais, ferramentas de trabalho e equipamento de proteção individual; – Inadequação dos locais para a tomada de refeições nas frentes de trabalho; – Ausência de banheiros nas frentes de trabalho; – Alojamentos não dotados de locais adequados e suficientes para preparo e tomada de refeições, quase todos sem mesas e assentos; – Alojamentos sem recipientes para coleta de lixo; – Instalações elétricas precárias e improvisadas nos alojamentos; – Uso simultâneo dos cômodos para dormir, preparar refeições e guardar mantimentos [...] (BRASIL, 2014).

Cabe o registro de que a relatora do caso, na época do oferecimento da denúncia, a então ministra Ellen Gracie chegou a dizer que havia evidências do crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo para a instauração da ação penal (SANTOS, 2012).²⁸

O referido ministro, em seu voto, desconsiderou o bem-estar do trabalhador, sua segurança ou dignidade. Para ele, se o trabalhador não vive em condições dignas em seu lar, em sua vida cotidiana, não se pode dizer que ele esteja em condições degradantes nas relações laborais; sendo assim, se as condições de vida no local de trabalho são idênticas ou superiores às vivenciadas pelos trabalhadores noutras relações sociais diárias ou idênticas às da região em que vive, não existe o crime de redução à condição análoga à de escravo:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - [...] a meu ver, em relação às más condições de trabalho, essas que estão listadas no voto do eminente Relator, eu acho que elas são todas lamentáveis. Mas não acredito que elas sejam adequadas para caracterizar a situação de trabalho análogo a de escravo: ausência de água filtrada e fresca nos alojamentos dos trabalhadores, alojamento e edificações sem ventilação, edificações sem forros completos na cobertura – se a gente olhar casas, aqui dos arrabaldes de Brasília, nós vamos encontrar essa situação; instalações sanitárias precárias – é possível, se nós fizéssemos um levantamento, para saber quantas casas entre nós não têm uma simples privada; fornecimento de camas e colchões de forma inadequada – muita gente no interior dorme, ainda hoje, em rede; não fornecimento de armários para pertences pessoais, ferramentas de trabalho e Equipamentos de proteção; inadequação dos locais para tomada de refeições nas frentes de trabalho; ausência de banheiros nas frentes de trabalho; alojamentos não dotados de locais adequados, insuficientes para o preparo e tomadas de refeições. A meu ver, acredito que isto tudo traduz aquilo que está nessa resolução. Isso poderia ser um programa, inclusive educativo, no sentido de melhoria das condições do trabalho no campo. Mas isso não poderia integrar, conceptualmente, o tipo penal de trabalho escravo, as consequências são extremamente graves. [...] mas vou me encaminhar no sentido de rejeitar, [...] **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - [...] E isso passa a ser a forma de interpretar o 149. Lê-se o art. 149 a partir da resolução, exatamente esses itens que estão aqui. Não é água fresca. Não é água sequer saudável, é água filtrada. Se se fizer o exercício, quanto domicílios no Brasil tem água filtrada? Quantas casas têm fossa? Nós não estamos falando do mundo rural, basta fazer esse levantamento para verificar que há um divórcio. O problema não é exigir esse tipo de conforto, não é exigir condições mínimas, é transformar isso em crime (BRASIL, 2014, grifos do autor).

Desse modo, caso o trabalhador já viva em condição degradante, o empregador não tem a obrigação de dar-lhe melhor modo de vida, isto é, se as condições laborais que o empregador oferece não são inferiores às vividas antes do aliciamento, não há razão para a denúncia criminal contra o empregador, posto que não inexistiu ruptura com a “situação de costume” do trabalhador. Os excluídos socialmente que vivem em condições indignas na vida cotidiana, também estarão desprotegidos da dignidade humana nas relações de trabalho. Além disso, o ministro tem como “muito rigorosas e insensatas” as instruções seguidas pelos

²⁸ Os trabalhadores eram todos do estado do Tocantins e tinham sido levados por transporte contratado da fazenda, além de haver papéis que mostram as dívidas dos trabalhadores com o empregador (SANTOS, 2012).

fiscais do MTE para caracterizar a condição análoga à de escravo imposta ao trabalhador, conquanto se trate de fatos típicos do ilícito penal:

[...] **VOTO O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - [...] em relação às más condições da zona rural no Brasil, eu tenho muita dificuldade de proceder ao enquadramento como trabalho escravo ou análogo a escravo. [...] eu realmente tenho bastante dificuldade e fico a pensar: se nós formos discutir, tendo em vista premissas que esses grupos estabelecem, certamente, nós teremos de interditar cidades brasileiras. Todo o espaço onde muitas pessoas moram, favelas, teria que ser interditado, porque certamente elas não têm boas condições de moradia. Eu não sei quanto por cento das cidades brasileiras tem saneamento, mas isso, obviamente, violenta as condições básicas de vida normal, então, água encanada. Aqui se fala de falta de água encanada. Há aquela Resolução do Ministério do Trabalho que chega a ser engraçada, porque ela fala do tamanho do beliche, a distância do beliche, o tamanho dos armários. Muito provavelmente, nas nossas casas, nós não temos essas condições e certamente não moramos em condições análogas às de escravo. Isso não significa que a gente deva subscrever que haja más condições de trabalho. Nesse ponto, eu realmente tenho bastante dificuldade e fico a pensar: se nós formos discutir, tendo em vista premissas que esses grupos estabelecem, certamente, nós teremos de interditar cidades brasileiras. Todo o espaço onde muitas pessoas moram, favelas, teria que ser interditado, porque certamente elas não têm boas condições de moradia. Eu não sei quanto por cento das cidades brasileiras tem saneamento, mas isso, obviamente, violenta as condições básicas de vida normal, então, água encanada. Aqui se fala de falta de água encanada. Há aquela Resolução do Ministério do Trabalho que chega a ser engraçada, porque ela fala do tamanho do beliche, a distância do beliche, o tamanho dos armários. Muito provavelmente, nas nossas casas, nós não temos essas condições e certamente não moramos em condições análogas às de escravo. Isso não significa que a gente deva subscrever que haja más condições de trabalho (BRASIL, 2014, grifos do autor).

Na interpretação do ministro, se as fazendas são interditas pela fiscalização do MTE, também, muitas localidades nacionais deveriam sê-lo pelas condições precárias que apresentam. Esse tipo de raciocínio caminha em sentido oposto ao ordenamento jurídico, posto que não existe qualquer fundamento para associar as condições regionais ou da vida particular de cada jurisdicionado com as condições laborais. Independente de pertencer a qualquer segmento social ou à condição da vida privada, o princípio da proteção do empregado (princípio fundamental de direito do trabalho) norteia as relações empregatícias, as quais defendem, sobretudo, na sua integralidade, o bem maior que é a vida: a dignidade humana.

Se há espaços sociais nacionais em que existem processos inadequados de que resultam extrema pobreza, carência de oportunidades econômicas, destituição dos sistemas sociais e negligência dos serviços públicos – negação das liberdades substantivas como modelo de desenvolvimento (SEN, 2008, p. 18) – o empregador, em seu projeto de empreendimento, deve ter condições econômicas para garantir a dignidade dos seus empregados,²⁹ independente das condições em que estes estejam na sociedade, até mesmo porque

²⁹ De acordo com a CLT, “Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1943); “Art. 389. Toda empresa é obrigada: I - a prover os estabelecimentos de medidas concernentes à higienização dos métodos e locais de trabalho, tais como ventilação e iluminação e outros que se fizerem necessários à segurança e ao conforto das mulheres, a critério da autoridade competente; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) II - a instalar bebedouros, lavatórios, aparelhos sanitários; dispor de cadeiras ou bancos, em número suficiente, que permitam às mulheres trabalhar sem grande esgotamento físico; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) III - a instalar vestiários com armários individuais privativos das mulheres, exceto os estabelecimentos comerciais, escritórios, bancos e atividades afins, em que não seja exigida a troca de roupa e outros, a critério da autoridade competente em matéria de segurança e higiene do trabalho, admitindo-se como suficientes as gavetas ou

o trabalho é visto como provedor da sobrevivência, meio de satisfazer as necessidades dos trabalhadores e garantir uma existência digna, já que o capacita a adquirir bens; e seus valores sociais são direitos fundamentais por estarem intimamente gravados no direito à vida.

Na interpretação da lei penal, o ministro desconsiderou o elemento precariedade do tipo penal, comum a muitos trabalhadores rurais; assim, para ele, não há crime quando as condições impostas continuam as mesmas vividas pelos trabalhadores quando afastados das relações laborais. Verifica-se, pelos argumentos utilizados pelo ministro a existência de ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e à vedação ao “tratamento desumano ou degradante”.³⁰ E mais, é notória a existência de legislação vigente que combate a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo e impede a violação da sua dignidade; no entanto, sua efetivação, aplicação ao caso concreto, se faz necessária.

6 Considerações finais

Em razão de sua prática social, a CPT é considerada uma agência humana que, em condições conflituosas e de violência, encontrou recursos socialmente disponíveis para caracterizar não somente a realidade que vivenciam os trabalhadores, mas também seus membros em sua prática sociopolítica. Seus agentes dão significado às condições de extrema miséria, exploração laboral e ofensas a direitos com argumentos compreensíveis nos contextos em que estão inseridos e são capazes de mobilizar a opinião pública e o próprio Estado para a discussão e formulação de políticas públicas corretivas e de erradicação do trabalho análogo ao de escravo.

Os documentos construídos por seus membros são direcionados tanto à atuação política de combate às ofensas cometidas contra os sujeitos do campo, como à comunicação da realidade vivenciada pelos rurícolas. Então, a CPT estabelece contato com o trabalhador rural para inseri-lo em um processo transformador.

Desde sua fundação, seja durante o regime militar seja ao longo da república nova, a CPT tem constituído um discurso argumentativo orientador de uma prática social capaz de mobilização e voltada para discussões e reflexões sobre conflitos no campo, violência contra trabalhadores rurais, direitos legais dos posseiros, direitos sociais, direito do trabalhador à propriedade rural, desapropriação, função social da propriedade rural, reforma agrária distributiva de renda fundiária e outras.

escaninhos, onde possam as empregadas guardar seus pertences; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) IV - a fornecer, gratuitamente, a juízo da autoridade competente, os recursos de proteção individual, tais como óculos, máscaras, luvas e roupas especiais, para a defesa dos olhos, do aparelho respiratório e da pele, de acordo com a natureza do trabalho. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967) (BRASIL, 1943).

³⁰ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2013b, p. 9); “Art. 5º. [...] III – ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]” (BRASIL, 2013b, p. 9).

A CPT atua por meio de práticas sociopolíticas responsáveis pela caracterização do trabalho análogo ao de escravo, pela mobilização da sociedade civil em defesa dos direitos humanos e, conseqüentemente, pelo combate a sua violação nas relações de trabalho: denúncias em âmbito nacional e internacional, ações de resistência, pedidos administrativos de desapropriação, reivindicações, abaixo-assinados, atos públicos, ocupações, grupos de reflexões e de estudos, participação sindical, união a outras entidades para formar rede social de combate, levantamento de dados, participação no Fórum Nacional contra a violência no campo, atuação política em comissões nacionais e na CONTAG, promoção de campanhas nacionais, realização de congressos nacionais, divulgação de materiais de sensibilização (jornais, cartilhas, panfletos e informes como *Conflitos no Campo*) e utilização de meios de comunicação como a internet para difusão e informação das injustiças sociais no campo entre outras.

Uma atuação social que foi significativa para pressionar o governo federal a tomar decisões a respeito das formas contemporâneas de escravidão, como ocorreu em 14 de junho de 1995 com as Portarias nºs 549 e 550, para instituição do grupo de fiscalização móvel do MTE, seguidas do Decreto nº 1.538, de 27 de junho de 1995, que criou o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado com o reconhecimento público, por parte do governo federal, da existência de trabalhadores em regime de trabalho forçado, no prefácio do primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), com o Decreto n.º 1.904, de 13 de maio de 1996.

Deu-se início, então, ao processo de abertura para a participação de algumas entidades civis defensoras dos direitos humanos em espaços públicos com possibilidade de apresentarem propostas de ações durante a construção do Primeiro e Segundo Plano Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, respectivamente, em 2003 e 2008. Formaram-se canais, ainda que muito tênues, para ouvir as demandas dos trabalhadores rurais, com diálogo entre Estado e setores da sociedade civil.

Referências

BAUER, Martin W. Análise de conteúdo clássica: uma revisão. In: _____; GASKELL, George. (Ed.) **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som**: um manual prático. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 189-217.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452**: Consolidação das Leis do Trabalho, 1 maio 1943. Disponível em: <www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/Clt.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2015.

BRASIL. **Lei n.º 4.504**, Estatuto da Terra, 30 nov. 1964. Disponível em: <www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4504.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH)**. Brasília: Ministério da Justiça, 1996.

BRASIL. Presidência da República. **Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo**. Brasília: SEDH/PR, 2003.

BRASIL. Presidência da República. **II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo**. Brasília: SEDH/PR, 2008.

BRASIL. **Código Penal (1940) e Código de Processo Penal (1941)**. 6. ed. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2013a.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais nºs 1/92 a 73/2013 e pelo Decreto Legislativo nº 186/2008. Brasília: Senado Federal, 2013b.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. **Inq 3412 - Inquérito**. Data de publicação Diário da Justiça Eletrônico 08 out. 2014. Disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4209286>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- CASALDÁLIGA, Pedro. **Uma Igreja da Amazônia em conflito com o latifúndio e a marginalização social**. 10 out. 1971 Disponível em: <<file:///D:/2.%20PRIVATE/Estudos/Mestrado%20em%20Ci%C3%Aancia%20Sociais/1.%20CPT/1971CartaPastoral.pdf>>. Acesso em: 15 abr. 2015.
- CPT. **CPT: Pastoral e Compromisso**. Petrópolis: Vozes, 1983.
- CPT. **Campanha de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo**: de olho aberto para não virar escravo. 03 maios 2010. Disponível em: <www.cptnacional.org.br/index.php/acoes/campanhas/6-trabalho-escravo/trabalho-escravo-/195-campanha-de-prevencao-e-combate-ao-trabalho-escravo>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e emergência de uma nova noção de cidadania In: _____. (Org.). **Anos 90**: política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 103-115.
- GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ILO. **Profits and poverty: the economics of forced labour**. Geneva: ILO, 2014. Disponível em: <www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2015.
- MARTINS, José de Souza. **A militarização da questão agrária no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1984.
- MEDEIROS, Leonilde Servolo de. **História dos movimentos sociais no campo**. Rio de Janeiro: FASE, 1989.
- OIT; SAKAMOTO, Leonardo (Coord.) **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI**. Brasília, OIT, 2006.
- PAIS, José Machado. Cotidiano e reflexividade. **Educ. Soc.**, Campinas, vol. 28, n. 98, p. 23-46, jan/abr. 2007.
- PIRES, Rui Pena. A teoria da estruturação de Anthony Giddens: apresentação e bibliografia. **Sociologia - Problemas e Práticas**, Lisboa, n. 4, p. 231-236, maio 1988. Disponível em: <<http://sociologiapp.iscte.pt/fichaartigo.jsp?pkid=406>>. Acesso em: 23 jan. 2015.
- PLASSAT, Xavier. Acabar com o trabalho escravo: uma longa jornada. In: BASCARÁN, Carmem; MOURA, Flávia; TEIXEIRA, Milton. (Org.) **II Conferência Interparticipativa sobre Trabalho Escravo e super-exploração em fazendas e carvoarias: Trabalho escravo é crime, desenvolvimento sustentável é vida**. Açailândia: Gráfica Açailândia CDVDH/CB, 2007. p.19-52.
- SANTOS, Débora. **STF recebe denúncia por trabalho escravo contra senador de TO**. 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/02/stf-recebe-denuncia-por-trabalho-escravo-contra-senador-de.html>>. Acesso em: 23 dez. 2015.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- SHAHINIAN, Gulnara. ONU: Human Rights Council. **Report of the special rapporteur on contemporary forms of slavery, including its causes and consequences**, Gulnara Shahinian. 30 ago. 2010. Disponível em português: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trabalho-escravo/relatorio-da-relatora-especial-onu-sobre-formas-contemporaneas-de-escravidao>>. Acesso em: 20 fev. 2015.
- SILVA, José Gomes da. **Caindo por terra: crises da reforma agrária na nova república**. São Paulo: Biscoito, 1987.
- SILVA, José Gomes da. **A reforma agrária brasileira na virada do milênio**. Campinas: ABRA, 1996.
- SORJ, Bernardo; WILKINSON, John. Processos sociais e formas de produção na agricultura brasileira. In: _____. ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de (Orgs). **Sociedade Política no Brasil pós-64**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. p. 245-278.
- SUTTON, Alison. **Trabalho escravo: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje**. São Paulo: Loyola, 1994.
- SZTOMPKA, Piotr. **A sociologia da mudança social**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- THOMPSON, John B. **Ideologia e cultura moderna: teoria social crítica na era dos meios de comunicação de massa**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- VANNUCHI, Paulo. Prefácio. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; SANT'ANA JÚNIOR, Horácio Antunes de. (Org.). **Trabalho escravo contemporâneo: um debate transdisciplinar**. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011. p. 15-18.



Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-93499-01-2



9 788593 499012