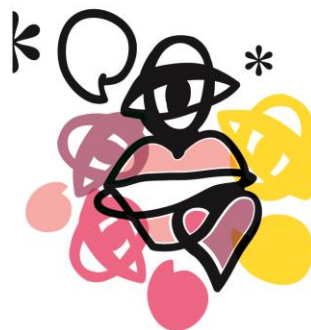


DIREITO CULTURA



III CONGRESSO
BRASILEIRO
DE SOCIOLOGIA
DO DIREITO
ABRASD

I SIMPÓSIO
DO NÚCLEO DE DIREITO
DO TERCEIRO SETOR,
RISCO E
POLÍTICAS PÚBLICAS
PPGD / UFPR

A ARTE DISSOLVIDA NA VIDA

ANAIS

III CONGRESSO
BRASILEIRO
DE SOCIOLOGIA
DO DIREITO
ABRASD

I SIMPÓSIO
DO NÚCLEO DE DIREITO
DO TERCEIRO SETOR,
RISCO E
POLÍTICAS PÚBLICAS
PPGD / UFPR

REALIZAÇÃO



APOIO



ANAIS DO
III CONGRESSO DA ABRASD

DIREITO CULTURA



III CONGRESSO
BRASILEIRO
DE SOCIOLOGIA
DO DIREITO
ABRASD

I SIMPÓSIO
DO NÚCLEO DE DIREITO
DO TERCEIRO SETOR,
RISCO E
POLÍTICAS PÚBLICAS
PPGD / UFPR

A ARTE DISSOLVIDA NA VIDA

25 A 27

DE NOVEMBRO

O III CONGRESSO DE SOCIOLOGIA DO DIREITO e o I SIMPÓSIO DO NÚCLEO DE DIREITO DO TERCEIRO SETOR, RISCO E POLÍTICAS PÚBLICAS promovidos, entre os dias 25 e 27 de outubro de 2012, na cidade de Curitiba, foram concebidos com o intuito de promover diálogos e discussões que, tendo como referência a cultura, permitissem novas reflexões sobre o Direito.

Tocados pelo insuperável exemplo do professor Luis Alberto Warat, buscou-se criar um formato de evento marcado pela informalidade e afetuosidade, tornando esse momento, como ele dizia, um tempo onde o amor possa ser tomado pelo amor.

Deve-se destacar a participação, na abertura de tais eventos, dois renomados sociólogos do Direito, os professores Raffaele de Giorgi (Universitá del Salento) e Celso Campilongo (USP). Também se fizeram presentes a professora Núria Belloso Martín (Directora del Departamento de Derecho Público/ Universidade de Burgos/ España), Ignacio Ara Pinilla (Universidad de La Laguna/ España) e Aldo Mascareño (Universidad Adolfo Ibáñez/ Chile).

Durante o evento, os participantes puderam assistir diversas apresentações e palestras simultâneas e relativas às conexões entre o Direito e a Cultura, abarcando temáticas como Sociologia, Antropologia, Literatura, Teatro, Cinema, Música e Fotografia. Fizeram parte das atividades: José Maurício Arruti (Unicamp), Mary Allegretti (Memorial Chico Mendes), Edilene Coffaci de Lima (UFPR), Wilson Ramos Filho (UFPR) Rubens Pinto Lyra (UFPE), Luis S. Repa (UFPR), José Rodriguez (FGV), Albano Pêpe (UFSM), Pedro Bodê (UFPR), Roberto Di Benedetto (UP), Willis Santiago Guerra Filho (PUC/ SP), Artur Stamford (UFPE), Marcelo Mello (UFF), Germano Schwartz (UNILASALLE), Osvaldo Canela Júnior (PUC/PR), Juarez Cirino dos Santos (UFPR) e Maurício Dieter (Unicuritiba) e ainda, o coral da UFPR, a orquestra da Escola de Música e Belas Artes do Paraná e o

Grupo de teatro TEUNI, para citar apenas alguns dos participantes do evento /espetáculo.

Em meio a um ambiente tão descontraído quanto criativo, é que se deram as apresentações dos trabalhos escritos por estudantes e professores de todo o país. Pesquisadores que contribuíram de forma decisiva para o êxito dos eventos. Foram inscritos mais de 100 trabalhos, distribuídos em 9 temas: 1) “Estado, Democracia e Poder”; 2) “Sociologia do Judiciário e Profissões Jurídicas”; 3) “Direitos Humanos e Práticas Sociais”; 4) “Teoria e Pesquisa Sociológica do Direito ”; 4) “Sociedade Mundial, Organizações e Diálogo Intercultural ”; 5) “Crime, Violência e Sociologia do Direito”; 6) “Crime e Violência em Perspectiva Cultural”; 7) “Movimentos Sociais e Terceiro Setor”; 8) “Ensino de Sociologia do Direito: Propostas Metodológicas”; 9) “Arte, Cultura e Direito”. A coordenação da apresentação dos trabalhos teve como coordenadores o professor Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, Fernanda Busanello Ferreira (UniBrasil), Adriano Codato(UFPR), Fernando Rister S. de Lima (PUC/SP), Artur Stamford da Silva (UFPE), Roberto Di Benedetto (UP), Juliana Magalhães (UFRJ), Andressa Lewandowski (UNB), Marcelo Mello (UFF), Guilherme Azevedo (UNISINOS), Delton Meirelles (UFF), Melina Girardi Fachin (UFPR), Dani Rudnicki (UniRitter), André Giamberardino (UFPR/UP), Marta Gama(UNB), Flávio Bortolozzi (UP/UniBrasil), Pedro Bodê (UFPR), Laura Both (UniBrasil), Leandro Gorsdorf (UFPR), Tarso Cabral Violin (UP), Germano Schwartz(Esade/ Unilasalle), Aldo Mascareño (UAI), Abili Lima (UFPR), José Rodrigo Rodriguez (FGV), Daniel Soczek (Uninter)e Lara Jane Both (UniBrasil).

Esses são os trabalhos contidos nessa edição. Cumpre destacar a participação das alunas Carolina Mello, Fernanda Schuenck e Gabriela Rigoni, da Unibrasil, e de modo especial à Mariana Rulf, da UFPR, pela diagramação desses Anais cuja arte gráfica foi inicialmente desenvolvida pelo designer Leonardo Jacomel.

Realização:

PPGD/ UFPR – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná

ABRASD – Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito

PROCAD – Programa Nacional de Cooperação Acadêmica

Comissão Científica:

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes (Direito/ UFPR)

Pedro Bodê (Sociologia/ UFPR)

Germano Schwartz (AbraSD)

Ciméa Barbato Bevilaqua (Antropologia/ UFPR)

Geraldo Leão (Artes/ UFPR)

Abili Lázaro Castro de Lima (Direito/ UFPR)

Roberto Di Benedetto (UP)

Comissão Organizadora:

Fernanda Busanello Ferreira (UniBrasil)

Héliomar Dutra de Freitas (Fundação Cultural de Curitiba)

Lucinha Mion (Pró-Reitoria de Extensão e Cultura)

Marcos Wachowicz (PROCAD)

Patrícia Salles (Pró-Reitoria de Extensão e Cultura)

Rogério Pereira (Biblioteca Pública do Paraná)

Rosana Soldi (PPGD/ UFPR)

Organização da Edição:

Fernanda Busanello Ferreira

Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes

Mariana Rulf

Arte Gráfica:

Leonardo Jacomel

Sumário

GT ARTE, CULTURA E

DIREITO..... 8

AQUELES QUE FAZEM ARTE PELAS RUAS: O MOVIMENTO <i>GRAFFITI</i> NA GRANDE VITÓRIA/ES	8
AS INCERTEZAS DO PODER EM MACBETH E MAQUIAVEL	22
INDÚSTRIAS CRIATIVAS NO BRASIL: LIBERALIZAÇÃO COMERCIAL OU DESENVOLVIMENTO VIA DIVERSIDADE CULTURAL?	33
O DESERTO É VIVO: IMAGENS KAFKANIANAS NA ESTÉTICA LITERÁRIA DE CLARICE LISPECTOR E A	47
DIMENSÃO POÉTICA DO DIREITO	47
PARALELOS ENTRE OS TRUÍSMOS DE JENNY HOLZER E OS ENUNCIADOS JURÍDICOS: INTERPRETAÇÃO E NORMATIVIDADE NAS LINHAS DO TEXTO E NOS ESPAÇOS DE PROJEÇÃO	55
RESUMO EXPANDIDO	71
O DIREITO VIVO E A LITERATURA: UMA CRÍTICA NA SOCIOLOGIA JURÍDICA A PARTIR DA OBRA “OS SERTÕES”	71

GT CRIME E VIOLÊNCIA EM PERSPECTIVA

CULTURAL.....77

A CRIMINALIZAÇÃO DA LOUCURA NO MODELO JURÍDICO-TERAPÊUTICO-PUNITIVO-PRISIONAL DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO (HCTP's)	77
A GLOBALIZAÇÃO DA PENALIDADE NEOLIBERAL? COMENTÁRIOS SOBRE A CONEXÃO EUA, FRANÇA E BRASIL PROPOSTA POR LOÏC WACQUANT.....	88
ARTE E CULTURA: ESTRATÉGIAS PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE JUVENIL	101
AUTOS PROCESSUAIS E A PRODUÇÃO DE VERDADE: INVISIBILIZANDO ALTERIDADES	110

MEDO DO CRIME NO BRASIL: ALGUNS EFEITOS DA CONVERGÊNCIA ENTRE O MEDO E A SEGURANÇA PÚBLICA	127
MEMÓRIAS DE UM SOBREVIVENTE E O DIREITO: O SISTEMA PENAL EM DISCURSO	140
RESUMOS EXPANDIDOS	156
A CRIMINALIZAÇÃO E OS POVOS INDÍGENAS: O SISTEMA JUDICIÁRIO NA AMAZÔNIA	156
A MULHER COMO SUJEITO (IN)SUBORDINADO	163
SEXUALIDADE CRIMINALIZADA: CRÍTICA A TUTELA PENAL DOS COSTUMES NO INJUSTO PENAL DE RUFANISMO	170

GT CRIME, VIOLÊNCIA E SOCIOLOGIA DO

DIREITO.....179

A CONSTRUÇÃO DA POLÍCIA NO BRASIL IMPÉRIO: SEUS REFLEXOS NO USO DA FORÇA PELA SEGURANÇA PÚBLICA NO SÉCULO XXI.....	179
AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS EM MATÉRIA DE DROGAS ILÍCITAS COMO ALTERNATIVA AO PROIBICIONISMO PENAL	196
ATO INFRACIONAL E REPRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE POBRE NO BRASIL: DA VULNERABILIDADE SOCIAL À VULNERABILIDADE PERANTE O SISTEMA DE CONTROLE PENAL	212
MÚLTIPLAS ALTERNATIVAS? PROBLEMATIZANDO AS ALTERNATIVAS PENAIS À PRISÃO NO BRASIL A PARTIR DE SEUS DISCURSOS.....	230
O MERCADO DE DROGAS ILÍCITAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO. 247	
VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE: UM ESTUDO APLICADO DA SOCIOLOGIA DA PUNIÇÃO EM “TERRITÓRIOS DESCONHECIDOS”	264
RESUMOS EXPANDIDOS	274
FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO	274
O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SER MÃE E O DE SER FILHO NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO PARANÁ	281

GT DIREITOS HUMANOS E PRÁTICAS

SOCIAIS.....288

A DISPUTA PELO PODER SIMBÓLICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS NA PROTEÇÃO DA VÍTIMA	288
A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS PAÍSES DO CONE SUL – UMA ANÁLISE SOBRE SUA EFETIVIDADE À PARTIR DO DIREITO COMPARADO	301
A PERVERSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: QUANDO A LIBERDADE RELIGIOSA ULTRAPASSA OS LIMITES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESPAÇO PÚBLICO MIDIÁTICO.....	314
A TRAJETÓRIA DO PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E RESISTÊNCIAS.....	328
ANTI-HUMANISMOS SEGUNDO O PRINCÍPIO DA VIDA	343
CONCRETA E O MOMENTO CRÍTICO DA NEGATIVIDADE:	343
A PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO	343
CONDICIONAL CRITÉRIO ÉTICO-JURÍDICO	343
CONSTRUÇÃO E ALTERNATIVAS À CRISE SOCIOAMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO	360
DIREITO À EDUCAÇÃO E “EMPODERAMENTO” DAS MULHERES NAS PRÁTICAS SOCIAIS	372
O <i>BEM JULGAR</i> ENTRE A “AUTOREGULAÇÃO” PRIVADA ESTABELECIDA PELAS PARTES E A REGULAÇÃO.....	400
DA JUSTIÇA PELO ESTADO:	400
UMA ANÁLISE DO RITO JUDICIAL CRIMINAL DA LEI MARIA DA PENHA A PARTIR DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA ADI 4244.....	400
O PODER JUDICIÁRIO COMO ATOR POLÍTICO NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: LITÍGIO ESTRATÉGICO NA.....	411
CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO	411
RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO JURÍDICO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO, DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS INTERNACIONAIS	431
UM NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SUA ABRANGÊNCIA E REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	440

2. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O ANTIGO E O NOVO MODELO.....	444
3. ESTUDO DE UM CASO: A DEMONSTRAÇÃO DO AVANÇO DA CONVENÇÃO.....	446
5. OS FISSURADOS ESTÃO ABARCADOS NO NOVO MODELO?.....	449
6. A ABRANGÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DO NOVO ENTENDIMENTO.....	450
RESUMOS EXPANDIDOS	456
A EVOLUÇÃO JURÍDICA NO TRATAMENTO DOS ESPAÇOS INTERNACIONAIS COMUNS: UM REFLEXO DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	456
NÚCLEO DE ESTUDOS E DEFESA DOS DIREITOS	462
DA CRIANÇA E ADOLESCENTE	462
GT ENSINO DE SOCIOLOGIA DO DIREITO: PROPOSTAS METODOLÓGICAS.....	467
DIREITO E AUTONOMIA	467
GT ESTADO, DEMOCRACIA E PODER.....	480
A ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A INFLUÊNCIA NO CONFLITO ÁRABE-ISRAELENSE E OS IMPACTOS PARA O RECONHECIMENTO DA PALESTINA	480
A TEORIA DA LIBERDADE DE PHILIP PETTIT E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NO CONTEXTO HODIERNO BRASILEIRO	504

CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: LUTAS POR CAPITAIS SIMBÓLICOS E BARREIRAS À DEMOCRATIZAÇÃO	520
CONSTRUÇÃO E	532
ALTERNATIVAS À CRISE SOCIOAMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO	532
DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM HABERMASIANA	546
DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA UTILIZAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS DE USO COMUM	557
O MONOPÓLIO ESTATAL DO USO DA FORÇA:	568
O BRASIL COMO ATOR INTERNACIONAL	568
O PAPEL DA RAZÃO PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO	583
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	583
RESUMOS EXPANDIDOS	596
DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO:	596
INSTRUMENTOS DA CLASSE DOMINANTE	596
HABEAS DATA, LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO, E COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE COMO MEIOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS	603
RACIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO DASP A PARTIR DE MAX WEBER	611

GT MOVIMENTOS SOCIAIS E TERCEIRO

SETOR.....619

A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA SUBJETIVIDADE NO MUNDO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CATADORES	619
DE MATERIAIS RECICLÁVEIS	619
A EXPERIÊNCIA DO BANCO COMUNITÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DA CIDADE ESTRUTURAL NA REALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE	628
DESOBEDIÊNCIA CIVIL E MOVIMENTOS SOCIAIS: DO MOVIMENTO ..	648
15-M À CONCENTRAÇÃO DO 25-S NA ESPANHA	648
MOVIMENTOS SOCIAIS E OS NOVOS DIREITOS: A PROPOSTA DA REDD+ INDÍGENA	663

O ESTRANHAMENTO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DA IMPLEMENTAÇÃO DA TURMA PARA BENEFICIÁRIOS DA REFORMA AGRÁRIA: A NECESSIDADE DE UMA UNIVERSIDADE ITINERANTE	678
E DA MOBILIDADE JURÍDICA.....	678
O PAPEL FUNDAMENTAL DO TERCEIRO SETOR PARA A DEMOCRACIA E AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PARA SUA ADEQUAÇÃO AO MODELO JURÍDICO ESTATAL	694
OFICINA DO DIREITO: A CONSCIENTIZAÇÃO DA COMUNIDADE POR CONHECIMENTOS BÁSICOS DE SEUS DIREITOS, REALÇANDO A IMPORTÂNCIA E O PAPEL DA CIDADANIA NA FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E SOLIDÁRIA.	705

GT SOCIEDADE MUNDIAL, ORGANIZAÇÕES E DIÁLOGO

INTERCULTURAL.....

...717

CONTEXTO MIGRATÓRIO E REGULAÇÃO SOCIAL DE SITUAÇÕES CONFLITUOSAS: NOTAS PRELIMINARES EM TORNO DE UMA PESQUISA SOBRE A “COMUNIDADE” DE MIGRANTES BRASILEIROS INSTALADOS IRREGULARMENTE NA BÉLGICA.....	717
GLOBALIZAÇÃO E MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS:	733
A IMIGRAÇÃO NAS FRONTEIRAS SUL E LESTE DA UNIÃO EUROPÉIA SOB A PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA.....	733

GT SOCIOLOGIA DO JUDICIÁRIO E PROFISSÕES

JURÍDICAS.....751

A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A BUSCA POR LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM QUESTÕES POLÍTICAS QUE ENVOLVEM A REALOCAÇÃO DE RECURSOS	751
ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: BREVES NOTAS SOBRE O PERFIL DO JUIZ A PARTIR DA PESQUISA IPEA/CJF ...	770
ATUAÇÃO POLÍTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:	786
REGIÃO METROPOLITANA DE BELÉM (2000-2010).....	786

CULTURA JURÍDICA E INSTITUCIONALIZAÇÃO DO REGIME MILITAR BRASILEIRO: FRANCISCO CAMPOS COMO LEITOR DE CARL SCHMITT	801
DE AFOGADOS EM LEIS PARA AFOGADOS EM SÚMULAS: LIMITES AO PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA ARENA POLÍTICA BRASILEIRA	819
O TRABALHO VIVO E A FORMAÇÃO DO ADVOGADO POPULAR MILITANTE EM DIREITOS HUMANOS	850
OUVIDORIA JUDICIÁRIA:	865
REFORMA DO JUDICIÁRIO, GESTÃO E CIDADANIA	865
PRESSUPOSTOS DE UMA <i>WELTANSCHAUUNG</i> HUMANISTA NA CONSTITUTIVIDADE DO <i>HOMO JURIDICUS</i> CONTEMPORÂNEO	880
PROFISSÕES JURÍDICAS E PODER: ABORDAGENS TEÓRICAS SOBRE CONSTITUIÇÃO E REPRODUÇÃO DO CAMPO JURÍDICO	900
RESUMOS EXPANDIDOS.....	919
A ALIENAÇÃO CONCEBIDA POR MARX, NO CONTEXTO PRÁTICO PROFISSIONAL JURÍDICO HODIERNO BRASILEIRO	919
FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E <i>CASE MANAGEMENT POWERS</i> NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	925
O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS	931
OS DONOS DO PODER: UMA ANÁLISE DO PODER SIMBÓLICO EXERCIDO PELOS JURISTAS	938
PRODUÇÃO E REPRODUÇÃO DO “JEITINHO BRASILEIRO” E SUA INFLUÊNCIA NA EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS	945
REFLEXÕES SOBRE A LEGALIDADE E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NOS DIAS ATUAIS	952
A “CORPORALIDADE” DE DUSSEL E O “TRABALHO” DE MARX:	960
A FRAGMENTAÇÃO DA TOTALIDADE NA MOMENTO EPISTEMOLÓGICO MATERIAL	960
A SOCIOLOGIA E A FORMULAÇÃO DE UM NOVO	968
PARADIGMA NAS PRÁTICAS JURÍDICAS	968
MODOS DE PENSAR O CONTROLE SOCIAL E A JUSTIÇA PENAL: UMA ILUSTRAÇÃO DA “TEORIA FUNDAMENTADA NOS DADOS”	977

NA ANÁLISE DOS DISCURSOS PARLAMENTARES SOBRE	977
A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL	977
O MUNDO DOS AUTOS E DOS TRIBUNAIS: UMA TERCEIRA DIMENSÃO METAFÍSICA E FICTÍCIA EM DESCOMPASSO COM O MUNDO DA REALIDADE DOS HOMENS.....	995

AQUELES QUE FAZEM ARTE PELAS RUAS: O MOVIMENTO
GRAFFITINA GRANDE VITÓRIA/ES

Thayla Fernandes da Conceição¹

André Filipe Pereira Reid dos Santos²

RESUMO

Não raro corremos os olhos pelas paredes da região da Grande Vitória, central ao Espírito Santo, e percebemos desenhos e riscos aparentemente perdidos, seguindo a tendência de um acontecimento global. Inevitavelmente estes, que se tornaram mais frequentes e que tomaram conta de lugares até mesmo inusitados, como altos andares de prédios, nos chamam a atenção, seja em virtude de suas cores, da mensagem que transmitem ou da sua consideração como atos chocantes de vandalismo. São, acima de todas as impressões, as expressões do movimento de *graffiti* desta localidade. O Estado, em âmbito federal, com base na positivação recente de legislação, realizou a separação entre as expressões *pixo* e *graffiti* e consequentemente criou dois movimentos paralelos, de forma a definir o que é ou não uma arte legítima e o que é ou não um ato criminoso. Existe, a partir da definição do próprio grupo, esta separação?

¹ Fotógrafa, estudante de direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e de ciências sociais na Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura.

² Sociólogo, Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura.

Como percebem, a si próprios e a arte que despejam pelas ruas, os artistas locais (*aqueles que fazem arte pelas ruas*)? Em suma, como se auto-define o movimento *graffiti* local e qual a sua relação com os movimentos insurgentes contemporâneos? Buscamos analisar estas questões a partir de um estudo etnográfico feito com base em metodologia de entrevistas e observação participante.

Palavras-chave: *Pixação, graffiti, vandalismo*

ABSTRACT

Often we run our eyes over the walls of the Grande Vitória region, central to the Espírito Santo state, and see drawings apparently lost, following the trend of a global event. Inevitably in these, which have become more frequent even in unusual places, we keep our attention, either because of the colors, because of the message or because the fact that some people admit it as shocking acts of vandalism. It is, above all impressions, expressions of the graffiti movement of this region. The Brazilian State made recently a legislation separating two expressions (“graffiti” and “pixo”, considering that this one in Brazilian common sense relates only to not colored drawings, only to scrawls. The other expression – graffiti – is related to the drawings), creating two parallel movements in order to define what is or is not a legitimate art work and what is or is not a criminal act. Is there, in the reality of the artists, this separation? How the local graffiti movement (those who make art in the streets) defines itself and its own art? What is the relation they have with local social problems? We analyzed these issues making a ethnography on the methodological basis of interviews and participant observation.

Keywords: *graffiti, vandalism, pixo*

INTRODUÇÃO

As ruas falam: definitivamente, a cidade é um espaço de encontros e desencontros bruscos de várias vozes e olhares, um espaço polifônico¹ em que os múltiplos atores sociais se colocam. Em função destes (des)encontros de vozes, muitas vezes surgem conflitos, os quais podem ser manifestados das mais diversas formas. A arte de rua, especificamente o *graffiti*, para efeitos deste trabalho, pode assumir a roupagem de ser voz de expressão de conflitos sociais

Esta arte, portanto, ao contrário de expressões como a publicidade e as artes elaboradas para exposições em galerias, normalmente “oficializadas” por instituições ideológicas hegemônicas, possui a particularidade de normalmente ser denunciadora. É, normalmente, veículo de manifestação do invisível, o qual pode relacionar-se a indivíduos, a grupos sociais, ou mesmo a estruturas ideológicas propositalmente postas como invisíveis por grupos sociais dominantes.

Os grafiteiros reforçam a ilegalidade das suas manifestações artísticas – por ser a afirmação da ilegalidade justamente o que, para *aqueles que fazem*, legitima o caráter contestador desta arte - e a tornam instrumento de reconhecimento pessoal e social. Em função desta sua audácia de enfrentamento é ela taxada como conduta delituosa, sendo os atores sociais que com ela se relacionam admitidos como marginais ao campo² das artes e mesmo à outros campos da vida social.

Na Grande Vitória houve um aumento visível das manifestações de *graffiti* nos últimos anos. Segundo podemos perceber a partir da elaboração desta pesquisa, não à toa este aumento se relaciona com um período no qual a região vivencia uma

grande onda de protestos e movimentos de contestação dos mais diversos tipos, principalmente organizados por jovens e estudantes, como é o caso do Movimento Passe Livre, que reivindica melhorias na estrutura do transporte público e melhores tarifas.

Ainda que a estética das intervenções artísticas não seja sempre especificamente conectada a algum destes movimentos, ainda que a mensagem dos *graffitis* não seja sempre a mesma diretamente propagada por tais movimentos, a onda de contestação em si mostra-se como um momento no qual o sujeito sente-se mais apto a manifestar-se publicamente, ainda que por vias declaradas ilegais.

O nosso objeto de estudo principal neste trabalho etnográfico é, portanto o “movimento”³ *graffiti* – a arte visual de rua por excelência – na Grande Vitória/ES⁴. O objetivo central é analisar a identidade do movimento local, construída por aqueles que fazem esta arte, e a forma como a definem. Abordaremos, ainda, a relação deste movimento com problemáticas locais e algumas questões referentes à arte e ao discurso considerados “oficiais” (especificamente a publicidade e a “arte de galeria” e as instituições Estatais).

Este trabalho se justifica em virtude da expansão considerável das manifestações em *graffiti*, que inevitavelmente nos instiga a curiosidade e nos preenche os olhos. Este “incômodo”, que primeiro se manifesta num plano visual, geralmente é para o pesquisador a fonte de um trabalho de natureza etnográfica, tal

³ “Movimento” é outra expressão típica dos artistas em questão. Denuncia as origens do *graffiti*, sua relação com os subúrbios das grandes cidades estadunidenses tais como Nova York, seu círculo inicial. Denuncia, ainda, a necessidade de ação, a necessária dinâmica que deve existir entre os executores.

⁴ A Região Metropolitana da Grande Vitória abarca os municípios de Cariacica, Fundão, Guarapari, Serra, Viana, Vila Velha e Vitória.

¹ James Clifford (1998).

² O conceito de “campo”, também entendido como “esfera”, é amplamente utilizado na obra do teórico francês Pierre Bourdieu.

como ocorreu no caso deste trabalho, e o mesmo vale para a sua ilustração fotográfica. Justifica-se este, ainda, em virtude da relação entre o *graffiti*¹ e as problemáticas do cenário atual, da possibilidade de tornar-se esta arte uma veia latente de demonstração destas problemáticas.

Nos pautamos, em termos metodológicos, na observação de intervenções de *graffitis* e, principalmente, em entrevistas feitas com artistas do movimento local. Optamos, em função das próprias características do grupo, por apresentá-los exclusivamente com base em suas *tags* (apelidos de intervenção). Sendo assim, são eles: *Dent, Starley, Alecs, Voodoo, Pontello, Victor e Gentil*.²

Quanto às nomenclaturas das expressões artísticas aqui analisadas, optamos por utilizar as versões normalmente utilizadas por quem as realiza, por respeito à identidade assumida pelo próprio grupo: *graffiti* (o *graffiti* pictórico), em que pese ser expressão em língua estrangeira, e *pixo* (o *graffiti* escrito), em que pese seja palavra gramaticalmente incorreta. Além disto, entendemos, principalmente com base nos depoimentos colhidos neste trabalho, serem estas duas técnicas diferenciadas quando analisadas a partir de questões meramente estéticas, mas politicamente e socialmente próximas, tanto que podem ser consideradas um só movimento artístico. Por esta

¹ Sobre o conceito de arte, sempre muito se discutiu a respeito da possibilidade de restringir a este campo do conhecimento apenas aquilo que, além de uma manifestação meramente estética, tem certa implicação de natureza política, denúncias no campo social. Acreditamos que não é correta esta restrição, esta definição, mas podemos afirmar ter esta uma relação muito mais íntima com a arte de rua do que com artes próprias para galerias, vernissages, exposições em geral.

² Trechos das entrevistas podem ser conferidos no vídeo: <http://www.youtube.com/watch?v=ecjRLxAlJu0>

razão, ao falarmos a respeito do “movimento *graffiti*”³ estaremos nos referindo a ambas as manifestações.

Como resultado principal, percebemos que há entre os artistas estudados consciência dos impactos do que fazem, mesmo quando são estes considerados negativos e criminalizados por quem os vê. Esta consciência está relacionada à própria percepção dos artistas do que seria a cidade, o espaço urbano contemporâneo, ou seja, uma cidade excludente, desigual, concepção esta que com a ajuda da sua arte buscam reconstruir. E, ainda, percebemos ser a ilegalidade parte da identidade do movimento, haja vista que em essência são contrárias à muitas das propostas dos discursos oficiais estatais e publicitários. Sendo assim, podemos concluir ser o movimento *graffiti* local, sim, um exemplo de arte de insurgência.

1. BREVE DESCRIÇÃO DA ARTE GRAFITTI NA GRANDE VITÓRIA

No que tange à sua contextualização histórica, temos que surgiu o *graffiti* como um dos braços do movimento *hip hop* estadunidense. Com o passar do tempo, este estilo artístico adquiriu certa autonomia. Como arte, ainda, passou pelas mãos de artistas como Keith Haring e Jean Michel Basquiat, o qual foi pioneiro do estilo com

³ Somos partidários, em contrapartida, da análise proposta por Flávia Caló (2005): “Hoje, no século XXI, autores e artistas ligados direta ou indiretamente a essa forma de expressão mural estão substituindo o termo pichação e grapicho por grafite escrito (quando o grafiteiro somente escreve, e dentro de padrões da arte da caligrafia) e grafite pictórico (nos casos de trabalhos com uma carga de elaboração maior e uma ‘estética’ melhorada).(...) Entende-se que grafite e pichação são termos ‘iguais’, equivalentes; tanto para trabalhos com uma carga de escritura maior, como para trabalhos em que a carga formal prevalece (mesmo o desenho formando ‘um escrito’). Os dois modelos são complementares e não díspares, transitando esteticamente entre toscos e elaborados.” Sendo assim, para efeitos deste trabalho, ao nos referirmos ao “movimento *graffiti*” aí também incluímos o *pixo*.

suas intervenções em prédios de Manhattan, e Banksy, anos depois, em Londres. Tomado como instrumento político-social de contestação e reivindicação, foi amplamente utilizado nas manifestações dos grupos sociais latino-americanos e, também, nas dos levantes estudantis europeus da década de 60 e 70, a exemplo do movimento de Maio de 68.

Hoje existem categorias afirmadas a respeito dos vários estilos que podem ser utilizados por aqueles que se atrevem a pintar nas ruas. Dentre estes, podemos citar o *bombing* (palavras feitas com a estilística de desenhos, preenchidas com várias cores pensadas para serem de rápida execução), o *stencil* (um tipo de molde vazado), o *tag* (a tipografia das assinaturas, relativa ao *pixo*, ou *graffiti* pictórico, conforme nomenclatura por nós adotada) e os *stickers* (os adesivos).

E é possível percebermos, a partir de um olhar mais direcionado, que as ruas da Grande Vitória estão cheias de figuras que indicam cada um destes estilos. Existem, nesta localidade, vários grupos, ou *crews*, em vias de expansão.

Alguns destes são mais antigos – também chamados “*Old School*” - como o “LDM Grafite” (sigla que significa “Luz do Mundo”), grupo do qual Alecs, faz parte, juntamente com outros grafiteiros, como é o caso de Fredone Fone.

Dent e Starley foram contatados no Centro de Referência da Juventude em Vitória, numa ocasião em que, durante uma feira organizada em função do dia da Consciência Negra, expuseram seus trabalhos. Dent à época, era menor de idade e estudante de ensino médio, Starley, por sua vez, graduando em História pela UFES. Nesta mesma ocasião também encontramos Alecs, grafiteiro há vários anos, que também possui uma loja de produtos próprios para *graffiti* na cidade de Vila Velha, um dos poucos locais especializados no estado. Voodoo, Gentil, Victor e Pontello, com quem conversamos na UFES, a Universidade Federal do Espírito Santo, também são

todos universitários. Os primeiros, estudantes de artes plásticas (Gentil, também de fotografia), os outros dois, estudantes de arquitetura, vindos de São Paulo para Vitória.

Alecs¹ afirmou que o crescimento/expansão do *graffiti*, tem relação com dois fatores. O primeiro é que o *graffiti* saiu das periferias e passou a atingir também outros âmbitos sociais. O segundo, o fato de ter deixado de ser uma exclusividade do “movimento Hip Hop” (tradicionalmente fazem parte da identidade deste movimento o *break*, o *rap*, o DJ – *Disk Jockey* - e o *graffiti*) e ter se tornado de certa forma autônomo, e, em determinadas circunstâncias, integrado a outros núcleos como, por exemplo, o rock e reggae.

Uma análise do “estilo” de cada uma das pessoas que entrevistamos denuncia este deslocamento: notamos em alguns deles tendências de roupas e acessórios que lembram o *hip hop*, como, por exemplo, calças bem largas e bonés, mas isto está longe de atingir uma uniformidade. Alguns se distanciam bastante desta tradição, adotam visuais mais alternativos, próximos, por exemplo, do visual hippie ou rock’n roll. Outros, por sua vez, se vestem de forma bastante convencional, simplesmente com calça jeans e camiseta.

Afirmaram Dent e Starley, ainda, que além do *graffiti* estar se desenvolvendo, também está se profissionalizando; tornou-se uma forma eficaz de ganhar dinheiro, de “ganhar a vida”. Porém, em virtude mesmo da natureza da arte em questão, muitas pessoas não gostam da ideia de vender o trabalho que fazem e recusam fazê-lo. “A maioria gosta só de pintar na rua, (...) sempre vai ter grafiteiro na rua, (...) mas os

¹ Quando Alecs e seus amigos – sendo alguns integrantes do LDM Graffiti - começaram a trabalhar na região da Grande Vitória com *graffiti*, o grupo todo era composto por cerca de cinco pessoas, apenas. Nos últimos anos, segundo o seu depoimento, o movimento cresceu bastante e ele mesmo não sabe dizer quantas pessoas estão envolvidas. Mulheres e estudantes da UFES, inclusive, se integraram. Muitas destes novos nomes do *graffiti* local são ex alunos dos mais antigos.

artistas também precisam de dinheiro pra conseguir as tintas, pra sobreviver”, afirmou Starley.

Alecs afirmou que o trabalho com *graffiti* tem sido cada vez mais valorizado no Estado, à ponto de algumas pessoas adotarem esta arte como única fonte de renda ou, ainda, como ponto de partida para estudarem decoração, fabricação de móveis, tatuagem e etc.

Todos os artistas entrevistados, porém, concordaram que, em que pese haver este comércio artístico, o *graffiti* em si, o real, é aquele feito nas ruas, à espreita, sem autorização e sob doses de adrenalina.

Percebemos, por fim, com base nos depoimentos colhidos neste trabalho, que a arte de rua local está inserida num processo de interação global. Artistas locais estão em constante troca de informações com outros, e aqueles que desenvolvem trabalho autoral para galerias, costumam expor em outros estados e países em conjunto com outros artistas.

O antropólogo jamaicano Stuart Hall, ao escrever a respeito da identidade cultural na pós modernidade (2004), analisa os efeitos da globalização sobre as culturas e verifica a existência de uma tensão entre o “global” e o “local”, quer dizer, verifica que estas culturas também sofrem efeitos dos processos de transcendência de fronteiras nacionais e de criação de novas combinações de espaço-tempo. Verifica o autor o surgimento daquilo que chama de “hibridismos” (o que não significa excluir as particularidades das identidades locais)¹. Assim, o movimento local tem se construído

¹ “Uma de suas [referindo-se à globalização] características principais é a ‘compressão espaço-tempo’, a aceleração dos processos globais, de forma que se sente que o mundo é menor e as distâncias mais curtas, que os eventos em um determinado lugar têm um impacto imediato sobre pessoas e lugares situados a uma grande distância.” (2004 p. 69).

e estabelecendo características próprias, mas não deixa de pertencer ao movimento *graffiti* mundial, o qual, independente do local onde se manifesta, também possui características comuns.

2. O CONTRASTE COM OS DISCURSOS OFICIAIS

2. 1. O estado

Parte da legitimação do *graffiti* como forma de expressão, como atividade artística, por parte do Estado brasileiro se concretizou com o fato da presidente Dilma Rousseff, em 26 de maio de 2011, ter sancionado nova lei (Lei nº 12.408)² que considera (ao menos no plano normativo) o *graffiti* como verdadeira forma de expressão artística e não mais como simples ato de vandalismo.

Duas interpretações são possíveis a partir deste texto legal. A primeira é a de que qualquer intervenção artística urbana, independentemente de seu conteúdo

² Art. 65. Pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 1º Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção e multa. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.408, de 2011)

§ 2º Não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário e, quando couber, pelo locatário ou arrendatário do bem privado e, no caso de bem público, com a autorização do órgão competente e a observância das posturas municipais e das normas editadas pelos órgãos governamentais responsáveis pela preservação e conservação do patrimônio histórico e artístico nacional. (Incluído pela Lei nº 12.408, de 2011).

estético, sendo feita mediante autorização é legítima aos olhos estatais e não é considerada crime, (situação um tanto quanto óbvia...). A segunda, considerando a posição do segundo parágrafo do artigo, é a de que apenas as intervenções que possuam um conteúdo estético e uma técnica mais elaborada (só assim podendo cumprir o mandamento de valorizar o patrimônio público), quer dizer, aquilo que o poder público considerou como *graffiti*, desde que feitas mediante autorização, são legítimas. O *pixo*, presente no *caput* do artigo citado, não pode, a partir desta segunda interpretação, em hipótese alguma ser considerado legítimo, pois a ele, topograficamente, não se refere a autorização. Surge, assim, também uma divisão entre as duas manifestações.

O que motivou o reconhecimento de uma prática que naturalmente pertence às ruas, que naturalmente é reivindicativa e, portanto, crítica de muitos dos atributos e ações deste mesmo Estado que hoje a legitima? Sabemos que as leis deveriam ser produtos da “vontade social”, deveriam dar voz às necessidades dos grupos sociais, porém, em várias circunstâncias, apenas exteriorizam determinadas ideologias estatais arbitrárias e construídas conforme interesses específicos de classes dominantes, apenas se mostram como aparatos de construção e exercício de “poder simbólico”, conforme conceito definido por Pierre Bourdieu.

Hoje, embora seja um tanto quanto universal, acessível e acessada por inúmeras pessoas independente de suas classes sociais, o *graffiti* é, originalmente, uma das vertentes do movimento “*Hip Hop*”¹ e, portanto, é uma das gargantas do *guetto*,

¹ Resumidamente, trata-se de movimento cultural surgido nos Estados Unidos em meados da década de 60, sendo que a expressão em si foi cunhada pelo DJ Afrika Bambaata. Desenvolveu-se em subúrbios e lugares considerados perigosos, nos quais habitava uma maioria negra, latina, e imigrantes ilegais, e nos quais eram comuns conflitos armados, disputas territoriais. Percebe-se que todas as vertentes do movimento hip hop, o rap, o break, o DJ, e mesmo

um dos veículo pelo qual este se expressa, se movimenta; é um dos meios pelos quais ele aparece, se torna visível, desce dos morros – local, conforme geralmente se imagina, reservado apenas às classes menos abastadas economicamente e, portanto, incapazes de realizar produções culturais significativas - e invade muros, avenidas e localidades nobres, além de prédios institucionais².

Sendo assim, a resposta para a legitimação do *graffiti* está na inclusão social – expressão tão problemática quanto a “ressocialização”, utilizada na análise de fenômenos criminológicos - que este proporciona. E, ainda, considerando o contraste de opiniões, o levante de bandeiras de transformação social feito por este movimento, também está a resposta desta legitimação no objetivo estatal exercer um certo controle da mensagem transmitida por estas intervenções artísticas.

Alecs, Dent e Starley atuam no “CRJ”, O Centro da Referência da Juventude em Vitória. O público alvo deste centro é a juventude de comunidades de baixa renda,

o *graffiti*, possuem uma essência de competição; isto por que são expressões culturais que foram criados para, certa forma, substituir a competição violenta, estimular uma competição saudável. Em virtude destes ideais que carrega, ao chegar ao Brasil, tornou-se veículo de politização, principalmente nas periferias, tornou-se cultura de denúncia e reivindicação das minorias. Nas palavras do *rapper* Emicida, na música “Triunfo”: “*Não escolhi fazer rap não, na moral. O rap me escolheu porque eu aguento ser real como se faz necessário, tiozão. Uns rimam por ter talento, eu rimo porque eu tenho uma missão: sou porta-voz de quem nunca foi ouvido. Os esquecidos lembram de mim porque eu lembro dos esquecidos.*”

² Heloisa Buarque de Holanda corrobora com esta afirmativa e apresenta a periferia como um ambiente de intensa produção cultural: “Os últimos cinco anos do século XX no Brasil foram surpreendi- dos por um fato, aparentemente novo, que prenunciava algumas desestabilizações inéditas no que se convencionou chamar de cul- tura moderna. Falo da produção cultural das periferias e favelas das grandes cidades que, neste momento, começa a se afirmar e se des- locar progressivamente em direção ao centro, ganhando visibilidade através da imprensa e da indústria cultural.” (p. 86, 2012)

geralmente entre 15 e 29 anos de idade. Lá são desenvolvidas atividades de cunho artístico e profissional gratuitamente, incluindo trabalhos com *graffiti*.

Porém, em que pesem os bons resultados alcançados com o trabalho neste centro, Starley e Dent nos disseram que nestas oficinas e cursos os grafiteiros que trabalham com os jovens conseguem ajudá-los até mesmo com questões referentes ao uso de drogas, mas, então, há o fim da oficina, o fim do contrato (de prazo determinado) com o Estado.

Este fim de contrato, que dura geralmente três meses, significa também o fim do apoio do poder público para a realização daquela atividade e o consequente fim desta, já que é difícil custeá-las por conta própria. Contudo, e depois? O que acontece quando há o fim do suporte estatal, considerando que os materiais são caros e, normalmente, os jovens e suas famílias não podem pagar por eles?

Além do mais, segundo os mesmos grafiteiros, os projetos são engessados. Ao serem implantados numa determinada comunidade, não costuma haver uma sondagem prévia, uma pesquisa para conhecer melhor as reais vontades e necessidades daquelas pessoas.

Os representantes do Estado portanto, segundo os entrevistados, costumam aplicar projetos de política sociocultural de forma arbitrária, como se uma pessoa, por ser carente, tivesse que aceitar qualquer tipo de atividade que lhe seja oferecida. E, também, como se o Estado, em vez de estar cumprindo sua obrigação e com sua própria razão de existência, estivesse fazendo um verdadeiro favor àquelas pessoas ao concede-las a oportunidade de desenvolverem determinadas atividades.

Saindo do âmbito do *dever ser* proposto pela lei e analisando o *ser* – a questão de fato sobre o ponto de vista dos artistas - percebemos que a separação proposta pela lei entre *graffiti* e *pixação*, entre “rabiscos” ilegais e “desenhos” que podem ser aceitos, é imperfeita (além do fato de que obviamente não há que se falar em

crime se há uma autorização para a pintura de um muro, situação que nem deveria ser discutida em lei).

Segundo as entrevistas e segundo as observações, o *pixo* e o *graffiti*, ao menos no que tange ao grupo aqui analisado – o que atua na região da Grande Vitória - não são considerados como opostos inconciliáveis, de forma unânime, por aqueles que os fazem tal como apresenta categoricamente a legislação.

Em que pese o *pixo* ser, conforme mencionamos anteriormente, a expressão escrita do *graffiti*, diferente do *graffiti* pictórico, ambas as expressões, nas palavras dos artistas entrevistados, tem a mesma essência – a essência da arte da rua - e podem atingir as mais diversas formas e transmitir as mais diversas mensagens, seja apenas de forma imagética ou, também, a partir do uso de textos, frases, palavras. Além disto a palavra *graffiti* foracunhada originalmente no inglês, não existindo neste idioma uma expressão referente especificamente ao *pixo*.

Alguns autores, dos quais discordamos veementemente, optaram por considerar apenas a técnica do *graffiti* como manifestação artística, e não a *pixação*, como é o caso de William da Silva-e-Silva, que analisa o *graffiti* no Rio de Janeiro (2011, p. 13):

Atenção! A palavra Graffiti envolverá os conceitos de graffiti e graffiti hip-hop. Graffitis diferem muito de pichação. Esta última não pertence ao campo das artes, sendo desprovida de estética. Não tem sentido linguístico. É transgressora. Meros rabiscos.

Por estarem estas técnicas relacionadas à mensagens, por serem também um fenômeno linguístico, se delineiam conforme deseja o sujeito que possui o poder sobre os materiais (podem estar relacionados à simples questões estéticas, a reivindicações

sociais, ambientais ou políticas, à torcidas organizadas, etc.). A *tag*, por exemplo, é a estilística utilizada para a assinatura das intervenções de “desenho”, mas também é utilizada no *píxo* e, conforme normalmente acontece no Espírito Santo (ao contrário de outros estados brasileiros como São Paulo, nos quais existe de fato uma separação entre os dois estilos feita pelas próprias pessoas que os fazem¹), um artista que se vale dos “desenhos” também se vale das tipografias, dos “rabiscos”.

É comum, portanto, uma mistura de estilos e, principalmente, uma mistura de palavras com imagens, mistura esta tão revolucionária nos muros quanto foram em quadros as misturas imagens-palavras de Toulouse-Lautrec nos últimos anos do século XIX, que são consideradas como os primeiros cartazes da história das artes. Um mesmo indivíduo geralmente é, portanto, pixador e grafiteiro. Pontello, em afirmou, em concordância, que a legislação fez um tipo de divisão que não deveria existir “como se o *graffiti* fosse o desenho e a *pixação* fosse o risco, enquanto tudo é uma coisa só, é a sua forma de se colocar para a rua, se comunicar na rua”.

Gentil chamou atenção para o fato de que artistas que invadiram importantes galerias e eventos de arte do país, como a Bienal, para pixar em atitude de protesto, hoje participam como convidados destes mesmos eventos e, inclusive, estão presentes em eventos internacionais como a Bienal de Berlim, como é o caso de Djan Ivson, o “Cripta”². Existe, portanto, nas palavras de Gentil, um grupo para afirmar que “a

pixação também é arte”, que “esta é, na verdade, o *graffiti* tradicional, nativo, do Brasil”.

Diante destas considerações, podemos concluir que a lei, de aparentes boas intenções, está distante do fenômeno social tal como ele realmente é. Não falha, porém, em refletir o desejo estatal de controle e em criar um aparente ambiente receptivo ao grafiteiro (ou pixador?...).

A *pixação/graffiti* é considerada um tipo de crime ambiental em virtude do fato de estar relacionado à poluição material e visual de ambientes. Voodoo contou em entrevista a respeito de intervenção que fez sob a parte da Ponte da Passagem, na parte em que esta está voltada para a entrada do bairro de Andorinhas, que ilustra o que, na visão dos artistas, torna paradoxal esta criminalização. A autoridade policial à primeira vista criminalizou a arte feita – que se tratava de uma espécie de “*bomb*” com a mensagem “Bom dia” – enquanto toda a comunidade em volta agradecia as novas

encara a arte como luta de classes. Não é uma corrente estética que se opõe a outra, mas um estilo de vida e origem social em fricção com um circuito elitista. (...) ‘Nossa estética está sendo assimilada’, diz Ivson. ‘Mas a gente só vai fazer *pichação* autorizada, sem quebrar as regras, quando a gente não tiver mais vergonha na cara.’” (MARTÍ, 2012).

Posteriormente, o mesmo jornal publicou notícia sobre a prevista participação do artista na Bienal de Berlim (**Paulista “picha” curador da Bienal de Berlim**, 13 de jun. 2012). Chamado para dar um workshop sobre *pixação*, o Cripta, junto com seus companheiros de Crew, pixou a igreja aonde seria realizado. Os organizadores do evento discordaram da atitude e isto fez com que um bate-boca se iniciasse. Como resultado, o curador do evento, o polonês Artur Zmijewski atirou água e Cripta, que lhe devolveu com um banho de tinta amarela. Nas palavras do artista para a reportagem: “O curador, que se diz um cara revolucionário, levou para o lado pessoal. É uma bienal política, que critica o sistema, mas tiveram que recorrer ao sistema para nos parar”.

¹ Conforme concluído por Alexandre Barbosa Pereira em sua pesquisa etnográfica com os pixadores na cidade de São Paulo (2010).

² O jornal Folha.com publicou recentemente matéria a respeito da carreira do artista: “Mas é também gente que invade uma Bienal de São Paulo, depois volta pelas portas da frente como convidado, vai à Fundação Cartier, em Paris, onde Ivson expôs há três anos, vira tema de documentário, roteirista de filme, palestrante em escolas e acaba sendo escalada para a próxima Bienal de Berlim, para onde ele vai em abril. (...) Na pose e no discurso, Ivson ainda

cores, a consideração. A consideração popular fez com que os policiais desistissem da abordagem.

Acrescentou que não compreende como um Estado que constrói uma ponte por cima de um mangue – como é o caso da Ponte da Passagem, localizada ao lado da Universidade Federal do ES, e também de outras em nosso estado – considera crime ambiental um “Bom dia” desenhado. Acrescenta-se a isto o fato de que a ponte, que é um projeto um tanto ambicioso, inspirada nos moldes da ponte estaiada paulista, fora construída praticamente por cima da entrada e da parte inicial do bairro, que, sendo considerado de baixa renda, não está entre os que mais recebem atenção do poder público em Vitória.

2. 2. Publicidade e galerias

Os chamados “atropelos”¹, segundo nos contaram os entrevistados, não são comuns entre os artistas da Grande Vitória, porém, costumam acontecer por meio de propagandas, as quais são colocadas por cima dos trabalhos de *graffiti*, como se estes fossem meros panos de fundo.

Em um dos trabalhos que Dent e Starley fizeram, o qual era a imagem de uma onça e de um índio se desfazendo, (menções ao genocídio e à destruição da fauna e flora brasileira), foram coladas diversas propagandas por cima. Posteriormente, a parede foi pintada. Demoraram mais de oito horas para completar a intervenção e em pouco tempo esta foi perdida. O artista do *graffiti* não pode, segundo afirmaram

¹ “Atropelar”, mais um termo próprio da linguagem do movimento aqui estudado, significa fazer o seu próprio trabalho “passando por cima” do trabalho de uma outra pessoa. Um dos exemplos mais ressaltados de atropelo ocorreu em Londres e se perpetua, feito uma clássica “batalha”, até hoje. Banksy, reconhecido artista, fez há vários anos um stencil por cima de um trabalho de outro reconhecido artista: King Robbo. Este graffiti era até então um dos mais antigos a permanecer intactos na cidade.

ambos, ser apegado ao seu trabalho, pois é extremamente efêmero, ou, ainda, nas palavras de Starley, “tá na rua, é de todo mundo”.

O atropelo inverso também ocorre, como ato de protesto. Em Vitória, Filipe Borba é um exemplo de artista de rua que costuma “brincar” colando seus stickers em propagandas, principalmente em outdoors com propagandas oficiais do governo do estado e de grandes empresas. Um dos exemplos mais lembrados e mais audaciosos do seu trabalho é um sticker colado sobre um outdoor da empresa Vale. Consistia este em uma imagem de um indivíduo sugando pó com o nariz auxiliado por um canudo, aonde podia se ler “Pó preto Vale?”, ou seja, uma clara menção irônica ao problema da poluição causada pelo pó de minério explorado pela empresa.

Neste contexto, Gentil brincou na entrevista com o dilema que envolve, por um lado, a não-aceitação de determinadas intervenções de rua e, por outro, a aceitação, por exemplo, de um outdoor gigantesco, em cima da Terceira Ponte – um dos cartões postais do Espírito Santo –, com a foto de um homem só de cuecas, por mais que a nudez seja algo reprimido por nossa sociedade.

No tocante à relação entre arte de rua, especificamente o *graffiti*, e arte de galeria, ocorreu na Grande Vitória um curioso evento. No ano de 2011 o Museu Ferroviário Pedro Nolasco, pertencente à companhia siderúrgica Vale, na cidade de Vila Velha, exibiu a exposição “Fermata” dos artistas Otávio e Gustavo Pandolfo, conhecidos como “OSGEMEOS”, grafiteiros paulistas reconhecidos mundialmente, com carreira iniciada na década de 1980. Pela primeira vez o Espírito Santo recebeu em suas galerias uma exposição de tamanha dimensão de artistas que tradicionalmente trabalham nas ruas.

Buscamos averiguar, nas entrevistas, se não haveria discordância por parte dos artistas locais de ter sido dada a tal exposição tamanha atenção e dimensão, em função da reputação nacional e internacional dos artistas responsáveis por ela e, por

que não, do alto valor econômico que envolve suas produções, enquanto que espaço semelhante jamais foi dado a um artista ou grupo de artistas de *graffiti* em nosso estado.

Alecs já conhecia os dois e afirmou que ambos, mesmo quando estão no exterior, sempre deixam claro que vieram do Brasil, que são de São Paulo; carregam com orgulho a sua nacionalidade, as suas origens. Voodoo afirmou não ter ido à exposição por não gostar muito de “arte feita para galeria” (segundo ele, esta seria outra forma de discriminar o que é arte – aquilo que está dentro das galerias – e aquilo que não é – aquilo que está fora, na rua), mas admira o trabalho da dupla e gostou muito do fato de que eles fizeram, junto com a equipe que trouxeram, várias intervenções urbanas pela cidade de Vitória. Afirmou, ainda, que o trabalho que estes realizam para exposições em galerias é bem diferente do trabalho que estes realizam nas ruas, embora ambos sejam de qualidade.¹

Segundo afirmaram os entrevistados, os grafiteiros locais se reuniram e falaram com Otávio e Gustavo, gostaram muito deles e disseram que ambos, apesar de todo o seu sucesso, são pessoas bens simples.

Com base nestas análises a respeito da relação do *graffiti* com o discurso estatal, com o discurso publicitário e com a arte de galeria, podemos perceber que o discurso que envolve uma obra artística é definitivo no que diz respeito à sua qualificação. Em função disto, determinadas obras são consideradas ilegais, vandalismo, atitudes criminosas, enquanto outras, ainda que mais abusivas – o que não

¹ A dupla de fato realizou, junto com os demais artistas que vieram em sua companhia e junto com artistas locais, muitas intervenções urbanas na cidade de Vitória. Uma das principais foi feita em um dos grandes pilares da “Terceira Ponte”, uma das pontes mais importantes da região, responsável por ligar a cidade de Vitória à cidade de Vila Velha. Porém, este *graffiti*, assim como vários outros, foi rapidamente apagado após o fim da exposição dos irmãos.

raro percebemos nas manifestações publicitárias - em função da sua relação com os discursos oficializados, hegemônicos, possuem ampla aceitação.

3. O GRAFFITI COMO ARTE DE INSURGÊNCIA

Os grafiteiros locais atualmente tem passado por uma situação em que podem encontrar um real espaço, em que tem a oportunidade de explorar algo completamente novo. Buscam, diante desta situação, principalmente *repensar a comunicação em termos sociais*² e *construir uma nova relação do indivíduo com a cidade*.

Os discursos – que envolvem também os projetos - arquitetônico e o da engenharia também não são considerados neutros, pois, segundo apontam, a organização das cidades tende a ser excludente, tende a ter como base “maquiagens”. Percebemos que existem investimentos que saltam aos olhos em pontos estratégicos, em avenidas de grande circulação e em pontos turísticos, e, em compensação, existem também bairros desolados, carentes de infraestrutura e saneamento básico adequados.

² Uma interessante observação foi feita por Gentil durante a entrevista: se o pesquisador o encontrou, está provado o poder deste “repensar a comunicação”, como proposto pelos grafiteiros, em especial o *crew* dos Urbanistas, haja vista que chegamos até ele a partir da identificação da sua “tag”, a sua assinatura, nas ruas. Isto aconteceu quando perguntamos para outros grafiteiros que entrevistamos, mesmo antes de conhecer Gentil, se eles por um acaso conheciam o responsável por um determinado desenho que vimos repetidamente pelas ruas (está em vários lugares da cidade, inclusive em avenidas bem movimentadas, como a Fernando Ferrari e a Nossa Senhora da Penha, a “Reta da Penha”). Trata-se de um desenho bem simples, conforme visto na foto que está neste trabalho: uma mistura da letra “G” e a metade do tradicional desenho de um coração, com um sorriso. Gentil afirma ser esta sua “tag” a evolução de tudo o que ele sabe a respeito de comunicação, pois é algo que realmente pode servir como ponte entre ele e qualquer outra pessoa, diferentemente do que costuma acontecer com as *tags* tradicionais, conhecidas por suas complexidades de estilística que inevitavelmente complicam sua leitura e compreensão.

O fato de ser considerada uma arte ilegal também influencia esta exploração da cidade, conforme dito por Gentil e Pontello, pois permite ao artista passar por todas as possibilidades que consegue elaborar, a ultrapassar os limites normais de diálogo e observação ao realizar o seu trabalho. Lidar apenas com os espaços permitidos significa pintar pouco, afirma Pontello, e, conseqüentemente, se expressar pouco e, além de tudo, aqueles espaços que realmente devem ser pintados não costumam ser aqueles para os quais se consegue autorização. Segundo acreditam os artistas, o *graffiti* não é e não pode ser uma arte autorizada, sob pena de perder sua identidade de oposição.

A insurgência com base em intervenções artistas na rua está realizada com um processo de *luta por reconhecimento* (Axel Honneth, 2003) e, ainda que seja essencialmente individual, marca a comunidade; o sujeito quer afastar-se da privação, quer ser reconhecido como sujeito de iguais oportunidades, portador de qualidades, de direitos, e luta para que isto aconteça, sendo a ação considerada ilegal muitas vezes um instrumento desta luta, pois está intimamente conectada à auto afirmação.

Nesta reflexão de Honneth, podemos encaixar a importância da ilegalidade para a arte de rua, da falta de autorização para as intervenções, do uso de máscaras e pseudônimos, importância esta tantas vezes afirmada pelos artistas entrevistados, haja vista que é esta ilegalidade que denuncia um real conflito, que denuncia a existência de opostos e contradições. A *tag*, a assinatura em forma de apelido, torna-se uma nova identidade assumida pelo artista, ou, ainda, talvez a identidade em si deste, na sua forma mais pura de sujeito político, de sujeito da ação social. A arte de rua está, portanto, relacionada com um tipo de paradoxo invisibilidade-visibilidade: o artista se veste de *invisível* – a partir de seus apetrechos, de sua *tag*, de ações rápidas e camufladas –, lança mão de sua persona, cria uma identidade escondida, porém auto-

afirmadora, para tornar-se *visível* no ambiente urbano. Os artistas são, portanto, os “Outsiders”¹ das metrópoles.

Segundo Clifford Geertz, (1997, p. 146), a definição de arte nunca é totalmente intra-estética; é preciso associar o fenômeno artístico a outras formas de atividade social, incorporá-lo em um padrão de vida específico. As artes, portanto, seriam instrumentos que denunciam formas de viver, estando intimamente conectadas com outros fenômenos culturais.² Corroborando com esta reflexão, Andrea Tavares (2010, p. 23) afirma que “a imagem do *graffiti* não é apenas o desenho no muro, mas toda a situação nomeada pela intervenção no muro”. Está esta arte, portanto, relacionada aos fenômenos exclusivistas presentes nas grandes cidades.

No Brasil, um exemplo recente do uso do *graffiti* em conjunto a ações de movimentos sociais é o do “Levante Popular da Juventude”, o “Levante!”. Este movimento se mobilizou, neste ano de 2012, no sentido de participar das reivindicações a favor da liberação dos documentos e das informações do período da ditadura militar. Uma das ações do movimento, também presente no Espírito Santo, consiste em denunciar responsáveis por torturas e outros atos hediondos grafitando na frente das casas destes frases como “aqui mora um torturador!”.

¹ Em um estudo muito interessante (intitulado “Outsiders: estudos de sociologia do desvio”, publicado pela primeira vez em 1963), o cientista social estadunidense Howard S. Becker analisa grupos de músicos de jazz e sua relação com entorpecentes e, a partir desta análise, propõe que o desvio social, ou seja, a quebra de regras sociais, é um fenômeno na verdade comum, e não patológico como costumava se pensar. Isto por que grupos que podem ser qualificados como “outsiders” – sendo que aqui podemos pensar também os artistas de rua – possuem, na verdade, regras próprias, conceitos próprios de normalidade.

² Geertz analisa, neste seu texto, por exemplo, a influência de questões religiosas na pintura italiana do século XV.

Podemos citar como exemplos locais as ações do Movimento Passe-Livre. Este, composto majoritariamente por estudantes universitários, fortaleceu-se a partir do ano de 2011 em reivindicação por melhores condições no transporte público e por tarifas especiais. Este movimento social também fora fortemente expressado por meio de *graffitis*; normalmente se vê em pontos de ônibus, além de cartazes, inscrições com frases de efeito, como, por exemplo, “Pula a roleta!”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidade de Vitória, que tem sofrido um verdadeiro “boom” de expansão, recebendo a consolidação de muitas empresas, muitas das quais multinacionais (como é o exemplo da Petrobrás), é um exemplo de local aonde o planejamento urbano tem sido “feliz” para poucos e causa de tristeza para muitos, muitos outros... E as intervenções da arte de rua são pontos (e traços, cores, figuras...) de reflexão sobre estas questões.

Segundo James Holston (1996, p. 244), o projeto político modernista das cidades tem como instrumento o positivismo jurídico, segundo o qual a única fonte legítima do Direito, o único a possuir propostas legítimas para organização social, seria o Estado. A cidadania insurgente, conforme o autor, seria o ponto de contorno destas questões “positivas”, a movimentação e aparecimento de novas fontes de comportamentos que se propõe legítimas, ainda que distantes das propostas da legislação estatal.

A movimentação artística aqui estudada representa um exemplo desta insurgência, do tal “não planejado”, eis que se trata de uma proposta alternativa de uso do espaço público, diferente inclusive dos decretos municipais.

Aqui está a importância da análise das expressões artísticas espalhadas pelas cidades: a revelação de que um algo incomoda a alguém e de que este alguém é capaz

de insurgir-se contra este algo que lhe incomoda, sendo que este alguém muitas vezes revela um desconforto de um grupo de “alguéns”, de grupos que por algum motivo foram excluídos de uma situação qualquer de planejamento e políticas públicas, ou das expressões políticas em si. As expressões artísticas urbanas demonstram, assim, que a comum consideração da sociedade brasileira como passiva, politicamente apática, não é correta.

No que diz respeito à relação com a cidade, ainda, o *graffiti* surge para nos fazer repensar a noção de propriedade privada. Esta, conforme nos disse Gentil, invade a rua, pois o indivíduo que possui uma propriedade qualquer quer ampliá-la, quer fazer da rua a sua casa, quer assumir controle de lados externos de muros, das calçadas, etc., os quais pertencem a todos, sendo locais aonde todos podem se manifestar. Estes reflexões gerais a respeito da cidade, da publicidade e da propaganda e da propriedade, são os principais papéis sociais do *graffiti*.

O *graffiti* denuncia, assim, a existência da *polifonia*, conforme apresenta James Clifford (1998), necessária das grandes cidades, quer dizer, o diálogo de diversas vozes na composição de um fenômeno social. Igualmente apresenta o autor o conceito de *heteroglossia*. Este é utilizado como ferramenta para a compreensão de uma impossibilidade de homogeneidade cultural. Da mesma forma que a linguagem, as culturas não excluem umas às outras, pelo contrário, coadunam-se e conectam-se de formas diversas. A cultura é percebida como um diálogo aberto, de subculturas, membros, não-membros, facções, ou seja, um processo interativo e criativo.

Especificamente sobre a polifonia nas grandes cidades, apresenta Massimo Canevacci (1997, p. 15):

Delinea-se, assim, desde estas notas iniciais, uma cidade que se comunica com vozes diversas e todas copresentes: uma cidade

narrada por um coro polifônico, no qual os vários itinerários musicais ou os materiais sonoros se cruzam, se encontram e se fundem, obtendo harmonias mais elevadas ou dissonâncias, através de suas respectivas linhas melódicas. A cidade se apresenta polifônica desde a primeira experiência que temos dela.

A polifonia é, assim, um fenômeno inevitável no espaço urbano a partir do momento em que, em acordo com James Clifford, admitimos a existência de múltiplas vozes em um único fenômeno, em um único espaço de análise, e é também a prova da impossibilidade de criação total/totalitária de um “espaço em branco e quieto”.

Existe, ainda, o papel de ação individual, até mesmo psicológica: o *graffiti* como expressão, como forma de projeção do sujeito-artista, como meio de busca por reconhecimento.

Podemos concluir, com base em todas as análises aqui feitas, que para o grupo social em si não é válida a definição de *graffiti* apresentada pelo Estado, especialmente a divisão apresentada por este entre *graffiti* e *pixo*, do ato legítimo – desde que de acordo com as condições importas – e do ato ilegítimo, do vandalismo. *Graffiti* e *pixo* fazem parte de um só movimento; são elaborados, em regra, pelos mesmos artistas.

O encolhimento da individualidade do ser humano, a opressão espacial das grandes cidades e os projetos urbanos exclusivistas talvez não pudessem gerar outras expressões que não a arte nas ruas, a arte de protesto.

Esperamos que a oportunidade de sermos leitores da arte de rua (ou, quem sabe até mesmo parte “daqueles que a fazem?”), seja também uma oportunidade para lermos a nossa própria cidade, para refletirmos a respeito das várias problemáticas que

a circundam, algumas das quais foram aqui analisadas. E o movimento *graffiti* da Grande Vitória agradece fazendo arte nas ruas!

REFERÊNCIAS

BECKER, Howard S. *Outsiders*. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. lei nº 12.408, de 25 de maio de 2011. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12408.htm> Acesso em: 13 de ago. 2012.

CALÓ, Carmelino Flávia. *Questões Etimológicas Sobre os Termos: Grafite e Pichação*. (Anais - III Fórum de Pesquisa Científica em Arte), Curitiba, 2005. Disponível em:

<<http://www.embap.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=18>>. Acesso em: 20 de out. 2012.

CANEVACCI, Massimo. *A cidade polifônica: ensaio sobre a antropologia da comunicação urbana*. 2. ed. São Paulo: Estúdio Nobel, 1997

GEERTZ, C. A Arte como Sistema Cultural. Em: *O Saber Local: novos ensaios sobre antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 1997.

CLIFFORD, James. *A experiência etnográfica: antropologia e literatura no século XX*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1998.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DPSA Editora, 2004.

HOLLANDA, Heloisa Buarque. *Estética da periferia: um conceito capcioso*.

Disponível em:

<<http://www.seminariosmv.org.br/textos/heloisabuarquedehollanda.pdf>> Acesso em: 20 de mai. 2012.

HOLSTON, James. Espaços de cidadania insurgente. *Cidadania. Revista do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional*, n. 24, p.243-254, Brasília, 1996.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

MARTÍ, Silas. *Pichador da Bienal vira celebridade e faz longa sobre movimento*. 2012.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1062064-pichador-da-bienal-vira-celebridade-e-faz-longa-sobre-movimento.shtml>>. Acesso em: 10 de set. 2012.

PEREIRA, Alexandre Barbosa. *As marcas da cidade: a dinâmica da pixação em São Paulo*. Lua Nova, 2010, n.79, pp. 143-162.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010264452010000100007&script=sci_arttext> . Acesso em: 2 de ago. 2012.

SILVA-E-SILVA, William da. *Graffitis em múltiplas facetas: definições e leituras iconográficas*. São Paulo: Annablume, 2011.

TAVARES, Andréa. *Ficções urbanas: estratégias para a ocupação das cidades*. Revista ARS. 2010, vol.8, n.16, pp. 21-30.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S167853202010000200002&script=sci_arttext> Acesso em: 20 de jul. 2012.

WAINER, João. *Paulista "picha" curador da Bienal de Berlim*.

Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/1104025-paulista-picha-curador-da-bienal-de-berlim.shtml>>. Acesso em: 10 de ago. 2012.

AS INCERTEZAS DO PODER EM MACBETH E MAQUIAVEL

Márcia Cavendish Wanderley¹

Alessandra de Almeida Braga²

RESUMO

O tema do poder atravessa o campo da reflexão filosófica e política com maior envergadura pragmática a partir do surgimento da obra *O Príncipe*, do pensador florentino Nicolau Maquiavel, no século XVI. A manutenção do poder depende, segundo Maquiavel, da aplicação de certos mecanismos que ultrapassam os limites da ética. Na aclamada peça *Macbeth*, Shakespeare apresenta o movimento circular do poder, observando a sua dimensão subjetiva, emotiva e irracional. Macbeth é o anti-herói trágico com o qual simpatizamos profundamente pelo grau de humanidade de que se reveste a personagem. Diferente de Ricardo III, tem a plena consciência do mal. Para ele, o crime é uma experiência pessoal de profundas consequências, uma mancha indelével de culpa, assim como as manchas de sangue que se incrustam irremediavelmente nas mãos de Lady Macbeth. É o casal shakespeariano mais criminoso, mas também o mais torturado pela culpa. Para nós, este fenômeno atravessará o campo da reflexão jurídica. O poder e a glória desmedidos produzem na peça alguns contra-efeitos, menos como uma punição moral às condutas das

¹Doutora em Literatura Brasileira (PUC-RJ) e mestre em Sociologia (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF). E-mail: marciacw@centroin.com.br

²Mestre em Sociologia e Direito (UFF). Professora da Universidade Candido Mendes. E-mail: braga.alessandra@hotmail.com

personagens e mais como a revelação da experiência-limite do homem na busca impetuosa e irrefreada pelo poder. O presente artigo buscará estabelecer relações e possibilidades interpretativas da peça de Shakespeare a partir do texto de Maquiavel e referenciado a textos de Kott, Bloom, Weber, Foucault e Ricoeur. Cada um ao seu modo descortina o humano em suas fragilidades e aponta para uma reflexão substancial sobre as estruturas de dominação. Nas palavras de Lady Macbeth “(p)ara enganar o mundo, é preciso ser semelhante ao mundo...”, e são diversos os estratagemas possíveis a serem adotados por um governante para conquistar e se manter no poder. Maquiavel analisa politicamente cada um desses estratagemas e Shakespeare apresenta-os em peça como se fossem dotados de vida e a realidade pudesse ser transformada pelo poder.

Palavras-chave: *Shakespeare; Maquiavel; Literatura; Poder.*

ABSTRACT

The theme of power cuts across the field of philosophical and politics reflection with pragmatic larger from the appearance of the Prince, Niccolò Machiavelli's Florentine thinker, in the 16th century. Maintaining power depends, according to Machiavelli, applying certain mechanisms that go beyond the bounds of ethics. In the acclaimed play *Macbeth*, Shakespeare presents the circular motion of power, noting its subjective dimension, emotional and irrational. Macbeth is a tragic anti-hero with which sympathized deeply by the degree of humanity of the character. Other than Richard III, is fully aware of the evil. For him, the crime is a personal experience of profound consequences, an indelible stain of guilt, as well as blood stains that penetrate even hopelessly in the hands of Lady Macbeth. Is the most Shakespearean double criminal, but also the most tortured by guilt. For us, this phenomenon will go through the field of reflection. The power and the glory's produce some negative effects, less like a

moral punishment for conduct of characters and more as the revelation of the human limit experience in fiery search for power. This article will seek to establish relations and interpretative possibilities of Shakespeare from the text of Machiavelli and referenced texts of Kott, Bloom, Weber, Foucault and Ricoeur. Each one his way reveals the human in their weaknesses and points to a substantial reflection on the structures of domination. In the words of Lady Macbeth "to fool the world, we must be like the world...", and are several possible schemes to be adopted by a ruler to remain in power. Machiavelli examines each of these political stratagems and Shakespeare presents them in part as if they were endowed with life and reality could be transformed by power.

Keywords: *Shakespeare; Machiavelli; Literature; Power.*

1. MACBETH

Não sem razão Harold Bloom nomeou *Shakespeare* de “O criador de nossa humanidade!”. E a humanidade mais contundente de que nos dotou foi forjada através da grande fantasia e da ambição que lhe permitiu criar um personagem a tal ponto imaginativo e ambicioso quanto Macbeth. Imaginativo mas verdadeiro e a tal ponto verdadeiro como verdadeira é a nossa consciência do mal como algo atrelado à nossa própria natureza, indissociável à nossa qualidade de ser humano, convivendo penosamente com ela. Essa é a maior qualidade de um personagem como Macbeth, a par sua imensa capacidade criadora de fantasias para satisfazer sua ambição latente, trazida à tona pelos acontecimentos. Carrega o sentimento do mal como algo com o qual penosamente convive mas que concretiza em ações, cativo que é de sua própria natureza humana. Deplora os assassinatos e os malefícios que perpetra mas não resiste ao poder que o compele. Por este motivo diz Harold Bloom, nos identificamos com ele ou pelo menos com sua imaginação fantasiosa: *De modo chocante Shakespeare faz de nós Macbeths; nossa identificação com o personagem é igualmente involuntária e inevitável* (BLOOM, 1998, p. 633).

Um personagem fantasioso mas consciente. Sabe que não tem direito aos poderes que lhe outorgam, todos conseguidos a fio de espada: “*Por que me vestis com roupas emprestadas?*” pergunta, mas deixa que a fantasia do poder o inebrie com as promessas vaticinadas pelas bruxas que sua imaginação, assim como a de Shakespeare, concebem _ “*Duas verdades foram ditas como prólogos felizes ao grande drama cujo tema é imperial... Esta solicitação não pode ser má e não pode ser boa.... se for má , por que me um deu um penhor de sucesso começando por uma verdade? Sou Barão de Cawdor... Se for boa, por que ceder a uma sugestão cuja horrível imagem eriça meus cabelos de pavor e faz com que meu coração tão firme, bata nas costelas*

contrariamente às leis da Natureza. Os temores presentes são mais terríveis que a imaginação! Meu pensamento, onde o assassinato não passa ainda de um sonho, comove a tal ponto o pobre reino da minha alma que toda faculdade de agir fica sufocada de conjecturas e somente existe para mim aquilo que não existe!” (SHAKESPEARE, 1988a, p. 484).

Macbeth vive num mundo onde impera a ordem, e o bem é recompensado. Mas não percebe que somente dentro dessa causalidade, poderia legitimar o poder conquistado. A ambição que o cega, guia-o porque o que o Thaine de Cawdor perdeu foi a própria virtude, virtú segundo o catecismo maquiavélico, que prega as qualidades do príncipe, virtù e fortuna como indispensáveis à obtenção e manutenção de um principado ou reino. Mas Macbeth ao desejar ver concretizado o segundo vaticínio das bruxas – o de que ele, Macbeth, seria Rei, desconhece o princípio da ordem. Quer impedir que os filhos de Banquo ascendam ao trono, segundo manda a profecia. Neste momento, subverte completamente o comportamento esperado de um monarca, e ordena que executem Banquo e seu filho no bosque. Banquo morre, mas seu filho escapa e foge. É o fantasma de Banquo que virá assombrá-lo em seu momento de comemoração da posse da Coroa. Completamente desorientado pelo espectro de Banquo, que lhe aparece sentado à mesa onde deveria ser o seu lugar no jantar comemorativo de sua ascensão ao trono, Macbeth se compromete ao falar frases desconexas onde praticamente expõe os crimes praticados. Assim se inicia sua perda de dignidade moral junto a seus aliados. A corte inglesa aparece aqui como o refúgio onde os inimigos de Macbeth se reúnem e combatem sua fúria assassina. Sempre guiado pelas profecias, Macbeth acreditará que só será vencido quando o bosque de Dusiname avançar contra ele, pois não morreria da espada de homem nascido de mulher, segundo as bruxas.

É este mesmo personagem moralmente comovido que irá a sangue frio planejar e até executar os mais terríveis e sangrentos atos desta peça, como se escutando longinquamente os conselhos de Maquiavel acerca da formação dos Estados Modernos, se sentisse responsável pela tarefa de execução dessa ideia a qualquer preço em seu país. No entanto, não há aqui qualquer sugestão de conhecimento do autor, acerca do pensador florentino. Ao contrário, sua peça parece guiada pela consciência da existência de forças ocultas, que fazendo parte da natureza humana e impulsionada por ela, são responsáveis pelo bem e pelo mal que os homens fabricam durante suas curtas existências às vezes com a ajuda de outras forças incompreensíveis à razão, mas sentidas pelo espírito, porque por ele mesmo criadas. Um discurso pautado na fantasia mas que pode criar realidades como se vida real fosse. É também um discurso contrário ao de Maquiavel, este sim, plenamente objetivo e fincado na realidade. Porém não menos sangrento em suas propostas e não menos assassino, quando seguido. É portanto uma peça onde o clima filosófico medieval predomina sobre o renascentista mas não completamente. Não há crítica ao sistema de poder vigente, apenas uma constatação da tragicidade do seu destino. Uma aceitação e até fervor na crença do direito divino da realeza desde que legítima, e do castigo a quem ouse quebrar a cadeia hereditária. Um fenômeno que é no entanto aceito, tal a sua inexorabilidade e repetição, fenômeno de que nos fala Kott ao citar a inexorável roda da história chamando-a de “rolo compressor”. As bruxas fazem parte desse universo medieval, tão nosso conhecido por tantos exemplos usados pelo próprio Shakespeare e outros autores dessa época. Uma estória onde todos são criminosos e isto Shakespeare deixa bem patente. Na história da Inglaterra, todos são criminosos, e isto fica bem claro. Não há limite de decência e honra que não seja transposto por estes figurantes da nobreza inglesa em Ricardo III, por exemplo.

Vejamos um bom exemplo:

Diante dos despojos do Rei, que ele próprio matou, o Duque de Glócester impede sua passagem em féretro carregado por dois súditos. Logo em seguida empreende a conquista da Rainha, o que consegue rapidamente mesmo diante do cadáver do rei:

Glócester _ Parai, vós que levais o cadáver e colocai-o no chão.

Ana _ Que negro mágico evocou esse demônio para impedir as obras piedosas da caridade?

Glócester _ Parai vós que levais o cadáver, ou, por São Paulo, farei cadáver aquele que me desobedecer.

_Senhora, ignorais as regras da caridade, que exigem devolver o bem pelo mal e bendizer aos que nos maldizem.

Ana _ Que a insônia sobrevenha ao quarto onde repouses.

Glócester _ Assim será, Senhora até que me deite convosco

Ana _ De todo o coração, muito me alegra também aver-vos tão arrependido. Tressel e Berkeley, acompanhai-me!

À casa do duque de Glócester.

(SHAKESPEARE, 1988c, p. 583).

A peça Ricardo III, esta não deixa incólume nenhuma dignidade. Nem mesmo a piedade, esse valor cristão medieval ou os laços de sangue, moeda tão valorizada na época, têm o poder de interromper a rude escalada em direção ao poder máximo por aqueles que se se consideram os mais aptos entre a nobreza. Jan Kott chamou esta batalha de “O Grande Mecanismo da história” em alguns personagens e em outros de o rolo compressor da história, ou seja, a repetição sistemática através dos séculos monárquicos da mesma história de alguém que é elevado ao pináculo para depois cair

por terra precipitadamente. Aqui este alguém é o rei da Escócia, mas na verdade o autor se reporta à história da Inglaterra. Macbeth,thane de Thamis e general de guerra apreciado pelo rei Duncan era um combatente valorizado por sua bravura e homem de personalidade íntegra e confiável. Herói mais uma vez aclamado, sai vitorioso da última batalha contra o Barão de Cawdor um traidor desleal (pois auxilia o rei da Noruega contra a Inglaterra) e é recebido pelas bruxas que o chamam comothane de Cawdor. Macbeth fica perplexo mas logo em seguida essa notícia do novo título é confirmada por um emissário do rei. Ao ver concretizado o vaticínio, a ambição de Macbeth é despertada para a obtenção do mais alto título da escala: o título de rei da Escócia. Incentivado pela mulher, autora intelectual do crime, Macbeth mata o rei que repousa por uma noite em sua própria casa onde se hospedara. Em seguida mata os acompanhantes do rei, testemunhas do seu crime.

Ao falar da história da Escócia nesta peça, Shakespeare estará também falando indiretamente da história da Inglaterra, assim como faz em todos os seus dramas. Hamlet, por exemplo, trabalha com os mesmos elementos de uma sociedade elizabethana e pode-se dizer o mesmo de Romeu e Julieta. Mas em Macbeth a proximidade é maior porque seu personagem principal é a Monarquia legítima ameaçada e derrubada, para que outro Rei ascenda ao trono. Ciclo que se repete na história Inglesa durante séculos de dinastias que se sucedem.

Macbeth é um anti-herói trágico com o qual simpatizamos profundamente pelo grau de humanidade de que se reveste a personagem. É trágico porque, diferente de Ricardo III, com o qual podemos compará-lo em maldade, mas tem a plena consciência do mal. O crime é para ele uma experiência pessoal de profundas consequências. Uma mancha que não consegue apagar da consciência e da memória assim como as manchas de sangue que se incrustam indelevelmente nas mãos de Lady Macbeth. É o casal shakespereano mais criminoso mas também o mais torturado pela

culpa. Isto compõe sua personalidade trágica e também sua grandeza. Em Ricardo III, a maldade é superficial. É praticada sem angústia e até com muito humor, o que transforma o personagem em burlesco em seu exagero de isenção. No entanto, é figura dotada da totalidade da experiência histórica. Alias, ambos são personagens que representam um papel importante no Grande Mecanismo da história, segundo a visão de Jan Kott (KOTT, 2003, p. 31), sendo que Ricardo vive a experiência da realidade enquanto Macbeth vive o drama do pesadelo. A atmosfera de pesadelo que envolve Macbeth, constitui mais um de seus encantos e reforça sua tragicidade. A demasiada humanidade de Ricardo III, enfraquece-o em sua dramaticidade. Os Reis verdadeiros tem servido como grandes exemplos para a literatura. A quantidade de Monarcas poltrões e destituídos de qualquer grandeza repetem-se na história de todos os países que tiveram ou têm a monarquia como regime. Aqui mesmo no Brasil tivemos um exemplo bem patente. O Brasil também já foi uma Monarquia, e teve o seu período imperial iniciado com D. João VI, Rei de Portugal que transferiu-se para a Colônia, fugindo das tropas de Napoleão que ameaçavam invadi-lo. Claro que não existe personagem Shakespereano tão ridículo quanto aquele. Nem como o rei das duas Sicílias, na história da Europa, que foge na calada da noite às tropas francesas que lá chegavam. Esse episódio, e outros são relatados por Susan Sontag no romance, que é também meta história ficcional, *O Amante do Vulcão* (SONTAG, 2003, pp. 41). Mostram-nos uma imagem grotesca e asquerosa de alguns representantes da monarquia européia naquele período. Em Portugal, D. João VI repete a façanha fugindo de Lisboa para Colônia (Brasil) sem sequer avisar aos súditos de sua partida. Aqui instalado, inicia seu domínio sem preocupação com aparências ou com o julgamento público de sua pessoa. Seus episódios de defecação pública, ficaram famosos entre a população brasileira e historicamente registrados. Nem mesmo

Falstaff, personagem shakesperiano que é muitas vezes burlesco, alcança esse grau de transbordamento da conduta contida atribuída a um rei.

Macbeth, ao contrário é um personagem coberto de dignidade antes e durante seu reinado. Tem dúvidas cruéis quanto à legitimidade das ações que pratica e age como se imerso em um pesadelo do qual nunca acorda. E não acorda, porque não dorme: “Macbeth assassinou o sono”, entre tantos outros assassinatos que cometeu. O assassinato do rei é o primeiro da série e daí em diante não poderá parar. Mas sofrerá profundamente por cada morte que executa ou ordena. Sofre a ponto de despertar os mortos do sono profundo em que permanecem em sua consciência, e eles veem para mesa de jantar real atormentá-lo. O medo do sobrenatural o domina mas não o torna asqueroso. Ao contrário, sua figura enquanto personagem cresce à medida em que aumenta sua consciência do mal e de que não conseguirá escapar dele. Só com sua própria morte. Sua densidade moral, ao contrário, estará daí em diante profundamente abalada. Sabe o que é o mal mas não o evita. Mas ainda sofre consequências por praticá-lo, até o momento em que se considerará infalível, pois lhe haviam as bruxas prometido que não morreria pelas mãos de homem nascido de mulher.

“MacBeth _ Nascestes de mulher. Rio-me das espadas e desprezo as armas que são brandidas por homem nascido de mulher” (SHAKESPEARE, 1988a, p.524). Estas são palavras ditas por MacBeth a Macduff seu oponente, antes da batalha final. Mas ele não sabia que este último fora tirado do ventre materno antes da hora e como tal não é considerado nascido de mulher. MacBeth perde toda sua força que estava depositada na crença de que as profecias o protegiam.

“Macduff _ Rende-te então covarde... e vive para ser o espetáculo e espanto do Universo”. Mas Macbeth não recua e arrisca tudo. Será decapitado por Macduff e sua cabeça é apresentada a Malcon, o novo rei da Escócia.

Este é o final de uma peça que começa tenebrosa e assim segue até o fim. Macbeth que prenuncia uma jornada de glórias pelos títulos que merece, é traído por sua própria ambição e Lady Macbeth, traída pelo remorso enfrenta a loucura e a morte sobrevinda. Duas figuras históricas que não conseguem legitimar o poder conquistado por desprezarem a ordem natural das coisas e a virtude esperada da realeza. Mas a questão da legitimação do poder uma necessidade à sua manutenção já estaria em Maquiavel porém só em Max Weber receberá um tratamento adequado. O poder tradicional, poder monárquico por exemplo, é legitimado por sua origem divina bastando manter-se a hierarquia dos títulos para que seja preservado. Já o poder carismático, conquistado por qualidades excepcionais e capacidade de domínio do ser humano, este para manter-se terá que ser legitimado pelo povo. Macbeth é um usurpador do trono. Quebrou a cadeia hierárquica da monarquia pelo assassinato do rei e daí em diante só poderá manter-se através do crime. Em visão histórica Jan Kott trabalha cada uma das peças, como protótipo do “*grande mecanismo da história*”, ou seja, o rolo compressor de gerações que hierarquicamente disputam o trono da Inglaterra e não terão meias medidas para alcançá-lo. O exemplo mais contundente é Ricardo III ou Duque de Glóster, uma espécie de monstro do mal que usa dos piores ardís que incluem assassinatos de herdeiros do rei legítimos porque ele está distante na sucessão do trono. Feio e aleijado, estas seriam desculpas plausíveis para explicar sua maldade. É suplantado por Macbeth e Lady Macbeth que, embora não pertençam ao ciclo dos dramas históricos da Inglaterra, formam um casal que traduz o mecanismo da maldade embutida nos personagens pertencentes àquela história, comportamento considerado anti natural que não respeita a ordem reinante no universo. E no entanto é um dos casais mais bem dotados em beleza e perfeição do universo shakespeariano. E, como já disse em momento anterior, desperta uma enorme atração em nós, que a eles nos vemos similares em momentos da nossa fantasia e na

fragilidade que apesar de tudo apresentam. Para Weber, o poder tradicional, cuja legitimação é divina mas aceita e legitimada pelos súditos, ainda assim é um poder sujeito a muitas conjunturas como vimos nos dramas históricos de Shakespeare. Mais forte que o poder carismático, embora também envolvido pela aura de carisma que envolve os reis, ainda assim é mais fraco do que o poder racional fundamentado nas idéias e no consentimento democrático daqueles que o acolhem e legitimam. Entretanto, as formas de poder em Weber são tipos ideais e embora se fundamentem na realidade, nunca representam exatamente o real. Apenas se aproximam dele.

O poder tradicional, poder dos reis é plenamente legitimado nestas peças de Shakespeare e ameaçado apenas pelos integrantes da mesma dinastia. Não há ameaças populares ou tinturas democráticas e nesta fase é o poder monárquico absolutista legítimo é o grande herói de todas as histórias e da própria história. Shakespeare não foge a essa regra mas em suas últimas peças percebe-se a sua desilusão com o regime. A Tempestade é o melhor exemplo dessa nova atitude do bardo. Em Macbeth, entretanto, a ordem existente na natureza, começa a ser desafiada e um dos indicadores é o comportamento inusitado dos animais, também sujeitos a alguma ordem de expectativas:

“Isto que vemos

É contranatural, do mesmo modo

Que o crime perpretado, terça- feira

Passada, ao remontar-se em altaneiro

Vão foi um falcão preado e morto

Por um mocho rateiro

Ross

Estranha e certa, os dois corcéis de Duncan

*Soberbos e velozes,
os mais belos de sua raça,
enfurecidos subitamente , despedaçaram suas baías (...)
(...)refugando toda obediência como em declarada
Guerra ao gênero humano
O velho
E mutuamente
se devoraram”*
(SHAKESPEARE, 1988a, p. 487)

Aqui temos dois circunstantes comentando a estranheza de acontecimentos que sempre seguiram um ritmo e uma ordem na natureza.

Embora Maquiavel, no século anterior a Shakespeare, houvesse dito sobre os principados italianos (o que pode ser transposto para monarquia inglesa, porque a autoridade repousa no mesmo princípio): que é muito menor a dificuldade em conservar os Estados hereditários quando o príncipe natural é o mais benquisto, não foi esta conduta recomendada pelo florentino a adotada pelos príncipes e reis da Inglaterra no início da história da Monarquia. Como também não me consta que o bardo inglês tenha sido apresentado ao estrategista florentino. Além disso, o grande interesse de Shakespeare não era o de, com suas peças, advertir ou instruir os participantes da Monarquia ou da Coroa inglesa, mas sim divertir o povo e a sociedade em geral, incluindo a Coroa, que comparecia e até patrocinava muitas de suas peças. E também o interesse econômico pois soube administrar tão bem o que ganhou com sua arte que tornou-se um homem rico ou quase isto.

Lady Macbeth é personagem chave nesta trama. É ela a responsável pela ideia inicial do crime e por incuti-la no marido atingindo-o em sua masculinidade. Forte em

sua maldade planejada inicial, inesperadamente sucumbe ao ver sua realização. Primeiro enlouquece, e lava inutilmente as mãos para livrá-las das manchas do sangue real em crime praticado pelo esposo incentivado por seus desejos. Depois, apaga-se, como a vela da vida, fenômeno lindamente anunciado por Shakespeare nos versos: *Apaga-te, apaga-te, fugaz tocha! A vida nada mais é do que uma sombra que passa, um pobre histrião que se pavoneia e se agita uma hora em cena e, e depois nada mais se ouve dele. É uma história contada por um idiota, cheia de fúria e tumulto, nada significando.*

Para Macbeth, a vida só tem sentido dentro o pesadelo em que vive. Porque a realidade é o mundo da ordem e o pesadelo é o mundo da desordem. Macbeth vive o pesadelo de matar embora não pudesse *aceitar o mundo em que o assassinato existe*. Mas ele não pode escapar à sua realidade.

2. MACBETH: À LUZ DO UNIVERSO JURÍDICO DE SUA ÉPOCA

Qualquer prática judicial aplicada a Macbeth questionaria a soberania do próprio soberano (Macbeth) pois, como no caso de Édipo-Rei, herói célebre do clássico teatro grego, questionaria a própria soberania. Tal como Édipo, Macbeth não era filho verdadeiro do rei Duncan e apenas há uma sugestão de parentesco simbólico entre os dois nesta peça. A tragédia de Édipo é o primeiro testemunho que temos das práticas judiciais gregas. Uma história de investigação da verdade, que obedece às práticas jurídicas dessa época. O primeiro testemunho está na Ilíada. Tratava-se de uma disputa de poder entre Antíloco e Menelau durante os jogos da morte. Houve uma dúvida de quem teria sido o vencedor. Como estabelecer a verdade? Pelo juramento e mais tarde por uma prova que julgaria se o juramento procedia. Mais tarde haverá a necessidade de uma testemunha. Não estamos aqui sugerindo qualquer semelhança entre Macbeth e o Édipo incestuoso que povoou a psicanálise freudiana, mas apenas

sugerir que as práticas jurídicas em Macbeth estão ainda em fase primitiva de sua evolução pois que bastou para este eliminar as duas testemunhas visuais do assassinato do rei Duncan, ato realizado por ele mesmo, para que a questão estivesse resolvida do ponto de vista da verdade. É pelo menos a situação aparente.

Macbeth não se preocupou em dizer que era inocente, como Édipo não se preocupou em dizer que não sabia a quem estava matando. É como se o poder os envolvesse com uma finíssima e invisível manta protetora que os isola de qualquer suspeita. Ou pelo menos é esta a ideia passada e recebida pelo leitor das peças. A de que Édipo, por seus feitos gloriosos para a salvação de Tebas, e Macbeth pelas batalhas vencidas para o próprio rei que assassinou, estariam acima de qualquer suspeita nestas duas peças. Mas realmente não era assim.

No caso de Édipo, aparecerá uma nova testemunha, um escravo do Citerón que trará à tona toda a verdade e a culpa (involuntária) de Édipo. E Édipo sofrerá o castigo do exílio. No caso de Macbeth, o que acontecerá é que o próprio herói, fragilizado pela culpa que carrega dos crimes cometidos, irá funcionar como sua própria testemunha de acusação no banquete da coroação quando se dirige ao espectro de Banquo e conversa com ele, confessando seus crimes diante da audiência nobre. A partir daí perderia seus aliados e os vaticínios declarados pelas bruxas irão confirmar-se sim, mas sempre em prejuízo para Macbeth. Consideramos o uso das bruxas por Shakespeare em Macbeth como uma espécie de retomada de elementos da cultura grega e romana. Na Grécia, o Oráculo de Delfos, uma entidade espacialmente subterrânea e fervente que emitia julgamentos de valor e predições para os homens importantes, ou não, que o procurassem. Como intermediárias dessa voz existiam as pitonisas. O oráculo de Delfos, dedicado a Apolo, estava situado no centro de um templo dedicado a este deus. Ali iam os gregos fazer perguntas sobre as questões inquietantes de suas vidas. Ficava ao pé do Monte Parnaso, em meio às montanhas da

Fócida, 700 metros acima do nível do mar. Das rochas das montanhas brotavam várias fontes das quais a mais conhecida era a de Castálida, rodeada por um pequeno bosque. Ali, segundo a lenda, reuniam-se algumas divindades e deusas menores, do canto e da dança, chamadas as musas. Viviam junto com as ninfas das fontes, chamadas nayades. Um dos enigmas que enfrentam os estudiosos do Oráculo de Delfos é o grande número de acertos que teve. Mas mesmo quando se enganava este erro era atribuído pelos gregos, às interpretações dadas as respostas, tal era o nível de fé que nele depositavam. Os escritores da época cristã que criticavam o paganismo grego, inventaram lendas para todos estes figurantes que eram religiosos e sagrados para os gregos: “O oráculo se encontrava dentro de uma gruta muito funda sobre as rochas. Por ali emanavam gases tóxicos e a mulher (pitonisa) que lá entrava para consultar o Oráculo, ficava em estado de embriagues e com grandes calafrios. Enfim, estas mulheres entravam em transe, desgrenhadas e salivando espuma pela mastigação de ervas que ajudavam a alcançar aquele estado psicossomático. Estas pitonisas assim descritas se assemelham às bruxas da Idade Média em geral e especialmente às bruxas criadas por Shakespeare em Macbeth que parecem ser herdeiras desse passado grego. As Pitonisas que viviam permanentemente no templo e transmitiam as mensagens enviadas pelo Oráculo aos clientes que eram de todas as classes: de reis até pessoas muito pobres. Embora não haja oráculo em Macbeth, as bruxas que predizem os acontecimentos futuros de sua vida, muito se assemelham às pitonisas da Grécia na descrição feita por escritores sobreviventes ao período pagão. E tiveram um grande efeito de dramaticidade para uma peça toda fundamentada no drama da culpa e do assassinato.

Como dissemos acima o Oráculo de Delfos na Grécia antiga, acertou tantas vezes em suas predições, que até hoje os estudiosos têm problemas em como explicar esse fenômeno. Mas as verdades anunciadas pelo oráculo de Delfos em Édipo rei, e mais tarde pelas bruxas em Macbeth, são verdades proféticas. Pretendia-se através

delas descobrir o passado de Édipo e inocentá-lo dos crimes de que era acusado. Entretanto, ainda na mesma peça passaremos da busca da verdade através de profecias, ao método de indagação de uma testemunha que presenciou o acontecimento, para se atingir a verdade. Esta é uma evolução importantíssima na sociedade grega pois abdica de uma postura religiosa para assumir outra racional no caminho de descoberta do responsável por algum ato ilícito. E o responsável foi o próprio Édipo, cuja filiação o escravo do Citerón convocado para testemunhar, apontou. Nas palavras de Foucault, “Esta passagem teve como consequência a produção na Grécia de uma espécie de revolução que, no final de uma série de lutas e questionamentos políticos teve como resultado a elaboração de uma determinada forma de descobrimento judicial, jurídico, da verdade, que se constitui na matriz, modelo ou ponto de partida para uma série de outros saberes; filosóficos, retóricos e empíricos – que se desenvolveram e caracterizam o pensamento grego”. Mas em Macbeth parece ter havido um retrocesso do processo jurídico da indagação, já que a morte das testemunhas assassinadas por ele na mesma ocasião em que matou o rei não provocou nenhum questionamento mais acurado sobre o crime cometido. Como se o poder e o passado heróico de Macbeth o isentassem de qualquer suspeita, apesar da evidência aparente. De sua culpa, na verdade o que aconteceu, é que passada a alta Idade Média, onde os processos de indagação foram esquecidos e voltou-se ao recurso da prova, geralmente fundamentada em elementos pertencentes ao sobrenatural para indicar-se o culpado por um crime ou falta. A instituição religiosa (no caso Cristã e mais tarde Católica) era o único caminho permitido à indagação. “Com feito, nas Igrejas merovíngia e carolíngia, correspondentes à alta Idade Média, se praticava a indagação (FOUCAULT, 1978, p.80). Consistia na visita de um bispo a uma grande ordem monástica que perguntava o que havia ocorrido do ponto de vista espiritual naquela ordem. Num segundo momento passava-se à indagação sobre os atos ilícitos

praticados e quais eram e quem os havia cometido. Aquele que houvesse praticado um crime podia-se apresentar publicamente e assumir sua culpa. Funções administrativas e econômicas também faziam parte dessa inquisição, que do século X ao século XII ficou inteiramente a cargo da Igreja, corpo político e econômico mais forte de todo esse período. A partir do século XII entretanto, o nascimento do Estado e do poder monárquico determinam a transferência dessas funções para o poder nascente. “A pessoa do soberano surge como fonte de todo o poder, e passa a confiscar os procedimentos judiciais” (FOUCAULT, 1979, p. 81). Quando Macbeth ergue seu punhal criminoso contra o rei, elimina essa figura máxima de todos os poderes. O poder espiritual (ainda dividido entre a Igreja e o trono), o poder econômico e o poder jurídico. Eliminada a figura do Rei, as duas testemunhas oculares do crime, e seus possível concorrentes ao trono (os filhos de Banquo, segundo as profecias) e com a fuga dos príncipes herdeiros mais diretos do trono, não sobra nenhuma força do Estado para punir Macbeth, ou para inquiri-lo como possível assassino do rei. Macbeth está livre para continuar sua sangrenta escalada em direção à Coroa e sua manutenção. Mas Shakespeare possui outros planos para punir o regicídio e outros crimes cometidos por Macbeth, auxiliado no início por sua companheira Lady Macbeth. E a primeira punição viria da própria consciência de ambos. Macbeth não é um personagem Nietzscheano. Não se sentia acima do bem e do mal, nem tinha a segunda inocência dos que negam a Deus. Ele é herdeiro do drama cristão e possui a máquina de fabricar a culpa e com ela convive penosamente durante toda a peça. Lady Macbeth também não se liberta do crime cometido para alcançar o poder e adoce e morre louca, pouco depois de tornar-se rainha. Ambos confessam os crimes publicamente em episódios de purgação registrados por terceiros. Macbeth, em seu banquete de coroação quando encara o fantasma de Banquo situado no lugar que deveria ocupar à mesa e Lady

Macbeth, na presença do médico e damas de companhia que a assistem no momento de sua morte.

As referências literárias, especificamente lastreadas na obra de Shakespeare, também podem ser inseridas no campo de análise do filósofo francês Paul Ricoeur, que produziu significativas contribuições para o mundo jurídico através do seu pensamento sobre a ontologia do mal, o qual torna-se substrato aos estudos do campo criminal acerca da culpabilidade, da vontade, dos atos voluntários e involuntários, e da consciência.

Ricoeur estabelece o conceito de homem lábil ou falível, em evidente contraposição a tradicional dimensão do homem forte, com substrato na razão. A labilidade humana implica no reconhecimento da potência humana para o mal. “Qué queremos decir al afirmar que el hombre es ‘labil’? Esencialmente esto: que el hombre lleva marcada constitucionalmente la posibilidad del mal moral” (RICOEUR, 1969, p.149).

Durante milênios, as sociedades arcaicas conviveram com o mal como externalidade, através de grandes catástrofes naturais; por outro lado, também conviveram com o bem, relacionando-o aos deuses, que teriam proporcionado, como exemplo, um bom período de colheita. Ricoeur percebe como um primeiro momento desse processo civilizatório a externalização do bem e do mal. Por sua vez, a expiação que se manifestava através de rituais de sacrifícios humanos bem como de animais, aparecia como a forma arcaica de enfrentar o mal. A externalidade do mal se manifesta fisicamente através da “mancha”, conforme destaca Ricoeur. A mancha delinea as fronteiras entre a pureza e a impureza, entendendo-as como vivências éticas originárias. E essa presença da “mancha” implica num manifesto sentimento de temor, o qual deve ser apaziguado pelos referidos rituais de expiação.

Num segundo momento do mal, ocorre a desmaterialização da mancha em culpabilidade, entendida como condição preliminar a qual predispõe o homem a contrair culpas subjetivas. O referido autor estabelece uma relação com o mundo judaico-cristão, apontando-o como um momento histórico referencial e originário dessa passagem, com a presença da culpabilidade, a qual também fora observada no mundo helênico. Em Platão, já encontramos que “el verdadero castigo es el que devuelve la felicidad, com la restauración del orden” (RICOEUR, 1969, p. 120). Segundo Ricoeur, o único meio de ser feliz consiste em sofrer o castigo e cumprir a pena, e com o avanço da individualização desta noção de culpa, progredimos para a ideia de proporcionalidade da sanção ao ato, noção esta divisada pelo moderno direito criminal. Nesse momento, observa-se que a ordem não pode se reestabelecer fora do culpado, mas dentro dele.

A mancha de sangue que se fixa indelevelmente nas mãos de Lady Macbeth é um registro, um “símbolo estável da noção de culpa” (RICOEUR, 1969, p. 131). Da mesma forma o temor, que seria segundo Ricoeur, a contrapartida “subjetiva” da culpa, é expurgado através da palavra, enquanto recurso e instrumento “relativo a la expresión y expulsión verbal del mal”. Retomando ao texto literário, retoma-se as palavras auto-incriminativas da personagem Macbeth, durante o jantar, as quais revelavam e exprimiam o mal encarnado pelos atos pretéritos. No entanto, os mecanismos de sanção não são visualizados no texto literário, não houve a expiação do mal através de ritos de sacrifício, não foi essa a estratégia adotada pelas personagens para recompor a ordem, não estavam embebidas por esse cenário cultural de expiação da culpa; por outro lado, a individualização da pena também não encontrava guarida, num crime sem probatório testemunhal.

O texto shakespeariano parece se inserir na fronteira da reflexão de Ricoeur sobre o mal e a culpa, inserindo Macbeth, num período que atravessa o cenário de

manifestações arcaicas (como a influência sobrenatural nos destinos humanos para o bem e para o mal, referendadas pelas premonições das bruxas) e as formas modernas de culpabilidade, instauradas pelo mundo judaico-cristão. Ambos os aspectos encontram guarida no mundo helênico já desenvolvido. A ordem acabou sendo reestabelecida de uma maneira de certo modo prevista pelas forças ocultas, com a morte de Macbeth.

Partimos da tentativa de buscar relações entre as propostas filosóficas de Shakespeare e Maquiavel nos textos *Macbeth* e *O Príncipe* e encontramos parentescos prováveis entre os dois embora não existam referências explícitas das influências possíveis do segundo sobre o primeiro. Existem coincidências, que foram trabalhadas com a ajuda de outros filósofos tais como Bloom, Foucault, Weber e Ricoeur, que nos ajudaram a descobrir o porquê das tendências semelhantes entre os dois textos, ambos incluídos dentro de um período medieval, embora Shakespeare liberto de tais amarras alcance alturas renascentistas não apenas no maneirismo utilizado enquanto forma como também no desenvolvimento de um humanismo ético que no *Príncipe* de Maquiavel apenas se esboça. Daí o heroísmo conflituoso que temos em *Macbeth* que tanta atração exerce sobre tantas gerações de leitores que como nós foram por ele atraídos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 1978.

KOTT, Jan. *Shakespeare nosso contemporâneo*. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MAQUIAVEL, N. *O Príncipe*. Porto Alegre: LP&M, 1998.

RICOEUR, P. *Finitud y Culpabilidad*. Madrid: Taurus, 1969.

SONTAG, Susan. *O amante do vulcão*. São Paulo: Planeta de Agostini, 2003.

SHAKESPEARE, William. *Obras Completas vol.I*. Rio de Janeiro/Coimbra: Nova Aguilar, 1988a.

..... *Obras Completas vol.II*. Rio de Janeiro/Coimbra: Nova Aguilar, 1988b.

..... *Obras Completas vol.III*. Rio de Janeiro/Coimbra: Nova Aguilar, 1988c.

INDÚSTRIAS CRIATIVAS NO BRASIL: LIBERALIZAÇÃO COMERCIAL OU DESENVOLVIMENTO VIA DIVERSIDADE CULTURAL?

João Martins Ladeira ¹

Maria Cristina d'Ornellas ²

RESUMO

O artigo visa a investigar duas visões sobre o tema das indústrias criativas. A primeira se refere ao entendimento orientado para o mercado, difundido pela Organização Mundial do Comércio (OMC). A segunda diz respeito à proposta consolidada pela Secretaria de Economia Criativa do Ministério da Cultura do Brasil. Este esforço visa a compreender os processos de difusão internacional de políticas públicas voltadas ao tema da cultura. Entende-se a ideia de indústria criativa como uma agenda ampla, interpretada de diferentes formas em variadas nações. Busca-se demonstrar a conexão entre o entendimento difundido pelo Estado brasileiro com a trajetória adotada pelas

¹ Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. É graduado em Comunicação Social - Jornalismo pela Universidade Federal Fluminense (2001), Mestre em Comunicação pela Universidade Federal Fluminense (2003) e Doutor em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (2009). joamartinsladeira@gmail.com

² Professora de Direito Empresarial no UNIRITTER e professora da disciplina de Comércio Internacional e Direitos Humanos, no curso de Metrado em Direito do UNIRITTER, em Canoas/Porto Alegre, RS. É mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM, Mestre em European and International Trade Law pela Universiteit van Amsterdam e doutora em Direito pela UFRGS..crisdornellas@yahoo.com.br

últimas três gestões presidenciais, marcada pela ênfase à noção de desenvolvimento. Ademais, analisa-se como tal assunto se conecta a temas como multiculturalismo e diversidade cultural, sobretudo após o estabelecimento da OMC e a consequente intensificação do processo de liberalização comercial no âmbito multilateral, incluído aí o mercado da indústria cultural.

Palavras-chave: *Indústrias criativas, políticas públicas, desenvolvimento, sistema multilateral de comércio, Organização Mundial do Comércio.*

ABSTRACT

The paper aims to investigate two views on the topic of creative industries. The first refers to the understanding heavily market-oriented of the World Trade Organization (WTO). The second concerns the consolidated proposal by the Department of Creative Economy of the Ministry of Culture of Brazil. This effort seeks to understand the processes of international diffusion of public policies geared to the theme of culture. It is understood the idea of the creative industry as a broad agenda of issues, interpreted in different ways in different nations. The aim is thus to demonstrate the connection between the widespread understanding by the Brazilian State in this particular case with the path taken by the last three presidential administrations, with the emphasis on the notion of development. Moreover, it aims to analyze how such a subject connects to themes such as multiculturalism and cultural diversity, particularly after the establishment of the WTO and the consequent intensification of trade liberalization at the multilateral, included therein the cultural industry market. The theoretical orientation of the work is guided by Giddens in the discussion about the interrelated system of nation-states in the contemporary modernity.

Key Words: *Creative Industries, public policies, development, multilateral trade system, World Trade Organization*

INTRODUÇÃO

Atualmente, inúmeras são as razões que contribuem para intensificar as discussões sobre indústrias criativas tanto em países desenvolvidos quanto em países em desenvolvimento – i.e novas tecnologias, surgimento da mídia digital. Inserido nesse contexto, torna-se relevante retomar o estudo referente à relação existente entre cultura e comércio internacional e seu alcance no âmbito interno de cada Estado.

Assim, o objetivo deste artigo reside em analisar o processo de institucionalização para a ideia de indústrias criativas no Brasil contemporâneo, considerando-a como a interpretação, adotada em um país específico, de uma proposta internacionalmente debatida. Com discussões que remontam ao final dos anos 90, a importância pública de tal ideia se amplia durante a década passada, obtendo visibilidade, no caso brasileiro, somente em um momento mais recente.

Tenta-se, aqui, compreender tal concepção através de uma análise focada nas dinâmicas de construção reflexiva para formatos de administração de sistemas sociais dotados de vastas dimensões. Para isso, o texto recorre à teoria da estruturação (GIDDENS, 1979, 1984). Interpreta-se a ideia de indústrias criativas como uma tentativa tanto de Estados-nação quanto de organizações internacionais de confeccionar políticas relativas à intervenção em mercados globais.

Neste texto, a ênfase se concentra nos documentos e propostas produzidas pela Secretaria de Economia Criativa, ligada ao Ministério da Cultura. Em nosso país, suas intervenções possuem importância central no trabalho de institucionalizar um formato específico para tal projeto. Tal material concentra atenção intensa a um tema com pouca ênfase em outras iniciativas internacionais. No Brasil, indústrias criativas aparecem como um fator de desenvolvimento, noção centrada na expectativa de apresentá-las como oportunidade de produzir ganhos coletivos e não individuais, com

destaque ao tema da sustentabilidade, postura que ecoa um esforço mais amplo em definir politicamente o papel do Estado.

A fim de demonstrar tal argumento, este artigo se divide da seguinte forma. Na primeira parte, apresenta-se a discussão teórica em pauta, com ênfase na contribuição oferecida pela teoria da estruturação em relação ao tema da reflexividade, da natureza da ação do Estado e do processo de institucionalização de entendimentos distintos daqueles compartilhados em um dado momento histórico. A segunda seção apresenta a discussão substantiva em pauta, na expectativa de compreender o modo pontual a partir do qual a noção de interesse se afirma em nosso país.

1. REFLEXIVIDADE, AÇÃO ESTRATÉGICA E INTEGRAÇÃO SISTÊMICA

O trabalho de construir um entendimento específico sobre cultura, como aquele presente na redefinição proposta através das políticas estatais voltadas às indústrias criativas, deve ser compreendido como um exercício de reflexividade. Traço relevante na caracterização da modernidade, tal tema surge como a habilidade de questionar e reordenar, de modo contínuo, as definições previamente estabelecidas (BECK, GIDDENS, LASH, 1994). Por sua vez, reorganizar aspectos preordenados, buscando alternativas para sua compreensão frente aos questionamentos sistemáticos possíveis de ser produzidos em tal momento histórico, decorre da maleabilidade através da qual os processos de reencaixe permitem a produção recorrente de novas arrumações para práticas da vida social (GIDDENS, 1990).

As políticas voltadas para tais indústrias criativas se constituem como uma ação estratégica, direcionada através da agência de certos atores à transformação no ordenamento já definido sobre determinados temas. Trata-se de um modo de produzir integração sistêmica no plano das políticas importantes para as relações econômicas travadas em uma sociedade global, marcada por uma larga desconexão tempo-espço.

Como resultado, definem-se novas características para os elementos de mediação em pauta, com ênfase nos processos de legitimação relevantes na estruturação de tais sistemas sociais (GIDDENS, 1979).

Aqui, o papel do Estado, contêiner relevante de poder, mostra sua especial importância. A capacidade administrativa por ele concentrada – possível de perceber no manuseio de recursos autoritativos, mas também alocativos – aparece no poder de influenciar os elementos mais diversos na vida social (GIDDENS, 1985). A capacidade de administrar tópicos como os da cultura influencia na transformação sobre o entendimento oferecido a tal categoria, tratando-a contemporaneamente como algo possível de instrumentalizar de um modo inédito (FEATHERSTONE, 1991).

Compreender a ação do Estado implica em observar seu esforço por definir a natureza e as características institucionais da atividade econômica que se procura institucionalizar, com foco nos traços que decorrem da intervenção proporcionada por tal esfera estatal. Trata-se de um problema conectado a uma discussão de economia política, destinada a identificar a natureza do relacionamento construído com aqueles agentes de mercado influentes na constituição da economia. Deste modo, uma questão relevante a tal discussão reside em perceber a variabilidade institucional das propostas possíveis de surgir, considerando a possibilidade de diversos caminhos distintos para a constituição das sociedades modernas (HALL, SOSKICE, 2001).

Tal discussão se orienta por uma ênfase no caráter institucional da modernidade (WAGNER, 1994). Estas políticas participam na constituição de uma sociedade globalmente conectada, com características próprias em termos das soluções adotadas para integração sistêmica (CASTELLS, 2001; HELD ET AL, 1999). Em nosso país, observa-se um intenso interesse do Estado em participar de um esforço internacional para a criação de certo consenso, promovendo instrumentos para fomento e promoção de uma concepção sobre cultura útil à criação de empreendimentos

econômicos de determinado tipo. O rumo através do qual tal visada se institucionaliza será apresentado na próxima seção.

2. INDÚSTRIA CRIATIVA: CONTEXTUALIZAÇÃO E CONCEITOS

As origens de tal noção, como traçado por diversos autores (CUNNINGHAM, 2004; GARNHAM, 2005; HESMONDHALGH, 2005), remontam à renomeação do Department for National Heritage inglês em Department for Culture Media and Sport, associada à posterior defesa de um grupo muito específico de políticas (DEPARTMENT FOR CULTURE MEDIA AND SPORT, 1998, 2001). Apresentadas em 1998, tais propostas consistem na tentativa de agrupar setores produtivos profundamente variados, possíveis de incluir desde as velhas indústrias culturais até as novas mídias, passando pela arquitetura, moda e design¹.

Nesta discussão internacional, parece possível sistematizar em quatro itens as opções através das quais se tentou definir tal Ideia de indústrias criativas (BENDASSOLLI ET AL, 2009; GALLOWAY, DUNLOP, 2007; BLYTHE, 2001; PRATT, 2005; FLEW 2011). Afirmar suas características essenciais, distinguindo-a de políticas já estabelecidas em relação às artes e à defesa da identidade nacional permite apontar aquilo que a distinguiria. A primeira aposta se centra na ênfase à criatividade. Assim, a principal característica dos diversos setores possíveis de constituir tal conceito residiria em lidar com um insumo intangível, de importância típica a um momento histórico marcado pela relevância da informação e dos bens de conhecimento.

¹ Tal lista inclui as seguintes tarefas: apresentações artísticas; arquitetura; artes e antiguidades; artesanato; cinema; mercado editorial; moda; música; publicidade; software; software interativo de entretenimento; televisão e rádio

Se, nesta busca por definições, a primeira opção se concentrou na origem de tais bens, a segunda se centrou em seu produto. Neste caso, a característica essencial residiria na possibilidade de seus resultados serem preferencialmente protegidos através da propriedade intelectual. De fato, tais direitos de autor se tornaram tema central nas discussões sobre comércio internacional, em grande parte devido à crescente relevância econômica dos bens intangíveis (BESEN, RASKIND, 1991). Na verdade, desde a rodada Uruguai, parte notável dos enfrentamentos sobre o tema versou sobre a tentativa de equacionar um regime de regulação capaz de oferecer homogeneidade nas relações entre países.

A terceira possibilidade se refere à relevância, nos mercados orientados segundo a proposta de indústrias criativas, tanto à tecnologia quanto às firmas organizadas através do uso recorrente de tal recurso. Tais setores, por serem intensivos no uso de conhecimento, se mostrariam especialmente propícios a ser explorados através de modelos flexíveis de coordenação. Entram em pauta a especialização flexível e a lógica de organização através de redes informacionais, projetos de negócios e instrumentos de conexão e desconexão, como traço particular a um tipo contemporâneo de capitalismo.

O último e mais polêmico elemento se relaciona ao modo como a adoção de tal conceito de indústrias criativas implicaria no rompimento entre diferenciações estéticas relativas à alta, média e baixa cultura. Uma extensa discussão apontou a conexão entre a arte e a realização de determinados objetivos instrumentais, como a usurpação de práticas eruditas como instrumento de distinção através de capital e violência simbólicas (BOURDIEU 2009). Contemporaneamente, contudo, a expectativa relativa às indústrias criativas reside na oportunidade de criar negócios economicamente viáveis, em um horizonte muito distinto daquele anteriormente imaginado.

Cada uma destas perspectivas descreve traços relevantes para compreender o modo através do qual se procurou definir a ideia de indústrias criativas. Em isolado, contudo, cada uma delas possui limites visíveis na tarefa de dar conta integralmente de tal projeto. Seria complexo atribuir à criatividade a capacidade de resumir este conjunto de atividades. Afinal, mostra-se impossível identificar algum tipo de tarefa humana capaz de prescindir da habilidade imaginativa. Ao se utilizar tal categoria como chave de interpretação, seria necessário incluir entre as indústrias criativas a física de partículas e a estatística, ambas intensivas em criatividade. Ao mesmo tempo, parece pouco provável agrupar todos os produtos das indústrias criativas por sua capacidade de gerar resultados possíveis de proteger a partir do regime de propriedade intelectual. A proposta não se aplica a diversos segmentos da lista de itens envolvidos, como o artesanato e a arquitetura.

O uso intensivo de tecnologia possui importância concreta na definição sobre indústrias criativas. De fato, diversas atividades de tal setor se referem às novas mídias. Todavia, tal noção envolve tanto as velhas indústrias culturais quanto estes novos segmentos. Em certos casos, ainda mantém relevância as grandes corporações integradas, como os conglomerados capazes de envolver estúdios de cinema e redes de televisão (JIN, 2007). De outro, pequenos ateliers dificilmente parecem se adequar a tal modelo de uso intensivo em tecnologia. Por último, o tema da ausência de distinção entre produtos da cultura parece difícil de aceitar, especialmente quando se considera o risco de museus e produções de vanguarda competirem por financiamento, através de instrumentos privados ou estatais, com produtos comerciais, como itens de software para entretenimento.

Assim, cada uma destas categorias parece problemática por múltiplas razões, mostrando-se difíceis de ser aplicadas, em isolado e sem maiores considerações, na definição de indústrias criativas. Qualquer definição sobre o tema demanda a

coordenação de cada um destes elementos. Toda a discussão sobre sua validade aponta para as dificuldades em aceitar qualquer um sem levantar um debate complexo de resolver.

No caso brasileiro a definição utilizada para institucionalizar a ideia de indústrias criativa, demanda, outra categoria. Porém, este ponto será tratado posteriormente, ao longo da elaboração do presente texto.

3. CULTURA E COMÉRCIO DIANTE DAS ESFERAS INTERNACIONAIS DE NEGOCIAÇÕES

A preocupação que conecta as discussões referentes à intensificação do processo de liberalização comercial e à preservação de aspectos culturais nacionais está presente desde o estabelecimento do sistema multilateral de comércio. Em um primeiro momento, tal preocupação esteve centrada em difundir a indústria cinematográfica como um marco para afirmação da soberania e identidade cultural dos Estados, além de reconhecer o poder econômico que estes detinham para estimular as suas produções nacionais nesse setor. (NEUWIRTH, 2002)

Dando continuidade a um movimento que teve sua intensificação ainda no período entre os anos de 1920-1930, vários países europeus adotaram medidas voltadas para estabelecimento de cotas de projeção de filmes em seus territórios. A Alemanha, por exemplo, foi o primeiro país europeu a adotar medidas legais para controlar o ingresso de filmes norte-americanos em suas salas de exibição. O mesmo ocorreu na França e no Reino Unido, que também trataram de limitar a entrada em seus países de filmes provenientes de Hollywood. Na verdade, tais países entendiam suas regulamentações como necessárias, na medida em que percebiam a hegemonia alcançada pelos produtores cinematográficos dos Estados Unidos na produção e ampliação das redes de exportação para seus filmes, em decorrência do vazio que

havia deixado durante a Primeira Guerra Mundial. (MATELLART, 1995). A ideia em inserir instrumentos dessa natureza em suas políticas nacionais foi a de proteger a indústria cinematográfica local - mais antiga, porém menor, que a norte-americana.

É plausível constatar, então, que se manteve no âmbito dos países europeus, a iniciativa de buscar a preservação de aspectos culturais nacionais diante da iminente possibilidade de intensificação do processo de liberalização comercial entre os Estados. Assim, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) 1947 foi o primeiro documento negociado multilateralmente que tratou de aludir à questão cultural na esfera do comércio internacional no período que seguiu à Segunda Guerra Mundial.

Cabe referir, no entanto, que o GATT 1947 foi instituído baseado no corolário da intensificação do livre comércio, sendo os seus princípios norteadores o da Nação Mais Favorecida e o do Tratamento Nacional. O primeiro estabeleceu que nenhuma benesse concedida a uma das Partes Contratantes seria negada aos demais países associados, preconizando textualmente que:

“qualquer vantagem, favor, privilégio ou imunidade concedida por uma Parte contratante a um produto originário de outro País ou destinado a ele, será concedida imediata e incondicionalmente a todo produto similar originário dos territórios de todas as demais Partes Contratantes ou a elas destinado.” (GATT 1947, art. I)

Com relação ao princípio do tratamento Nacional, foi determinado que não pode ocorrer distinção entre direitos concedidos entre produtos nacionais e estrangeiros, garantindo-lhes as mesmas proteções e vantagens, tendo-se estabelecido que:

“As Partes Contratantes reconhecem que os impostos e outros tributos internos, assim como leis, regulamentos e exigências relacionadas com a venda, oferta

para venda, compra, transporte, distribuição ou utilização de produtos no mercado interno e as regulamentações sobre medidas quantitativas internas que exijam a mistura, a transformação ou utilização de produtos, em quantidade e proporções especificadas, não devem ser aplicados a produtos importados ou nacionais, de modo a proteger a produção nacional.” (GATT 1947, art. III)

Diante desse contexto, para conter em território europeu o influxo/entrada de filmes americanos, a estratégia traçada foi a inserção do artigo IV no GATT 1947. Através de tal artigo houve a derrogação do previsto no artigo III do GATT 1947 e se possibilitou às Partes Contratantes do Acordo a manutenção de cotas de projeção, desde que estas cumprissem certos requisitos que incluíam tanto a obrigatoriedade da exibição de seus filmes nacionais durante um determinado período quanto o compromisso de garantir a exibição, por um período mínimo, de filmes específicos de nacionalidades diversas. Porém, esse mesmo dispositivo legal não deixou de referir que a imposição de cotas de projeção permaneceria como objeto das negociações multilaterais futuras, visando à limitação de seu alcance ou mesmo a sua eliminação.

Independente do fato do próprio artigo IV do GATT 1947 conter o dispositivo que possibilitaria a sua revisão, o seu texto permaneceu inalterado ao longo das sete Rodadas de Negociações que precederam a Rodada Uruguai. Isto não significa afirmar, no entanto, que a liberalização comercial para o setor audiovisual permaneceu longe de uma série de discussões entre as Partes Contratantes do Acordo. Se durante a elaboração do GATT 1947 a indústria cinematográfica era a principal forma de mídia em massa capaz de transcender as fronteiras nacionais, a evolução tecnológica ocorrida nos anos que seguiram tratou de impor uma série de novos desafios especialmente complexos. Já na década de 1960, por exemplo, a importância do setor televisivo se expande de forma considerável, incutindo mais um dilema à questão da soberania dos Estados. Tal como expresso por Neuwirth, a possibilidade da transmissão direta dos

sinais de televisão via satélite reacendeu a preocupação da comunidade internacional quanto ao medo de perda de soberania dos Estados em decorrência da erosão do poder de controle governamental diante da disseminação de informações. Preocupação esta, que ainda permanece nos dias de hoje.

Em outubro de 1989, o Conselho das Comunidades Europeias adotou a diretiva que passou a ser conhecida como “Televisão Sem Fronteiras”. Em termos gerais, a diretiva exige dos Estados membros da Comunidade – sempre que possível e pelos meios adequados – a garantia de que iriam reservar a maior parte do tempo de suas transmissões televisivas para obras europeias. Neste contexto, alinhada em grande parte com a política audiovisual francesa, a diretiva refere textualmente o papel da televisão da disseminação de informações, educação, cultura e entretenimento.

Assim como as outras medidas tomadas por países europeus no campo da indústria cinematográfica, a intervenção no setor da televisão também gerou a oposição norte-americana. Sob a justificativa da preservação de uma “identidade cultural europeia”, utiliza-se tais questões, mais uma vez, como um meio para a adoção de medidas protecionistas. Além disso, conforme o posicionamento defendido pelos Estados Unidos, quaisquer tentativas dos governos de interferir entre os consumidores e as telas de seus televisores eram tidas como paternalistas, beirando a fronteira da censura. (PAGER, 2011)

Como muitos reconhecem, a demanda europeia em estender o sistema de cotas de projeção para a televisão quase impossibilitou a finalização das negociações da Rodada Uruguai (oitava Rodada da OMC, que durou de setembro de 1986 até abril de 1994) e a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC). (PAGE, 2011; BURRI-NENOVA, 2008) Na verdade, tal discussão esteve inserida nas negociações do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), que instituiu no sistema multilateral de comércio a intensificação do processo de liberalização comercial

também para serviços. Caracterizada por visões opostas, a imposição das regras do comércio internacional para serviços audiovisuais foi, por um lado, vista como inapropriadas, por envolver aspectos culturais e, por outro, necessária para a ideia de cultura em foros internacionais não permanecer sendo utilizada para avaliar a adoção de medidas protecionistas.

Enquanto países como a França e o Canadá lutavam para isentar os serviços culturais – em especial, o setor audiovisual – das regras do recém-criado Acordo GATS, os Estados Unidos reiteravam a sua posição de rejeitar qualquer regra que diferenciase o tratamento conferido ao setor de outra atividade econômica submetida ao sistema multilateral do comércio e salientavam o caráter puramente recreativo e comercial dos produtos e serviços audiovisuais.

Com a conclusão da Rodada Uruguai, o decidido foi que tal como qualquer outro setor de serviços, os audiovisuais também seriam cobertos pelas regras instituídas pelo GATS. Na verdade, o Acordo foi adotado pelos membros da OMC sem que nele houvesse a previsão de qualquer disposição ou exceção especialmente traçada para resguardar a possibilidade dos Estados em adotarem políticas públicas culturais. O GATS, no entanto, foi flexível quanto às obrigações impostas aos membros da organização que se relacionam ao nível de abertura dos seus mercados domésticos para a concorrência internacional (o compromisso de somente garantir o acesso a mercados especificados em suas listas – art. XVI GATS) e, também, quanto ao princípio do Tratamento Nacional (art. XVII GATS), na medida em que este somente se aplica aos setores ou subsetores que cada um dos membros da OMC concordou em incluir nas suas listas de compromissos específicos. Ademais, mesmo quando assumidos compromissos específicos previstos nas esferas dos artigos XVI e XVII do GATS, tal decisão não limitaria o direito dos países membros da OMC em introduzirem em seus ordenamentos jurídicos regulamentações traçadas com o fim de alcançar objetivos de

suas políticas nacionais, tal como reconhecido no preâmbulo do Acordo. Por fim, o GATS ao contrário do GATT permite isenções à obrigação prevista pelo princípio da Nação Mais Favorecida (art. II GATS).

No entanto, a alternativa de, por um lado, impor as regras do GATS para qualquer setor se serviços e, por outro, incluir no corpo desse mesmo acordo uma série de flexibilidades, não resultou na solução do problema para os principais negociadores do tema. O resultado visível de tanta incompatibilidade nas posições defendidas está expresso no art. XIX do GATS, que chama os membros da OMC para darem prosseguimento nas negociações sobre os compromissos específicos que deverão ser levados adiante, com o objetivo de alcançar progressivamente níveis mais altos de liberalização.

No caso do Brasil, a postura adotada diante das visões antagônicas defendidas sobre a liberalização comercial dos serviços culturais foi a de moderação. Nesse sentido, o Brasil apresentou em 2001 uma comunicação ao Conselho de Comércio de Serviços da OMC sobre os serviços audiovisuais (doc. OMC S/CSS/W/99, 2001). Nessa oportunidade afirmou, então, que por um lado, acatar por completo às exceções culturais, além de incompatível com o negociado pelo GATS, ainda deixariam de considerar o fato de que os produtos e serviços culturais formam parte de uma indústria de grande importância econômica e comercial, sendo o setor audiovisual o mais dinâmico deles e de especial interesse para alguns países em desenvolvimento. Por outro lado, contudo, salientou que não se pode negar que os serviços audiovisuais desempenham um papel relevante para a transmissão e difusão de ideias e valores culturais, sendo esse um dos objetivos fundamentais das políticas nacionais de muitos países. (doc. OMC S/CSS/W/99, 2001, parag. 6) Em suma, o Brasil apresentou ao Conselho as seguintes propostas: a) que os compromissos específicos assumidos pelos membros da OMC no setor dos serviços audiovisuais atentassem para a crescente

participação dos países em desenvolvimento no mercado mundial, tal como previsto no art. IV do GATS. Assim, maior atenção deveria ser dada aos serviços audiovisuais de especial interesse para os países em desenvolvimento, como, por exemplo, os serviços de televisão; b) que o Conselho de Comércio em Serviços iniciasse um debate sobre a concessão de subsídios para o alcance de políticas nacionais voltadas para promoção e preservação da identidade e diversidade cultural; c) que o Conselho de Comércio em Serviços iniciasse um debate sobre defesa comercial, necessário para analisar práticas comerciais desleais e/ou práticas restritivas no setor. (doc. OMC S/CSS/W/99, 2001, parag. 12)

Como observa Burri-Nenova; *“In the field of cultural diversity, the underlying ‘axioms’ of State intervention have been that some sort of additional regulation is indispensable because of the failures inherent to media markets and that these market failures can be corrected through State measures.”* (2008, p. 16-17)

De qualquer forma, vale atentar para o fato de que mesmo compreendendo a resistência de alguns membros da OMC em deixarem de lado a possibilidade que ainda detêm em intervirem no mercado das mídias convencionais, é difícil imaginar como os argumentos defendidos durante o GATT poderão se sustentar com relação às mídias contemporâneas, sobretudo após a introdução das mídias digitais. A realidade do setor audiovisual de hoje é significativamente diferente do que existia no período da Rodada Uruguai, período em que as discussões estavam primordialmente centradas na produção e distribuição de filmes, além da transmissão terrestre de produtos e serviços audiovisuais. (BURRI-NENOVA, 2008, p. 25)

Além do GATT/OMC, a relação existente entre cultura e comércio também tornou-se parte das regras de direito internacional voltadas para a regulamentação da diversidade cultural, através do negociado no âmbito da UNESCO. Naturalmente, o foco do documento da UNESCO é outro. A Convenção da UNESCO sobre Promoção

e Proteção da Diversidade das Expressões Culturais tem como principal objetivo proteger as expressões culturais dos Estados. Enquanto as regras da OMC visam, sobretudo, a conter o espaço de seus membros na elaboração de suas políticas comerciais nacionais para que estas não prejudiquem o processo de liberalização comercial, a Convenção da UNESCO busca propiciar o ambiente necessário para que os Estados possam adotar políticas nacionais talhadas para protegerem a diversidade cultural contra a pressão excessiva exercida pelas importações de produtos e serviços culturais oriundos de outros países. (WOUTERS e DE MEESTER, 2007, p. 6)

É verdade que a Convenção sobre a Diversidade Cultural pode reconhecer a legitimidade das políticas públicas culturais. Porém, se questiona se este documento constitui, na prática, uma base jurídica às quais os Estados podem recorrer em caso de conflito com o negociado, por exemplo, na OMC. Em outras palavras, a Convenção foi estabelecida para permitir aos Estados a implementação de políticas comerciais culturais. A OMC, todavia, obriga os seus Estados membros a adequarem as suas políticas governamentais com o que foi negociado internacionalmente, dentro do estabelecido pela estrutura normativa da Organização. Pergunta-se, então: Por que razão um Estado adotaria políticas culturais cuja conformidade com o sistema multilateral, pudesse ser desafiada diante do mecanismo de solução de controvérsias da OMC?

Reconhecendo a sua importância política, ainda que sem muito agregar sob a perspectiva legal, cabe referir que o Brasil participou ativamente da elaboração da Convenção, sendo que a sua estratégia negociadora foi privilegiar as convergências em torno de aspectos essenciais do texto, a saber: a) a consagração do direito dos Estados de proteger e promover a diversidade de seus conteúdos e suas expressões culturais, b) a afirmação da especificidade dos bens e serviços culturais e c) o princípio de que as políticas culturais na esfera internacional devem favorecer o fortalecimento da

economia da cultura dos países em desenvolvimento por meio de maior isenção no mercado internacional (ALVAREZ, 2008, p. 160).

A Convenção foi ratificada pelo Brasil no ano de 2007, tendo sido explicada por Marcos Alves de Souza – coordenador de Direito Autoral do Ministério da Cultura e negociador da Convenção representado o MinC – como um documento que: “favorece a reafirmação do direito soberano dos Estados de implementarem políticas culturais necessárias à proteção e promoção de suas expressões culturais: a necessidade de se estabelecer medidas de proteção às expressões culturais vulneráveis e ameaçadas; e conferir atenção especial à cultura de minoria e dos povos indígenas”. (SALDANHA, 2006)

4. A IDEIA DAS INDÚSTRIAS CRIATIVAS NO BRASIL: UMA INTERPRETAÇÃO

No Brasil apenas muito recentemente a proposta de indústrias criativas parece ter adquirido relevância. Mostra-se notável a atenção dispensada ao tema após a organização, em 2011, de uma Secretaria para Economia Criativa pelo Ministério da Cultura. Daí em diante, vem se consolidando, em determinadas regiões, instrumentos de apoio técnico e financeiro, além de alguns incentivos federais.

Aqui, a solução adotada pelo Estado recorre a uma ideia com intensa capacidade de reunir consenso, considerando o jogo de forças políticas em ação desde a última década. Em nosso país, tal tema recorre intensamente à noção de desenvolvimento, proposta com ampla aceitação no Brasil contemporâneo. Neste sentido, as indústrias criativas deveriam, através da cultura, ser relevantes na medida em que permitissem a obtenção de uma série de ganhos, tanto individuais quanto coletivos.

Deste modo, reunir tais atividades distintas se justificaria pela oportunidade, presente em cada uma delas, de gerar inovações úteis na abertura de novos mercados. A temática retoma uma ênfase típica à discussão teórica sobre economia da inovação (PEREZ, 2010; HANUSCH, PYKA, 2007), com visível interesse político no Brasil, perceptível já em outras ocasiões. Neste espírito, o foco em desenvolvimento regional, retomando o tema dos arranjos produtivos locais, complementa parte pontual desta discussão sobre a mudança tecnológica (MALERBA, 2002).

De fato, a importância deste desenvolvimento regional parece central em toda a proposta, como se percebe na ênfase oferecida pelo MinC aos territórios criativos (SECRETARIA DE ECONOMIA CRIATIVA, 2011, p. 61). A atenção à possibilidade para criar espaços economicamente relevantes e, ao mesmo tempo, capazes de, pela inovação, garantir qualidade de vida a seus habitantes, surge como ideia com força especial (p. 40-1).

A operacionalização de tal proposta, por sua vez, deveria ocorrer através da coordenação de instituições públicas e privadas, em relação às quais o Ministério da Cultura ocuparia posição central (p. 51-55). Trata-se de uma forma muito específica de afirmar a importância do Estado (Marchi 2012), remodelando o histórico de seu relacionamento com a cultura.

Tais questões retomam temas diversos, já enfatizados pelo Estado em outras ocasiões. A proposta de desenvolvimento sustentável aparece logo na própria definição da Secretaria, cuja ênfase reside nos pequenos e médios negócios, capazes de funcionar como instrumento para a obtenção dos tão esperados resultados coletivos. A cultura, neste sentido, aparece como fator relevante para um determinado fim que se localiza para além dela mesma (p. 38).

Estas expectativas se traduzem no conjunto de atividades propostas no ano de 2011 e no primeiro trimestre de 2012. Pode-se identificar certo conjunto de iniciativas

voltadas ao apoio financeiro e à capacitação técnica, entre 12/2011 e 01/2012, com a criação, através da Secretaria de Economia Criativa, de departamentos denominados Criativa Birô. Sua formatação retoma, em vários pontos, o formato adotado pelo Sistema S, traço explícito no próprio plano da Secretaria de Economia Criativa (2011, p. 44). Tais recursos foram instalados, na primeira ocasião, nos Estados do Acre, Goiás, Pernambuco; na segunda, em Minas Gerais e no Rio Grande do Sul. Considerando o investimento de R\$ 1,5 milhões em cada um deles, parece razoável supor, neste espaço de tempo, uma inversão total de aproximadamente R\$ 7,5 milhões (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2011a, 2011b, 2012a, 2012b).

Ao mesmo tempo, algumas linhas de financiamento surgiriam quase simultaneamente. Tais fontes envolvem um edital para 150 projetos com valor individual pouco maior que R\$ 25 mil, no valor total de R\$ 3,6 milhões, em duas faixas distintas (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2011C). No mesmo espírito, se tentaria selecionar 22 teses e dissertações, através de prêmios individuais com valor total de R\$ 810 mil (MINISTÉRIO DA CULTURA, 2011d).

Assim, a institucionalização da ideia de indústrias criativas associa-se ao movimento através do qual o Estado brasileiro procura afirmar a importância de seu projeto de desenvolvimento, com ênfase pontual na construção da relevância, em tal movimento, dos próprios instrumentos estatais. Tal construção aparece como uma oportunidade de institucionalizar uma compreensão sobre cultura possível de se tornar intensamente relevante na produção de rotinas envolvidas no monitoramento reflexivo das ações possíveis de se afirmar, na vida social, a partir da intervenção de tais aparatos de Estado.

A reflexividade a partir da qual tal transformação procede oferece a chance de identificar novas oportunidades para a intervenção, através da política, sobre o processo de condução da vida social, como as iniciativas anteriormente descritas

permitem perceber. Sua afirmação representa o trabalho de, através da ação estratégica, introduzir novos temas numa agenda de discussão. Como contêiner de poder, a tarefa desempenhada pelo Estado-nação parece ser legitimar uma compreensão específica sobre o papel que deve atuar, remodelando, para isso, a própria trajetória a partir da qual se compreendeu a noção de cultura em nosso país.

CONCLUSÃO

De uma maneira um tanto clara, foi possível perceber que ao longo dos anos ambos tópicos – cultura e comércio internacional – envolveram a difusão de ideias que ocupavam, prevalentemente, posições antagônicas.

No que diz respeito à participação brasileira no principais fóruns internacionais voltados para a inserção no mercado internacional dos produtos culturais, vale lembrar que o país foi membro fundador do GATT 1947 , permanecendo entre as suas Partes Contratantes até o momento em que foi estabelecida a OMC, em 1995. Sem grande folego negociador no âmbito dos produtos culturais durante as quase cinco décadas de GATT, o Brasil não perdeu a oportunidade de expressar diante da OMC a posição do país quanto à liberalização dos serviços culturais. Entretanto, as divergências no campo dos serviços audiovisuais permanecem tão evidentes, que não se acredita que os membros da OMC alcancem progressos para o setor durante a atual Rodada de negociações.

Quanto à ratificação da Convenção da UNESCO, talvez esta tenha constituído em um relevante incentivo para que o governo brasileiro buscasse a defesa de um sistema internacional mais equilibrado para a troca de produtos e serviços culturais.

Assim, a discussão sobre economia criativa no Brasil adquire um caráter de especial interesse, especialmente visível na ênfase oferecida à ideia de desenvolvimento. Por um lado, adotar uma percepção sobre cultura centrada em tal

visão representa um passo em direção a um entendimento novo, em comparação à história pregressa do relacionamento com o tema.

Por outro lado, a ênfase na inovação através de pequenos negócios capazes de organizar redes de colaboração possíveis de alavancar o desenvolvimento nacional retoma temas discutidos alhures nas políticas industriais brasileiras. De fato, essa não é a primeira vez que se tenta apresentar tal proposta como uma oportunidade. Na verdade, este retrato retoma encaminhamentos pensados para a economia brasileira já nos anos 90 (LADEIRA, 2007).

Neste sentido, parece interessante perceber a semelhança entre tal proposição e as recomendações para o setor de tecnologias da informação, especialmente software, naquele outro momento. Seria possível interpretar tal semelhança como decorrente da consciência prática dos envolvidos, relacionando-se com suas rotinas previamente instituídas frente a uma nova oportunidade? Este parece ser um tema relevante de tratar em discussões futuras.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVAREZ, Vera Cíntia. *Diversidade Cultural e Livre Comércio: Antagonismo ou Oportunidade?* Brasília: UNESCO, IRBr, 2008.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1994 [1997].
- BENDASSOLLI, Pedro; WOOD JR., Thomaz; KIRSCHBAUM, Charles; PINA E CUNHA, Miguel. *Indústrias criativas: definição, limites e possibilidades*. Revista de Administração de Empresas, v.49, n.1, p.10-18, 2009.
- BESSEN, Stanley; RASKIND, Leo. *An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property*. Journal of Economic Perspectives, v. 5, n. 1, p. 3-27, 1991.
- BLYTHE, Mark. *The work of art in the age of digital reproduction: the significance of the creative industries*. JADE, v. 20, n. 2, p. 144-150, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. *O Mercado de Bens Simbólicos*. In: MICELI, Sérgio (org.). *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 99-181.
- BURRI, Mira. *Reconciling Trade and Culture: A Global Law Perspective*. Journal of Arts Management, Law, and Society, p. 1-21, 2011.
- BURRI-NENOVA, Mira. *Trade and Culture: Making the WTO Legal Framework Conducive to Cultural Considerations*. Manchester Journal of International Economic Law, Volume 5, Issue 3, p. 2-38, 2008.
- CASTELLS, Manuel. *Information Age: the Rise of the Network Society*. Oxford: Blackwell, 2001.
- CUNNINGHAM, Stuart. *The creative industries after cultural policy: A genealogy and some possible preferred futures*. International Journal of Cultural Studies. v. 7, n. 1, p. 105-115, 2004

DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT. Creative industries mapping document. 1998.

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.culture.gov.uk/reference_library/publications/4740.aspx. Acesso em: 15 de mar. 2012

DEPARTMENT FOR CULTURE, MEDIA AND SPORT. Creative industries mapping document. 2001.

http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+/http://www.culture.gov.uk/reference_library/publications/4632.aspx. Acesso em: 15 de mar. 2012

FEATHERSTONE, Mike. *Cultura de consumo e pós-modernismo*. São Paulo: Studio Nobel, 1991 [1995].

FLEW, Terry. *Origins of Creative Industries Policy*. In: _____ (org.). *The Creative Industries Culture and Policy*. London: Sage Publications, 2011. p. 9-32

GALLOWAY, Susan; DUNLOP, Stewart. *A critique of definitions of the cultural and creative industries in public policy*. International Journal of Cultural Policy, v. 13, n. 1, p. 17-31, 2007

GARNHAM, Nicholas. *From cultural to creative industries: An analysis of the implications of the “creative industries” approach to arts and media policy making in the United Kingdom*. International Journal of Cultural Policy, v. 11, n. 1, p. 15-29, 2005

GIDDENS, Anthony. *A Constituição da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1984 [1989]

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Unesp, 1990 [1991]

GIDDENS, Anthony. *Central Problems in Social Theory*. Los Angeles: University of California Press, 1979.

GIDDENS, Anthony. *O Estado-Nação e a Violência*. São Paulo: Edusp, 1985 [2001]

HALL, Peter; SOSKICE, David. *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*. New York: Oxford University Press, 2001.

HANUSCH, Horst e PYKA, Andreas. *Principles of Neo-Schumpeterian Economics*. Cambridge Journal of Economics, v. 31, p. 275–289, 2007

HELD, David; MCGREW, Anthony; GOLDBLATT, David & PERRATON, Jonathan. *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

HESMONDHALGH, David. *Media and cultural policy as public policy: The case of the British Labour government*. International Journal of Cultural Policy, v. 11, n. 1, p. 95-109, 2005.

JIN. Dal Yong. *Transformation of the World Television System under Neoliberal Globalization, 1983 to 2003*. Television & New Media, v. 8, n. 3, p. 179-196, 2007.

LADEIRA, João Martins. *Política industrial de informática nos anos 90: uma discussão*. In: XIII CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 2007, Recife. Anais... Recife, 2007.

MALERBA, Franco. *Sectoral systems of innovation and production*. Research Policy, v. 31, n. 2, p. 247–264, 2002

MARCHI, Leonardo de. *Entre o desenvolvimento econômico e o direito à cultura: Uma análise dos usos do termo “economia criativa” pelo governo brasileiro*. IN: XI CONGRESO LATINOAMERICANO DE INVESTIGADORES DE LA COMUNICACIÓN, 2012, Montevideo. Anais... Montevideo, 2012

MINISTÉRIO DA CULTURA. Edital de apoio a estudos e pesquisas em economia criativa.
<http://www.cultura.gov.br/site/wpcontent/uploads/2012/02/CartilhaPr%C3%AAmioEconomiaCriativa.pdf>. Acesso em 29 de dez. 2011, 2011d.

MINISTÉRIO DA CULTURA. Edital de fomento a iniciativas empreendedoras e inovadoras.
<http://www.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2012/02/Microsoft-Word-EDITAL-FOMENTO-N%C2%BA-2-de-29-DE-DEZEMBRO-DE-2011-.pdf>. Acesso em 29 de dez. 2011, 2011c.

MINISTÉRIO DA CULTURA. MinC assinou convênio com estado para a implantação do equipamento.
<http://www.cultura.gov.br/site/2012/01/27/criativa-minas-gerais/>. Acesso em 27 de jan. 2012, 2012b

MINISTÉRIO DA CULTURA. MinC assinou convênio nesta terça-feira, 13, para implementar projeto em Pernambuco.
<http://www.cultura.gov.br/site/2011/12/14/criativa-biro/>. Acesso em 04 de dez. 2011, 2011b.

MINISTÉRIO DA CULTURA. SEC/MinC e Goiás celebram pactuação para implantação do equipamento no estado.
<http://www.cultura.gov.br/site/2011/12/02/criativa-biro-de-goias/>. Acesso em 02 de dez. 2011, 2011a.

MINISTÉRIO DA CULTURA. Secretaria da Economia Criativa assina convênio para implantar Criativa Birô no Rio Grande do Sul.
<http://www.cultura.gov.br/site/2012/01/23/criativa-biro-do-rs/>. Acesso em 23 de jan. 2012, 2012a.

PAGE R, Sen. *Beyond Culture vs. Commerce: Decentralizing Cultural Protection to Promote Diversity Through Trade*. Northwestern Journal of International Law & Business, v. 31, issue 63, p. 63-136.

PEREZ, Carlota. 2010. *Technological revolutions and techno-economic paradigms*. Cambridge Journal of Economics, v. 34, n. 1, pp. 185–202

PRATT, Andy. *Cultural industries and public policy: An oxymoron?* International Journal of Cultural Policy, v. 11, n. 1, p. 32-44, 2005

SECRETARIA DE ECONOMIA CRIATIVA. 2011. Plano da Secretaria da Economia Criativa: Políticas, Diretrizes e Ações, 2011 a 2014.
<http://www.cultura.gov.br/site/wpcontent/uploads/2012/04/livroportuguesweb.pdf>

WAGNER, Peter. *A Sociology of Modernity: Liberty and Discipline*. New York: Routledge, 1994

WOUTERS, Jan; DE MEESTER, Bart. *Cultural Diversity and the WTO: David versus Goliath?* Leuven Centre for Global Governance Studies: Working Pap

**O DESERTO É VIVO: IMAGENS KAFKANIANAS NA ESTÉTICA
LITERÁRIA DE CLARICE LISPECTOR E A
DIMENSÃO POÉTICA DO DIREITO**

Míriam Coutinho de Faria Alves¹²

RESUMO

O presente trabalho trata de analisar a relação entre a estética literária de Clarice Lispector na obra *A Paixão segundo G.H* e a dimensão poética do direito. Esta obra relata a trajetória de uma mulher que na realização da tarefa cotidiana de arrumar a casa investiga a experiência da paixão. Tem como objeto o caráter imaginário do direito na literatura postulando a natureza ficcional do direito como parte do mundo da vida. Nessa perspectiva tem como objetivo investigar as possibilidades de dobras na imaginação do real. Trata-se de uma reflexão na qual a dimensão poética do direito é pensada metodologicamente a partir de aportes fenomenológicos e desconstrutivistas para tanto utiliza-se o conceito de dobra e o pensamento do fora articulados por Blanchot, assim como em Deleuze e Foucault. Dentro desse contexto, a esperança é tomada como elemento estético para compreender as relações entre a estética literária e o direito deflagrada a partir da consciência do mundo da vida na construção do espaço literário clariceano que vai produzindo também possíveis relações entre Clarice e o universo Kafkaniano como estratégia para as associações imaginárias da tecitura do real.

¹ Mestrado em sociologia pela Universidade Federal de Sergipe, Mestrado em Direito pela UFBA, doutoranda em direito público (UFBA).

² Este artigo é dedicado ao prof. Willis Santiago Guerra Filho.

Palavras-Chave: *estética literária; estética do direito; esperança.*

ABSTRACT

The present work deals with dialogues between literary aesthetics and the poetic dimension of law. PSGH tells the story of a woman while carrying out the daily household duties investigates the experience of passion. It aims to show the imaginary character of law, in the literature, postulating the fictional nature of law as part of the living world. From this perspective it aims to investigate the possibilities of folds in the imagination of the real through an aesthetic approach of Clarice Lispector's literary work *The Passion According to GH*. This is a reflection in which the poetic dimension of law is thought of methodologically from phenomenological and deconstructive contributions so as to use both the concept of the fold and the thought from outside put forward by Blanchot, as well as Deleuze and Foucault. Within this context, hope is taken as an aesthetic element to understand the relationship between literary aesthetics and law which is triggered by consciousness of the living world in the construction of Claricean literary space that also produces a possible relationship between Clarice and the Kafkanian universe as a strategy for the imaginary associations of the fabric of the real.

Keywords: *literary aesthetics; aesthetics of law; hope.*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Mas eu sei que ao mesmo tempo quero e não quero mais me conter. É como na agonia da morte: alguma coisa na morte quer se libertar e tem ao mesmo tempo medo de largar a segurança do corpo. Sei que é perigoso falar na falta de esperança, mas ouve- está havendo em mim uma alquimia profunda, e foi no fogo do inferno que ela se forjou. E isso me dá o direito de errar. (PSGH, 1988, p. 147)

Como narrativas que não se esgotam mas multiplicam suas raízes assim são as narrativas de Clarice Lispector e Franz Kafka onde os diálogos entre a estética literária e a dimensão poética do direito transitam sobre os aspectos da finitude, náusea, deslocamento, enraizamento, morte, estranheza e ordem. São sem dúvida inúmeras vertentes em que podemos vincular o imaginário de Clarice e Kafka não só pelos temas existenciais presentes em suas narrativas literárias mas ademais por sua visível postura filosófica na escrita literária. Como nos atesta Benedito Nunes (2010, p. 33) em sua obra *Passagem ao poético* ao tratar da relação ou transação entre poesia e filosofia. Nunes acentua a dimensão da linguagem literária como o núcleo fundamentador do Dasein. Em se tratando da obra de Clarice Lispector, Nunes nos confere diretrizes para pensar as rupturas clariceanas que vão pautando a relação entre a desorganização da personagem G.H.¹ e o sentido filosófico de encontrar-se na linguagem.

¹ Será utilizada a sigla PSGH para *A paixão segundo G.H.*

O imaginário jurídico encontra-se imerso na linguagem literária e sendo *A paixão segundo G.H.*, a meu ver, o livro mais kafkaniano de Clarice Lispector manifesta uma sintonia com o labirinto kafkaniano particularmente com a obra de Kafka: *A Metamorfose*. Dessa forma, pensar “o Kafka” que reside na narrativa de Clarice ou as imagens kafkanianas delineadas na obra PSGH será o aporte inicial pelo qual podemos transitar pela dimensão imaginária de ambos autores descortinando as dobras do real em meio às diversas facetas do processo de imaginação criativa da linguagem literária.

Gotlib (1999, p. 56) pontua no seu trabalho biográfico que Clarice tenta “matar a escritora” mas a tentativa e em vão pois é justamente esse deslocamento que produz o caráter imaginário² clariceano apontando as dimensões simbólicas da sua escritura. Uma leitura estética dos direitos fundamentais em meio aos textos clariceanos invoca a subjetividade feminina como centro da perspectiva clariceana nos indica o que a personagem G.H. afirma: “eu estava comendo a mim mesma, que também sou matéria viva do sabath” (PSGH, 1988, p. 129). De fato Clarice nos faz pensar sobre a matéria viva da palavra através da personagem G.H., cujo elemento que a identifica são suas iniciais nunca reveladas.

G.H. mulher independente e com vida “estável” acorda tarde por volta das 10 hs da manhã e decide ordenar a casa, metáfora da estrutura em que vive. A PSGH

² “O que aqui se quer então destacar é o caráter fundamentalmente “po(i)ético”, criativo, imaginativo de toda obra humana, aí incluídos tanto o direito como o conhecimento que se produz, a seu respeito, e também em geral, a totalidade do que se conhece, enquanto dependente de alguma forma de decodificação – ou *signatura*, para utilizar a expressão alquímica de Paracelso, amplamente empregada por Jacob Boehme, retomada de há pouco por Giorgio Agamben -, para ser por nós percebida significativamente, numa articulação simbólica.” Guerra Filho, O conhecimento imaginário do direito. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011. p. 3.

obra publicada na ditadura militar brasileira (1964) reproduz a sensação de perigo, da identidade revelada apenas nas iniciais (G.H) indicando a dificuldade de se estabelecer relações de alteridade ao tempo em que a personagem atira-se à esperança e ao sonho para situar o outro também neste limiar das suas ficções.

De fato, o movimento da estória tanto em Kafka (*Metamorfose*) quanto em Clarice (*PSGH*) produz no leitor a sensação de ter entrado num sonho da personagem G.H e de Gregorio Samsa. Vivenciando suas condições oníricas, saindo de si mesma, esvazia-se ou adquire o sentido do mundo e da totalidade num processo de diluição do tempo (Gross, p.83). Quando G.H percorre o cotidiano o tempo vai se tornando tempos, inchados de tempos e provoca na apreciação do leitor jogos imersos na experiência mística que acompanha o vigor de sentir e pensar os sentidos da vida.

A similitude das expressões da personagem G.H com textos bíblicos e que não somente por isso denota um caráter místico na narrativa clariceana narra as sensações da personagem, atestando também o seu pertencimento às tradições cristãs. Essa elaboração talvez inconsciente da autora nos transmite como a perda, a busca do inalcançável e a esperança. O Kafka em Clarice é aquele que leva a linguagem ao fundo do limite colocando o sujeito nesta zona entre o estar- e o não-estar e na relativa necessidade de descoberta e transmigração das identidades que estão nas coisas, nos animais e no humano. Numa re-invenção do fugidio em meio ao que não se escapa e aí está: o neutro (artesanato) da vida.

Os imaginários (de ambos autores) sobre a vida, morte e arte nos possibilita então refletir sobre a dimensão poética do direito numa relação do direito como estrutura que se desdobra continuamente. Para tanto utilizamos o conceito de dobra em Blanchot mas também articulado em Deleuze onde a dobra é algo que se apreende em meio a uma estética do possível de modo que transmite ao leitor à prática de uma leitura feroz e angustiante onde a náusea parece inesgotável.

Na Clarice kafkaniana, se assim podermos dizer, a narrativa literária poderia ser lida como num palco de enunciações também à luz de Deleuze. A personagem G.H narra o seu desejo pelo nada e sua ânsia sobre descortinar à palavra. Em G.H a estória onde nada de fato acontece é, portanto, a estória da narrativa que contém a si mesma. O sentido é desvelado pouco a pouco como um fio condutor do indizível e que se direciona a fala (de G.H) que não tem voz e é ao mesmo tempo a própria voz viva: a do neutro da vida.

2. O DESERTO É VIVO: IMAGENS KAFKANIANAS NA ESTÉTICA LITERÁRIA DE CLARICE LISPECTOR E A DIMENSÃO POÉTICA DO DIREITO

Na PSGH, a personagem transita pelo deserto tentando encontrar através de escavações imaginárias água em um grande lago e assim anuncia: “O deserto tem uma umidade que é preciso encontrar de novo” (PSGH, 1988, p.109). Seria preciso sempre desencavar, enraizar, desenraizar para encontrar a raiz dos sonhos ou ficções e sendo o direito parte desse imaginário ficcional, a realidade está toda ali manifesta em meio as singularidades da narrativa imaginária e intuitiva. Os espaços oblíquos que traçam a relação do dito com o não manifesto constroem as possibilidades de comunicação com o fora e apontam para a escrita que vem do corpo da escritura.

A questão que se observa é a ordem que vem dessa íntima conexão com o fora (*dehors*). Kafka e Clarice parecem saber disso e esteticamente formam planos que cortam a narrativa como estratégias do simbólico. Percebe-se que o que formaliza as escrituras é o que está imerso na imaginação transparecendo no texto às múltiplas raízes, os sonhos, corpos, etc.. O sono como afirma a personagem G.H lhe vinha como o de uma barata que dorme na superfície de uma parede. A personagem necessita sonhar/ acordar desse equilíbrio para poder respirar com uma amplidão

visual, amplidão da qual tanto precisa para se comunicar. (PSGH, 1988, p. 104). Os ecos que a literatura produz no sentido foucaultiano manifestam o poder do não-dito e a insuficiência do que se havia dito se torna manifesto pelas entrelinhas, pelos espaçamentos da escrita, atestando ali a dimensão poética do direito ou a sua forma imaginária de investigar o sentido ordenador das coisas onde o princípio da intencionalidade conduz as formas criativas do real.

Assim quando GH afirma que a maior coragem de um corpo é morrer (PSGH, 1988, p. 81) pode-se compreender essa expressão a partir do fora porque a ruptura que a ficção vai produzindo propõe uma penumbra como estratégia para as associações imaginárias da tecitura do real. Se há, portanto, a passagem da literatura para a vida é porque há alguma coisa que é preciso ser dita (PSGH, 1988, p. 117) e cuja necessidade de dizê-la alcança uma forma de expressão neutra e única: a dimensão poética.

G.H ao testemunhar a sensação de que a barata vai morrer exclama: “ Oh, mas é a barata que vai morrer, não eu! não preciso desta carta de condenado numa cela..” (PSGH, 1988, p. 117). Ao mesmo tempo a personagem quer tornar visível a condição da finitude, a morte do inseto como parte de uma visibilidade quase palpável que lhe dá toda vontade de devorar (a massa branca) da barata para fazer-se parte dessa morte anunciada. Fazer parte desse sistema vivo que se move e que retoma a origem para perceber a finitude do corpo, dos gestos e dos tempos ritmados do devir. Kafka e Clarice vão trabalhar na literatura a passagem das cores e da luminosidade onde o sentido do estético aponta a densidade ou agenciamento visual que também Deleuze direciona para podermos alcançar o desvelamento da forma literária e que se aqui encontra caracterizada através do devir de outra linguagem aquela que intui para a dimensão pó(i)ética do direito imersas num aspecto ordenador onde o permitido e o proibido se articulam nas artimanhas do real.

Sim. O quarto em que G.H se situa aparece no meio-escuro e aos poucos vai expondo uma luminosidade de penumbra onde aparecem os objetos e o sol que expõe a protagonista aos momentos de delírio mas nessa procura pela amplidão visual só se alcança fora do quarto, no olhar à janela, se busca sair do diagrama que compõem as difusas imagens sobre o mundo. Deleuze e Foucault situam a noção de diagrama num contexto de forças que se relacionam anunciando possibilidades de tensões e desejos.

Kafka e Clarice recriam à própria condição imaginativa, se encontram na percepção de que não se escapa do labirinto e o animal é aquele que de algum modo encontra-se também profundamente vinculado, vivenciado a partir do sistema narrativo, numa experiência que ressalta a relação entre possuir e ser possuído ao tempo em que a construção literária torna-se, de fato, um não pertencer. Deleuze (2003, p. 19) percebe os limites da linguagem e da literatura quando se diz estar imersa nela assim como quem está nas vísceras do neutro. Produz-se uma desterritorialização do eu como um bicho que encontra um canto para morrer ou anunciar esta morte. Essa é a tarefa da personagem clariceana encontrar um canto para despersonalizar-se. Encontra-se com a dimensão imaginária de criar.

Então falar do lugar da narrativa é dizer da escrita como possibilidade do divino e do divino como real. Aquele cuja realidade está na dimensão das suas ficções. Tudo é ficção por que o real se desdobra nesse espaço fragmentado e multifacetado do imaginário. O que se mostra na identidade de G.H são fragmentos dessa trajetória. No sentido místico, G.H utiliza-se de elementos da natureza como o deserto vivo e a partir daí constrói suas imagens kafkianas. “ Eu fui obrigada a entrar no deserto para saber com horror que o deserto é vivo, para saber que uma barata é vida.” (PSGH, 1988, p. 134). Assim utilizando-se da linguagem poética, como aquela que nos dá por si mesma a possibilidade de constituir imaginários do mundo e da vida compõem também o sentido da esperança como estética da justiça.

A medida que o texto literário clariceano nos expõe à interligação do poético com o sagrado é marcado pela assimilação da matéria viva como expressão do sensível. Tal como pontua Nunes (1989, p.69) a personagem “ não escreverá mais a palavra Deus, nome próprio por excelência, torna-se ‘O Deus’, nome comum, substantivo de todas as coisas” sobre o qual nos permitirá perceber a partir do dispositivo hermenêutico a intersubjetividade que se relaciona com a lei que é desejo. E assim nos diz a personagem G.H:

Para construir uma alma possível- uma alma cuja cabeça não devore a própria cauda- a lei manda que só se fique com o que é disfarçadamente vivo. E a lei manda que, quem comer do imundo, que o coma sem saber. Pois quem comer do imundo sabendo que é imundo - também saberá que o imundo não é imundo. (PSGH, 1988, p.73)

Dessa forma, muitas passagens do texto envolvem o sagrado a partir do momento em que a personagem decide matar a barata e provar do neutro artesanato da vida experimentando a racionalidade do poético, reconstruindo o sentido da ordem num sistema aberto onde direito e arte se comunicam. Esse é o deserto vivo sobre o qual o direito transita nas dobras do real clariceano.

Sei que se eu abandonar o que foi uma vida toda organizada pela esperança, sei que abandonar tudo isso- em prol dessa coisa mais ampla que é estar vivo- abandonar tudo isso dói como separar-se de um filho ainda não nascido. A esperança é um filho ainda não nascido, só prometido, e isso machuca. (PSGH, 1998, p.147)

Falar de dobras do real em narrativas tão cortadas pelo movimento interno dos ritmos da escrita é observar um contínuo processo de criação. A paixão é o golpe da Graça. A vertigem da personagem faz parte do percurso compreensivo do real fundado pelo movimento de romper perspectivas cotidianas. O estar da narrativa indica a superação do enraizamento pelas dobras do real. É dessa experimentação – longe do equilíbrio – que o humor kafkaniano e Clariceano afloram dissolvendo o Eu numa geometria instável e simbólica.

G.H não está próxima a Gregor Samsa como identidade fixa nem lhe é semelhante, apenas possibilita-nos perceber a categoria de estranhamento em ambos personagens que se avizinham da idéia de Blanchot sobre o pensamento do fora. Partindo dessa perspectiva o direito é visto (possivelmente) diante desse pensar o fora. Então trata-se de observar como Clarice e Kafka nos despertam para esse pensamento do fora instigando posições geométricas sobre a des-ordem. A descaracterização da ordem, a abertura do sistema é a experiência Claricena do direito na literatura numa espécie de atestar à margem do mundo onde seus personagens instáveis e delicados tornam-se como sonhos que dizem, vivem e sentem a esperança numa língua adotada, re-inventada e pensante.

E assim afirma a personagem G.H : “ Para o sal eu sempre estivera pronta, o sal era a transcendência que eu usava para sentir o gosto , e poder fugir do que chamava de ‘nada’. (Lispector, 1988, p.85). Numa procura que se intui mística em relação à problemática da ordem, Clarice vai criando condições para desvelarmos o sentir como dimensão poética do direito resgatado pela via literária.

Essa condição do descortínio na narrativa vai marcar ou desvelar o sentido da paixão e a racionalidade do sistema sobre o qual G.H estava submetida. Esse misticismo é o modo da personagem na procura estética do mundo vivo nesse imaginário que é também de direito à vida. Assim também o direito serve-se desse

limite estético para repensar seus fundamentos. De fato a esperança é a solicitação mais veemente de quem quer a passagem para descobrir algo que não era perceptível alcançar: o inusitado. Apropriadamente Warat (2010,p.86) nos insere na metáfora da altercação como neologismo que propõe “ um processo de transformação de uma concepção individualista para outra que nos considera parte do Direito enquanto alteridade,enquanto parte de relação com os outros “ (2010,p.86)

A adoção do inusitado como um modo de se alcançar a experiência da alteridade no mundo da vida constitui um modo permanente de vivenciar o estar no mundo e os aspectos imaginários do direito. Ao lado dessas percepções uma perspectiva de sistema aberto onde a autenticidade é intuída na relação do direito com a arte e a literatura. Vamos então além dos aspectos individualizados de GH e que ao mesmo tempo nos dão ampla significação dessa busca que faz G.H pedir socorro ao leitor para que lhe ajude a entender porque ela ultrapassa o limite do belo e vai imiscuindo-se à feiura da barata, tornando-se um pouco dela mesmo até alcançar o neutro que é o artesanato da vida.

Esse era o perigo tal qual Blanchot (p.29) atesta para a literatura e que por conseguinte enobrece o seu sentido .Daí pensamos não só e também em Kafka, mas em Proust¹, Virgínia Woolf, Dostoiévski que nos traz a relação entre ambiente, vida e enraizamento que Clarice traduz em seus percursos simbólicos (Gotlib, p.209).

¹ Afirma Clarice Lispector sobre o seu gosto pela literatura de Proust atestando a influência de Proust na sua escrita: “Eu pensava que ia gostar de Proust como se gosta das coisas esmagadoras;mas com grande surpresa vejo que tenho um prazer enorme e sincero em lê-lo, acho-o naturalíssimo, nada imponente, pelo contrário de uma modéstia intelectual que nunca se sacrifica por um brilho, por uma imagem; você concorda ? ” (Gotlieb, 1998, p.199)

Esse indizível clariceano se situa entre achar-se e perder-se e tenderia à flexibilidade da ordem para relacionar –se com elementos do mundo da vida saindo do círculo fechado e dogmático do sistema de normas para a biopolítica da vida. A casa torna-se em si mesma desnecessária. G.H navega no próprio espaço como nômade pois constrói uma forma de habitar na linguagem que tem como característica desconstruir a própria imagem burguesa, perdendo e vivendo aquilo que se perde numa proposta de reinventar-se.

O sentido místico do texto é, pois, necessário para a percepção das ilusões e da fragilidade com que o conhecimento sobre a ordem estava pautado. Era preciso para a protagonista voltar a origem das coisas trazendo através da consciência um artefato fenomenológico de superação do modo instituído pelo mundo da lei.

A ordem não está na disposição das coisas, ela advém das formas retóricas e imaginárias de direitos onde a incompletude aparece quando a personagem procura a amplidão. O evento da aparição do inseto provoca um tipo de ruptura tal qual em Kafka. Poderia –se dizer que ambos se relacionam com a história não como um repositório de fatos mas como o transitar do expressivo e do inexpressível onde os momentos fabulosos silenciam e cantam ao ouvido do leitor.

Tanto em Clarice como em Kafka a música se torna um elemento importante no dizer da realidade enraizante (Cerqueira, 2005. p.119). Paixão (2020, p.81) nos atesta as ressonâncias da música nos textos clariceanos como interação quase como ondas de energia de onde se propagam sua linguagem. Inclusive sobre as condutas da personagem onde escutamos suas e (nossas) crenças. Para o resgate da memória nos trazer a relação entre o texto, o leitor e a experiência. O direito então percebe através da narrativa literária a sua própria historicidade e assim nenhuma questão jurídica está de fato longe da experiência literária. Esse caráter extra-

ordinário dos textos clariceanos e kafkanianos no viés filosófico, nos faz superar e resignificar a alteridade re-dimensionando os direitos fundamentais.

De fato, a polissemia do texto faz superar modelos dogmáticos para pensar a consciência social onde os imaginários de direitos acontecem nas relações de alteridade. Sim, para a estética clariceana na PSGH um sentimento de atração e repulsa convivem na realidade do mundo e do homem. Construções inúteis de comunicação com o outro também se dão porque GH estava só no deserto vivo, só ela “poderia rezar para as areias” (PSGH, 1988, p. 110). Sim, estava só no quarto, na angústia, tal qual Samsa na *Metamorfose* e onde a necessidade da escritura se faz como coisa esmagadora.

As dimensões oníricas da realidade surgem em meio as relações de percepção indo além das possibilidades de pensar o(s) direito(s) difusos numa experiência de tentativa de organização do caos e reestruturação da ordem do desejo, e da ciência jurídica como parte também desse desejo plasmado na cultura.

Numa constatação de que a experiência jurídica não se desvincula da tensão poética pois o direito está inserido no mundo do desejo e do sonho tal como nos elucida Guerra Filho (2011, p. 11) e que desse núcleo onírico se evocam expressões bíblicas e místicas como inferno, paraíso, onde exalam o esvaziamento dos personagens pelo sentido da receptividade e da sensibilidade poética. Esses são os tons de Kafka e Clarice onde o devir-animal faz a música e pontua os ritmos das narrativas.

3. CONCLUSÃO

As narrativas de Clarice e suas imagens kafkanianas se desenvolvem nas tensões da linguagem, numa transfiguração dos sentidos que a narrativa literária gera produzindo uma desterritorialização da qual nos fala Deleuze (2003, p. 69) a partir do sentido tonal da paixão. A escritura do caráter kafkaniano em Clarice transita como

uma linguagem musical. G.H, a procura de si mesma no ato de ordenar a casa encontra a paixão, Kafka ao buscar a lei encontra o desejo. Ambos trazem no cerne da questão o Dasein. O percurso de G.H, para quem tudo é emoldurado pela fragmentação do desejo, cortado em partes, que alimentam a própria alma. E assim como nos diz Deleuze:

“O processo é o esquartejamento de qualquer justificação transcendental. Não há nada a julgar no desejo. A justiça é apenas o processo imanente do desejo. O processamento é o continuum feito de contiguidades. O contíguo não se opõe ao contínuo. Pelo contrário, é a construção local, indefinidamente prolongável, e igualmente, por consequência, a desmontagem- o gabinete do lado, a sala contígua sempre.” (Deleuze, 2003, p. 92).

A desmontagem funciona para Kafka assim como o desfazimento do sentido da ordem necessária e intrínseca para Clarice que nos leva à reflexão incessante da dimensão poética do direito no descortínio das dobras do real.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Joel Rosa de. *A experimentação do grotesco em Clarice Lispector: ensaios sobre literatura e pintura*. São Paulo: Nankhin editorial. Editora da Universidade de São Paulo, 2004.
- AMARAL, Emília. *O Leitor Segundo G.H.* São Paulo: Ateliê Editorial, 2005.
- BLANCHOT, Maurice. *El espacio literario*. Buenos Aires: Editorial Paidós, 1969.
- _____. *A conversa infinita. A ausência do livro*. Editora escuta, 2010.
- BARBOSA, Maria José Somerlate. *Clarice Lispector: Desafiando as teias da paixão. Coleção Memória das letras, 8*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

BARTHES, Roland. *O grau zero da escritura*. São Paulo: Cultrix, 1971.

_____. *O rumor da língua*. São Paulo: Brasiliense, 1988.

BAKHTIN, Mikhail. *Estética da criação verbal*. Introdução e tradução de Paulo Bezerra; prefácio à edição francesa de Tzevan Todorov. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

CERQUEIRA, Nelson. *A crítica marxista de Franz Kafka*. Salvador: Editora Cara, 2005.

_____. *Hermenêutica e Literatura*. Bahia, Cara, 2003.

_____. *A estética da recepção da poesia de Agostinho Neto*. Trad. de Yvenio Azevedo. Rio de Janeiro: Imago; Angola: FAAN, 2001, p.221.

CIXOUS, Hélène. *L'approche de Clarice Lispector*. Entre l'écriture. Paris: Des Femmes, 1986.

CHEURI, VERA KARAM DE. "Clarice e Kafka: eu não posso fazer nada". In: *Direito e Psicanálise*. RJ: Lumen Iuris, 2010.

CARNEIRO, Maria Francisca. *Direito, estética e arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Frabis, Ed. 2008.

CONLEY, Verena Andermatt. *Hélène Cixous: Writing the Feminine*. Nebraska: University of Nebraska Press, 1984.

_____. *Introduction*. Readings with Clarice Lispector by Hélène Cixous. Edited, translated and introduced by Verena Andermatt Conley. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1990.

DASTUR, Françoise. *Heidegger e a questão do tempo*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p.40.

DELEUZE, G., GUATTARI, F. *Mil platôs: Capitalismo e esquizofrenia*. Coordenação da tradução Ana Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Editora 34, 1995.

_____. *Kafka: por uma literatura menor*. Tradução Rafael Godinho. Lisboa: edição 0789, 2003.

FONTES, ANDRÉ R.C. "Considerações fenomenológicas sobre o direito na crítica de Eugen Fink a Edmund Husserl". In: *Fenomenologia e Direito* Vol.3 Número 2. Outubro 2010/Março 2011. Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª região-EMARF, 2008

FRANZ, Kafka. *A metamorfose*. 14ª ed. Tradução de Modesto Carone, Companhia das Letras, São Paulo, 1997

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOTLIB, Nadia Clarice. *Uma vida que se conta*. São Paulo: Ed. Ática, 1995.

GUBERT, Roberta Magalhães; NETO, Alfredo Copetti; TRINDADE, André Karam. *Direito. & Literatura: reflexões teóricas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Começo de uma filogeoteopoeítica: (o) ponto (é a solução a) final (?)*, texto apresentado no colóquio de inverno, Natal, 2011.

_____. *Teatranimalizando com Kafka*. Palestra apresentada no colóquio Inverno "O direito entre o animal e o ideal", 21 a 23 de julho 2011, Natal, RN.

_____. *Por uma poética do direito: Introdução a uma teoria imaginária do direito (e da totalidade)*. Revista Panóptica, Ano 03, número 19, julho - outubro 2010.

_____. *O conhecimento imaginário do direito*. Tese de doutorado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2011.

_____. *Teoria da ciência Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Fenomenologia Jurídica*. In: *Dicionário de Filosofia do Direito*, Barretto, Vicente de Paulo (coord.), Rio de Janeiro/São Leopoldo (RS): Renovar/UNISINOS, 2006.

FOUCAULT, Michel. *O pensamento exterior*. São Paulo: Princípio, 1990.

_____. *As palavras e as coisas*. São Paulo: Martins Fontes, 1995

GUIMARÃES, Aquiles Cortes. Para uma teoria fenomenológica do direito. In: Fenomenologia e Direito. Vol.3. Número 2. Outubro 2010/Março 2011. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª região-EMARF*, 2008.

_____. *O conceito de Mundo da Vida*. Palestra apresentada no colóquio Inverão “O direito entre o animal e o ideal”, 21 a 23 de julho 2011, Natal, RN.

HUSSERL, Edmund. *Idéias para uma fenomenologia pura*. São Paulo: Ideias e Letras, 2006.

_____. *Crisis de las ciencias europeas y la fenomenologia transcendental*. México: Folio, 1984.

ISAACSON, José. *La realidad metafísica de FranzKafka*. Buenos Aires: Corregidor, 2005.

LISPECTOR, Clarice. *A paixão segundo G.H.* Edited by Benedito Nunes. São Paulo: Centrais Imppressoras Brasileira Ltda., 1988.

_____. *A paixão segundo G.H.* Rio de Janeiro. Rocco, 1998.

_____. *The Passion According to G.H.* Translated by Ronald W. Sousa. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1988.

NUNES, Benedito. *O drama da linguagem*. Uma leitura de Clarice Lispector. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *Ensaaios Filosóficos*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *Passagem para o poético. Filosofia e Poesia em Heidegger*. São Paulo: Edições Loyola, 2010

PAIXÃO, Crsitiano. “Ressonâncias de Clarice Lispector e Arnold Schonberg: música e narrativa em ‘A Hora da Estrela’”. In: Direito e Psicanálise. RJ: Lumen Iuris, 2010.

PEIXOTO, Marta. *Passionate fictions: gender, narrative, and violence in Clarice Lispector*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1994.

SALEM, Tatiana. *A experiência do fora: Blanchot, Foucault e Deleuze*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

SARTRE, J-P. *A náusea*. 9. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, s/d.

_____. *A imaginação: Sartre/Heidegger*. São Paulo: Abril, 1973.

_____. *O que é literatura?* São Paulo: Ática, 1989.

SUAREZ, Rosana. Nietzsche: a arte em o nascimento da tragédia. Fenomenologia e Direito Vol.3 Número 2. Outubro 2010/Março 2011. *Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª região-EMARF*, 2008.

WARAT, Luis Alberto. *A rua grita Dionísio! Direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*. Tradução e organização: Vívian Alves de Assis et al. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Iuris, 2010.

ZARKA, Y. *La otra vía de la subjetividad: seis estudios sobre el sujeto y el derecho natural en el siglo XVII*. Dykinson, Madrid, 2006.

PARALELOS ENTRE OS TRUÍSMOS DE JENNY HOLZER E OS ENUNCIADOS JURÍDICOS: INTERPRETAÇÃO E NORMATIVIDADE NAS LINHAS DO TEXTO E NOS ESPAÇOS DE PROJEÇÃO

Eliseu Raphael Venturi¹

RESUMO

¹Licenciado em artes visuais pela FAP/PR, especialista em direito público pela ESMAFE/PR e mestrando em direitos humanos e democracia (inclusão social e cidadania) pela UFPR. Advogado em Curitiba. eliseurventuri@gmail.com

Neste artigo são debatidas, com fundamento nos novos meios, materiais e problemas da arte contemporânea, algumas interfaces entre as funções expressiva e enunciativa da linguagem, em especial a verbal e a visual, por meio de uma abordagem em que, pelo trabalho reflexivo-discursivo, confrontam-se os enunciados jurídicos com uma produção artística em especial, significativa e apropriada a tal problema, qual seja, os truísmos da artista norte-americana Jenny Holzer (1950). Tais trabalhos artísticos, em suma, são representativos da geração de Holzer, da arte conceitual e pós-moderna, em que se fazem apropriações de algumas estratégias de difusão da mídia de massa e publicitária para a produção dos trabalhos, incorporando-se, na sua composição, a linguagem preceptiva e os problemas ético-morais com expressões visuais ampliadas em relação às tradicionais, demandando inclusive esforços hermenêuticos de integração similares aos jurídicos. Em específico, interessam os trabalhos “Truisms”, desenvolvidos a partir dos anos 1970, em que a artista transforma aforismos que criou (aproximadamente 300), em *slogans* difundidos ao público via adesivos, camisetas, pôsteres, *displays* LED e outros meios pela cidade de Nova Iorque e, posteriormente, cidades do mundo inteiro. Referidos trabalhos podem, filosoficamente, e contribuindo com o debate das implicações entre direito, arte, cultura e moral, ser confrontados, em suas semelhanças e diferenças capitais, com a linguagem jurídica, seja pela função enunciativa e sintética dos textos, que podem ser comparados, por exemplo, com algumas exigências doutrinárias e legais da redação das disposições normativas (clareza, precisão, ordem lógica, conforme art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998), seja pelo amplo debate em que se inserem, de normalização da conduta humana e das relações sociais, referencia axiológica e problemas e dilemas éticos de base. Na linha do problema, discutem-se alguns elementos de raciocínio e estrutura dos truísmos, verificando-se as suas relações com os preceitos jurídicos. O fundamento de tal debate se assenta tanto em autores da arte contemporânea, como Honour & Fleming, Michael

Archer e Amy Dempsey, além da produção teórica e crítica da própria artista, e também em autores da teoria geral e filosofia do direito, em especial Carlos Santiago Nino, Ronald Dworkin e Maria Francisca Carneiro, que trazem a abertura teórica para a possibilidade das relações interdisciplinares.

Palavras-chave: *norma; enunciado jurídico; truísmo; interface arte-direito.*

ABSTRACT

In this article are discussed, based on the new media, materials and problems of contemporary art, some interfaces between expressive and enunciative language functions, especially the verbal and visual ones, through a reflective approach that confronts legal norm and artistic production, in particular, a significant and appropriate to this problem: the “Truisms” of American artist Jenny Holzer. Those artistic works, in short, are representative of Holzer’s generation – conceptual art and postmodern art – in which appropriations of mass media and advertising techniques are some strategies for the production and dissemination of works, incorporating in its composition language and perceptive ethical and moral problems with visual expressions extended over traditional media, demanding hermeneutical efforts including sense integration, similar to legal interpretation work. Holzer’s “Truisms” can, philosophically, and contributing to the discussion of the implications of law, art, culture and moral, being confronted in their similarities and differences with legal language, either by the enunciative function and synthesis of texts, or by broad debate in which they operate, standardization of human behavior and social relations, references and axiological problems and ethical dilemmas base. Some references for the discussion are, about contemporary art, Honour & Fleming, Michael Archer and Amy Dempsey, and also authors on the general theory and philosophy of law, in particular Carlos Santiago

Nino, Ronald Dworkin and Maria Francisca Carneiro, who bring openness to the theoretical possibility of interdisciplinary relations.

Keywords: *legal norm; legal statement; Truisms; law-art interface; Jenny Holzer.*

INTRODUÇÃO

O objetivo central deste artigo é o de investigar e discutir algumas possibilidades de interface arte e direito, em especial pelo aporte potencialmente pedagógico, mas também reflexivo-filosófico, do debate acerca das funções da linguagem, seus usos comunicativos e expressivos, assim como as relações entre enunciados verbais sintéticos e seus contextos de produção.

Neste sentido, vale-se da distinção e qualificação da norma jurídica, em confronto com obras cujo teor se baseia na manipulação do enunciado sintético,

contudo, em outros sentidos, contexto, intencionalidade e finalidade, realizados pela artista norte-americana Jenny Holzer.

Assim, a partir de uma mesma base aparente, têm-se diferentes fenômenos, os quais, contudo, se comunicam novamente em seu fim derradeiro: ambos partem do enunciado linguístico sintético, a norma jurídica por meio da clareza, e o trabalho artístico por meio da afirmação inquietante, para lançar o destinatário ou receptor ao campo aberto de problemas da vida humana e de coordenação de raciocínios e respostas de ordem moral, especialmente.

A arte contemporânea abriu-se como campo expandido de discussões e problemáticas, meios e materiais, conferindo voz aos mais diversos grupos e personalidades humanas, inserindo minorias e identidades no circuito dos discursos, sensibilizando assim os espectadores à diversidade e complexidade humanas.

Ante tais problema e objetivos, portanto, este artigo pretende contribuir com os profícuos aportes de relação entre arte e direito, na linha das preocupações da interdisciplinaridade, temas que têm se expandido nas preocupações dos estudiosos do direito, de sorte que, assim, se possam comunicar áreas do saber que, ao final, encontram-se implicados pelos mesmos mistérios, questionamentos e desafios impostos pela condição humana.

1. OS TRUÍSMOS DE JENNY HOLZER

A arte contemporânea, compreendendo-se os influxos advindos após o desenvolvimento das vanguardas europeias do começo do século XX, assimilando técnicas e problemas destas no terreno expandido após a Segunda Guerra Mundial, tem em seu cerne diferentes meios, questões identitárias e implementos expressivos que lidam com os mais diversos pontos da existência humana, expressando a produção do saber artístico em um universo de pluralidade e multiplicidade (DEMPSEY, 2003).

Ademais, há um esforço hermenêutico decisivo na construção de entendimentos neste cenário de profusão de estilos, de sorte que não se pode olvidar de que “[...] observar a arte não significa ‘consumi-la’ passivamente, mas tornar-se parte de um mundo ao qual pertencem essa arte e esse espectador” (ARCHER, 2001, p. 235).

O trabalho de Jenny Holzer pode ser lido neste contexto, e, para tanto, de forma simples, adota-se uma linha de argumentação para compreender rapidamente as questões da artista em seu contexto, para então se realizar o cotejo com as características do texto normativo.

Conforme Honour & Fleming (1991, p. 695), a arte contemporânea seria marcada com o deslocamento, ao curso e ao cabo da Segunda Guerra Mundial, do eixo de produção artística ocidental de Paris para Nova Iorque, seguindo o influxo da migração de cientistas e de artistas para os Estados Unidos, em especial a partir dos anos 1930 (Einstein, Bartok, Stravinsky, Schoenberg, Beckmann, Grosz, van der Rohe, Moholy-Nagy, Albers, Léger, Mondrian, Ernst, Dali, Chagall, seriam apenas alguns exemplos de pensadores de vanguarda, além da profunda influência de Duchamp na formação do pensamento artístico).

Com tal movimento, a fusão das vanguardas originariamente europeias no contexto americano teria gerado movimentos próprios, com artistas locais e novas implicações no contexto europeu, de sorte que Honour & Fleming (1991, p. 696-703) aborda as variações destas novas criações, com reflexos na produção em arte, europeia e mundial.

Assim, de um modo panorâmico e muito rápido neste artigo, apenas para estabelecer uma brevíssima visão geral do quadro artísticos, desconsiderando muitos expoentes e meandros, integrariam o perfil das artes visuais neste contexto o expressionismo abstrato norte-americano (com destaque aos trabalhos, poéticas e

gerações de Pollock, De Kooning, Still, Rothko, Newman), assim como, com importante representações britânicas, a abstração pós-pictórica (“*post-painterly abstraction*”, “*colour field painting*”) – destacando-se Frankenthaler, Noland, Olitski, Louis, Riley. Igualmente, a Arte Pop (“*pop art*”) – Hamilton, Johns, Rauschenberg, Oldenburg, Lichtenstein, Warhol, Bacon –, assim como importantes contribuições dos usos da fotografia, integrada ou não a outros meios: Gilbert e George, Sherman, Kiefer, Richter, Arbus, Warhol, Korda, entre outros.

O minimalismo (Judd, Moris, André, Stella, Klein, Christo, LeWitt), o fotorrealismo (Estes) e a arte conceitual (com os movimentos da “*body art*”, “*land art*”, “*processual art*”; Smithson, Acconci, Nauman, Cage, Klein, Ruscha, Baldessari, Twombly, Becher) também são movimentos destacados por Honour & Fleming (1991, p. 696-703).

Nesse contexto, há um pressuposto importante para se visualizar o trabalho de Holzer: “the premise of all Post-Minimal and Conceptual Art is that the artist’s product is of less significance than the idea and process which brought it into being and of which it is only the record” (HONOUR & FLEMING, 1991, p. 709). Assim, a ênfase na ideia que subjaz ao trabalho, antes de sua apresentação plástica, é um traço marcante, assim como o ingresso da linguagem verbal como elemento decisivo na composição do trabalho.

Jenny Holzer, neste contexto, pode ser vista no movimento da “pós-modernidade”, ainda para Honour & Fleming (1991, p. 712-724), em especial no momento dos anos 1980, com a emergência dos neo-expressionismos e os usos da fotografia. Sem ingressar no profundo debate pelo enquadramento em um movimento ou outro, assim como no acerca da nominação destes mesmos movimentos, valem-se os autores do mote da arquitetura (Le Corbusier, van der Rohe, Moore, Venturi, Foster, Isozaki, Bofill) para demonstrar as mudanças do paradigma moderno ao pós-

moderno, no contexto das discussões dos movimentos acima nominados, nas linhas dos autores.

As discussões da pós-modernidade, segundo Hounour & Fleming (1991, p. 717-724), contextualizariam-se em uma sociedade com grande facilidade de trânsitos e viagens, ao compasso de um rico repertório formado pelos acervos dos museus, assim como da reprodutibilidade técnica de imagens, que mudaria tanto a noção dos artistas em relação a sua atividade quanto do público de arte. Com a consciência ampliada acerca das manifestações artísticas no tempo e no espaço, o questionamento da própria definição e finalidade da arte tomaram tônica, revisando-se ou abandonando-se noções anteriores, de sorte que “the idea of ‘progress’ in art and the related concepts of an ‘avant-garde’ and forward-looking ‘movements’ have all been questioned – together with the desirability of permanence, not to mention artistic ‘quality’ and ‘taste’” (HONOUR & FLEMING, 1991, p. 717). Assim, as mudanças das noções e expectativas ante a função da arte, sua própria definição e suas destinações sociais consistem em problemas sempre renováveis para a leitura da arte contemporânea.

Este contexto de deslocamentos é crucial para se verificar a validade das possibilidades trazidas pelos trabalhos de Holzer, assim como permitem expandir o campo de apreciação e de tracejamento das relações entre a arte e o direito.

Without Beyus young artists would not have had the enourmous range of ‘options’ now so easily open to them – for instance, the installations of Jenny Holzer (b. 1950), the most radical and extreme instance to date of an artist’s rejection of all traditional notions of the work of art – especially that of its being a rare and precious object. She uses language as a medium and billboards, posters, T-shirts, tractor hats and LED (light-emitting diode) moving signs as ways of conveying her message. ‘I wanted to get

content in there, something different than the content of abstract art’, she said of early works such as her Truisms, one-line statements of which EVERYONE’S WORK IS EQUALLY IMPORTANT, HUMANISM IS OBSOLETE and MEN ARE NOT MONOGAMOUS BY NATURE are typical. They were publicly display displayed all over the city of New York and not a few were duly edited, scrawled over or erased by passers-by. At her installation in the Guggenheim Museum in New York, 330 of these bewilderingly banal and/or inflammatory texts – ‘mock clichés’ as she calls them – went spiraling around the inside of Frank Loyd Wright’s building in movin coloured lights – yellow, greend and red – while others were carved on the tops of 13 granite benches. The juxtaposition of the quickly-movin, flashing, ephemeral action up-to-the minute technology and the static, long-lasting, hend-engraved lettering on stone with its intimations of antiquity an mortality was, of course, an essential component of the powerfully compelling vortex of meanings she created. (HONOUR & FLEMING, 1991, p. 719-720).

A raiz do trabalho artístico de Holzer, de suas instalações, permanece a mesma desde os anos 1970, mudando os meios e espaços de projeção de seus textos, sendo que a matriz dos textos provocativos e intrigantes, no mais das vezes sintético e curto, se manteve. Conforme esclarece a referência acima, a linguagem verbal é utilizada como meio, sendo igualmente necessário encarar os dois suportes utilizados pela artista: os efêmeros LED e a perpetuidade das inscrições em pedra.

Deste modo, o trabalho de Holzer é paradigmático das mudanças operadas no campo artístico na segunda metade do século XX em especial, demonstrando assim os novos problemas explorados pela arte.

A seguir, faz-se um breve retrospecto acerca dos elementos normativos, para então verificar tais questões conjuntamente às possibilidades hermenêuticas dos truísmos de Holzer.

2. ASPECTOS DA NORMA JURÍDICA

O debate sobre a norma jurídica, assim como todo o espectro de fundamentos do direito, consiste em uma complexa e variada discussão, em que diversas formulações convivem na tentativa de descrever fenômenos jurídicos específicos e imprescindíveis, ainda que sob a forma de noções mais ou menos vagas ou precisas, para o desenvolvimento fático das relações jurídicas e, em especial, judiciais.

Neste contexto, pode-se aderir a um rumo teórico, com o fulcro de, no contexto deste artigo, estabelecer a discussão do paralelo entre a expressão artística dos truísmos de Jenny Holzer e as normas jurídicas, sobretudo na aproximação dos enunciados linguísticos verbais sintéticos.

Conforme Nino (2010, p. 73-111) o conceito de norma jurídica comporta diferentes níveis de investigação: desde as características da linguagem prescritiva, passando pelas caracterizações teóricas sobre as normas e seus elementos, bem como acerca dos fundamentos de existência das normas.

Para o autor, o ponto de partida é o uso prescritivo da linguagem, embora a normatividade não se reduza a esta possibilidade de uso da linguagem. Por isso, o percurso deve passar da linguagem prescritiva, indo às normas em sentido amplo e, ao fim, às normas em sentido jurídico (NINO, 2010, p. 73).

Para Nino, a linguagem comporta diversos usos veiculados para expressar informações na vida social, podendo-se listar simplificada e alguns deles: uso informativo, uso expressivo, uso interrogativo, uso operativo e uso prescritivo ou diretivo.

O uso prescritivo ou diretivo diferenciava-se pela intenção de influir na conduta de outrem, assim como não faz sentido tentar declará-las verdadeiras ou falsas: pode-se declará-las justas ou injustas, racionais ou arbitrárias, eficazes ou ineficazes, e como não se destinam as diretivas a informar sobre a realidade, não se pode julgá-las pela veracidade (NINO, 2010, p. 75). Além disso, no geral, as diretivas valem-se de palavras deônticas (permitido, proibido, obrigatório) assim como modais (necessário, possível) e, ainda, em grande parte, mas não necessariamente, utilizam o modo imperativo.

Das diretivas, ainda para Nino, as que mais se relacionam às normas jurídicas são aquelas que contêm ordens, mandados ou imposições, o que as leva a serem consideradas prescrições. Estas não dependem, por sua vez, da concordância do destinatário, que deve cumpri-las por serem emitidas a partir de um ente hierarquicamente superior, que não necessariamente será legítima (por exemplo, a ordem de um assaltante, baseada em sua superioridade física de estar armado e coagir a vítima). Neste âmbito de discussão, ainda caberiam reflexões sobre as permissões ou autorizações, que dependem da noção de ordem para existir: quem permite é quem tem poder de ordenar (NINO, 2010, p. 74-77).

Valendo-se da teoria de Von Wright, Nino (2010, p. 77-90) identifica diversos tipos de normas (definitórias, determinatórias, regras técnicas, prescrições). E, no orbe das prescrições, demais ramos, como as normas ideais (virtudes), os costumes e as normas morais (teológicas e teleológicas). Todas estas normas seriam relevantes ao direito.

As normas prescritivas, por seu turno, ainda segundo a leitura de Von Wright feita por Nino (2010, p. 82), seriam as de maior monta nos ordenamentos, e se comporiam por um “núcleo normativo” (caráter, conteúdo e condição de aplicação), estrutura lógica comum das prescrições com demais normas, e os componentes

distintivos de prescrições (autoridade, sujeito, ocasião), e, por fim, dois elementos que definem uma prescrição, sem nela se integrar (promulgação e sanção).

Em suma (NINO, 2010, p. 80), o caráter informa se se trata de obrigação, permissão ou proibição veiculados na norma; o conteúdo são as ações (mudanças no mundo) ou atividades (processos) declaradas permitidas, proibidas ou obrigatórias pelo caráter (NINO, 2010, p. 84-85). A condição de aplicação consiste na circunstância necessária de oportunidade de realização do conteúdo, dividindo-se em categóricas (as condições de aplicação deduzem-se diretamente do conteúdo) e hipotéticas (estabelece condições para determinação do caráter) (NINO, 2010, p. 88). A autoridade, ao seu turno, estabelece o agente emissor e que determina a conduta prescrita: pode ser um ente divino (normas teônomas) ou por um ser humano (normas positivas); as heterônomas são aquelas estabelecidas de um agente ao outro, enquanto as autônomas dele para si mesmo. O sujeito normativo é o destinatário da norma, que pode ser conjuntivamente geral (todos) ou disjuntivamente geral (um ou alguns). A ocasião consiste na localização espaço-temporal de cumprimento, do que se declinam ocasiões particulares (ocasião determinada) e gerais (conjuntiva (espécies de situações) e disjuntiva (espécie determinada de ocasiões)) (NINO, 2010, p. 88-89).

Por fim, ainda na abordagem de Von Wright, na leitura de Nino (2010, p. 90) acerca das normas em sentido amplo, têm-se os elementos externos da promulgação e da sanção. A promulgação é entendida como formulação da prescrição, ou seja, expressão via símbolos que possam ser compreendidos pelo destinatário. E a sanção, ao seu turno, é ameaça de efeitos indesejados pelo descumprimento.

No trato específico das normas jurídicas, Nino (2010, p.91-110) vale-se da teoria de Hans Kelsen para tanto. Neste sentido, a compreensão abarca as normas jurídicas como juízos de dever-ser, ou seja, juízos diretivos, que se prestam à interpretação, eis que advindos de expressões de atos de vontade (que não são atos

individuais e psicológicos, mas institucionais) intencionais. Nesse sentido, a *validade* é conceito decisivo: válida é a norma advinda de um agente autorizado a editá-la (NINO, 2010, p. 93).

A estrutura das normas jurídicas se assenta em sua finalidade essencial, que é a de se constituírem enquanto técnicas de motivação social para indução de comportamentos humanos. Nesta linha, ter-se-iam a motivação direta, em que se assenta a motivação em autoridade ou racionalidade da conduta, do que poderá decorrer sanção ou prêmio, ao compasso da motivação indireta, em que o elemento indutor é a sanção e o prêmio remotamente considerados, e não na imediticiedade da conduta (NINO, 2010, p. 94).

Os tipos de normas jurídicas, na leitura da teoria de Kelsen por Nino (2010, p. 95-99), seriam as categóricas e as hipotéticas, orientadas segundo o critério condicional, e as gerais e particulares. Nesta linha, normas destinadas a servidores da justiça servem também como técnica de motivação dos cidadãos. Também distingue normas primárias de secundárias, sendo estas derivados lógicos daquelas, na estrutura: norma primária, dado A deve ser P; norma secundária, é um dever ser não A. Desta estrutura de antecedentes e decorrentes decorre a força do sistema de sanção, vinculando a fiscalização das condutas dos cidadãos com a normatização da ação dos servidores da justiça, esta também pautada normativamente.

Para as normas sem sanção imediatamente vinculada, Nino (2010, p. 99), nas linhas de Kelsen, compreende-as como aquelas que organizam instituições ou mesmo constituem direitos e garantias, de sorte que na cadeia de normas complexa que forma o sistema jurídico poder-se-iam encontrar as repercussões do descumprimento, permanecendo assim o caráter normativo.

Segundo Nino (2010, p. 101-107) foram estabelecidas uma série de críticas à teoria de Kelsen, merecendo destaque o posicionamento de Herbert Hart. Para o autor

inglês, na leitura de Nino, a realidade jurídica seria mais complexa do que a proposta por Kelsen, classificando-se normas primárias e secundárias na seguinte relação: primárias: são as regras referidas pelas secundárias e prescrevem condutas; secundárias: regras de reconhecimento, regras de mudança, regras de adjudicação. A concepção de Hart, assim, contemplaria com mais precisão a dinâmica de desenvolvimento do sistema jurídico, o qual, por sua vez, define o que é uma norma em seu contexto, movimento cognitivo contrário ao kelseniano, que pretende ver na estrutura e conteúdo da norma a normatividade que só se forma no sistema.

Ante tais teorias e críticas, Nino (2010, p. 107-111) reflete então sobre a existência das normas jurídicas. Parte de sua inobservabilidade para considerar que esta impossibilidade de ser vista não retira sua cientificidade, assumindo então *status* de termo teórico. Deste modo, destaca-se:

Sem dúvida, a expressão 'norma jurídica' não denota um conjunto de orações escritas em um papel, visto que uma mesma norma jurídica pode ser formulada por orações diferentes; e também não denota um conjunto de condutas humanas, já que as normas jurídicas são usadas para avaliar as condutas. No entanto, há regras de correspondência implícitas que vinculam a proposição 'a norma X existe em tal lugar' à enunciação de certas orações e à realização de certas condutas, sem que, repito, a expressão 'norma jurídica' denote orações ou condutas (NINO, 2010, p. 108).

Assim pontuada a complexidade da norma jurídica, Nino conclui (2010, p. 110), que não se pode enfrentar o problema de forma simplista ou isolada. Por isso, para o autor, assim como para Kelsen e seus críticos, o critério de pertencimento ao

sistema jurídico é decisivo para precisar a existência de uma norma jurídica. Assim, isoladamente não existem nem valem as normas, dependendo de um sistema jurídico existente e válido para haver.

Por tais razões, a abordagem de Nino (2010) é complexa e parte da definição de direito, passando ao conceito de norma, para então recorrer ao estudo do sistema jurídico, recaindo então nos conceitos básicos do direito, os problemas da interpretação do direito e da ciência do direito, finalizando a abordagem na valoração moral do direito.

Para os fins da proposta deste artigo, assim, encontra-se posto o problema da norma jurídica que, assim como o trabalho artístico, não se encerra em sua aparência, dependendo de interações interpretativas mais complexas e contextuais. Tanto as normas jurídicas não se limitam aos enunciados isoladamente tomados, como o trabalho artístico das instalações de Holzer não se reduzem aos enunciados isoladamente considerados.

No cenário integrado de composição tanto do saber jurídico quanto do artístico, uma interrelação hermenêutica é imprescindível para formar a compreensão global do objeto, permitindo assim atingir o âmbito de discussão trazida pelo autor e as possibilidades de se depreender informações e conhecimento das formas contempladas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS: AS LINHAS DO TEXTO E OS ESPAÇOS DE PROJEÇÃO

Tal como visto nos pontos precedentes, em que se abordaram características tanto dos truísmos de Holzer quanto das normas jurídicas em sentido amplo, pensando-se especialmente na característica comum de enunciado linguístico verbal sintético, há

um amplo espaço de interpretação motivado pelas formas expressivas, tanto da legislação quanto da instalação.

A proposta deste artigo consiste na aproximação dos campos do conhecimento, tendo por mote a tônica do enfrentamento *lato sensu* de questões interpretativas, assim como do enunciado sintético como mote, essencialmente, a ser problematizado pelo intérprete.

Nesse sentido, é importante tanto a relação das linhas do texto quanto dos espaços de projeção. Certamente, é no manejo destas diferenças contextualizantes que emergem as distinções precípuas do trabalho artístico e do jurídico, ainda que, na medida de seus objetos de referência, ou seja, aspectos, dilemas e dimensões da vida humana em sociedade, tratem de problemáticas distintas, mas com pontos de contato vinculados pela condição humana.

A leitura conjunta do problema da norma com o contexto da obra de arte encontra o ponto comum do trabalho hermenêutico-interpretativo para se alcançar e construir sentidos.

Confrontando-se os truísmos com os preceitos normativos, dispositivos que interpretados, agrupados e fundidos com os casos concretos formam normas aplicáveis, fica patente que, ainda que os dispositivos normativo-legais devam seguir clareza, precisão, ordem lógica, conforme art. 11 da Lei Complementar n. 95/1998, ao incidirem nos casos concretos, muitas vezes, levantarão toda uma série de questões filosóficas, essencialmente interpretativas, que demandarão dos intérpretes dos mais diversos esforços e trânsitos interpretativos por diversas fontes e referenciais culturais dos mais variados, congregando pressupostos filosóficos, artístico-estéticos, jurídicos, do senso-comum, na integração das percepções humanas condicionadas histórica e contingentemente.

A interface arte e direito, portanto, tem por ponto comum o desafio dos intérpretes na construção de sentidos da grande narrativa jurídica e artística que, imersas no contexto contemporâneo, assumem desafios de construção de sentido de vida e de mundo, em uma profusão de produções culturais diversas em choque com grandes massas uníssonas.

Assim, embora o truísmo e o enunciado normativo guardem diferenças cabais, não se pode negar o problema de fundo de que tratam, contendo questões morais complexas envolvidas e de cosmovisões determinantes, de modo que o desafio hermenêutico lhes é comum e neste ponto de contato se pode tirar proveito da ordem das experiências diversas vivenciadas, contribuindo assim para a formação da sensibilidade e do olhar do intérprete, que antes de tudo, é intérprete da vida, consistindo, sobretudo, em um *exercício do olhar* para o mundo e um teste dos limites do conhecimento e sua interrelação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARCHER, Michael. *Arte contemporânea: uma história concisa*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- ARNHEIM, Rudolf. *Arte y percepción visual*. Madri: Alianza, 1997.
- BRUSEKE, Franz J.. Uma vida de exercícios: a antropotécnica de Peter Sloterdijk. *Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2011, v.26, n.75, p. 163-174.
- CARNEIRO, Maria Francisca. *Estética do direito e do conhecimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- _____. *Paradoxos no direito: lógica e teoria das categorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.
- _____. *Direito, estética e a arte de julgar*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008.

_____. *Pesquisa jurídica na Complexidade e Transdisciplinaridade*. Temas Transversais, Interface, Glossário. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

COLI, Jorge. *O que é arte*. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

DEMPSEY, Amy. *Estilos, escolas e movimentos*. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Cosac & Naify, 2003.

DOMINGUES, Diana. [Org.]. *A arte no século XXI: a humanização das tecnologias*. São Paulo: UNESP, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GARDNER, Howard. *Educación artística y desarrollo humano*. Tradução de Ferran Meler-Orti. Barcelona: Paidós, 1994.

GOMBRICH, Ernst. *Art and illusion*. A study in the psychology of pictorial representation. Londres: Phaidon, 1984.

_____. *La historia del arte*. Tradução de Rafael Santos Toroella. Hong Kong: Conaculta, 1999.

GREEN, Denise. *Metonymy in contemporary art: a new paradigm*. Minnessota: Minnessota University Press, 2005.

GUGGENHEIM FOUNDATION. *Collection online: Jenny Holzer*. Disponível em: <<http://www.guggenheim.org/new-york/collections/collection-online/show-full/piece/?search=holzer&page=1&f=quicksearch&cr=1>>. Acesso em: 22 out. 2012.

HONOUR, Hugh; FLEMING, John. *A world history of art*. 3. ed. Londres: Lawrence King, 1991.

JONES, Amelia. *A companion to contemporary art since 1945*. Cornwall: Blackwell Publishing, 2006.

MARGOLIS, Joseph. *The Arts and the Definition of the Human*. Toward a Philosophical Anthropology. California: Stanford, 2009.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins fontes, 2010.

STALLABRASS, Julian. *Contemporary art*. A very short introduction. Nova Iorque: Oxford University Press, 2006.

TATE GALLERY. *Artist biography: Jenny Holzer*. Disponível em: <<http://www.tate.org.uk/art/artists/jenny-holzer-1307/text-artist-biography>>. Acesso em: 22 out. 2012.

_____. *Jenny Holzer. Inflammatory essays*. Disponível em: <<http://www.tate.org.uk/art/artworks/holzer-no-title-p77407/text-catalogue-entry>>. Acesso em: 20 out. 2012.

VENTURI, Eliseu Raphael. O direito e a body art. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10213&revista_caderno=15>. Acesso em 12 out. 2012.

ANEXO: LISTA DE TRUÍSMOS DE JENNY HOLZER

(Os textos-matriz foram aplicados pela artista em diversos meios)

Disponível em: <<http://mfx.dasburo.com/art/truisms.html>>. Acesso em: 20 out. 2012.

A LITTLE KNOWLEDGE CAN GO A LONG WAY

A LOT OF PROFESSIONALS ARE CRACKPOTS
A MAN CAN'T KNOW WHAT IT IS TO BE A MOTHER
A NAME MEANS A LOT JUST BY ITSELF
A POSITIVE ATTITUDE MEANS ALL THE DIFFERENCE IN THE WORLD
A RELAXED MAN IS NOT NECESSARILY A BETTER MAN
A SENSE OF TIMING IS THE MARK OF GENIUS
A SINCERE EFFORT IS ALL YOU CAN ASK
A SINGLE EVENT CAN HAVE INFINITELY MANY INTERPRETATIONS
A SOLID HOME BASE BUILDS A SENSE OF SELF
A STRONG SENSE OF DUTY IMPRISONS YOU
ABSOLUTE SUBMISSION CAN BE A FORM OF FREEDOM
ABSTRACTION IS A TYPE OF DECADENCE
ABUSE OF POWER COMES AS NO SURPRISE
ACTION CAUSES MORE TROUBLE THAN THOUGHT
ALIENATION PRODUCES ECCENTRICS OR REVOLUTIONARIES
ALL THINGS ARE DELICATELY INTERCONNECTED
AMBITION IS JUST AS DANGEROUS AS COMPLACENCY
AMBIVALENCE CAN RUIN YOUR LIFE
AN ELITE IS INEVITABLE
ANGER OR HATE CAN BE A USEFUL MOTIVATING FORCE
ANIMALISM IS PERFECTLY HEALTHY
ANY SURPLUS IS IMMORAL
ANYTHING IS A LEGITIMATE AREA OF INVESTIGATION
ARTIFICIAL DESIRES ARE DESPOILING THE EARTH
AT TIMES INACTIVITY IS PREFERABLE TO MINDLESS FUNCTIONING

AT TIMES YOUR UNCONSCIOUSNESS IS TRUER THAN YOUR CONSCIOUS
MIND
AUTOMATION IS DEADLY
AWFUL PUNISHMENT AWAITS REALLY BAD PEOPLE
BAD INTENTIONS CAN YIELD GOOD RESULTS
BEING ALONE WITH YOURSELF IS INCREASINGLY UNPOPULAR
BEING HAPPY IS MORE IMPORTANT THAN ANYTHING ELSE
BEING JUDGMENTAL IS A SIGN OF LIFE
BEING SURE OF YOURSELF MEANS YOU'RE A FOOL
BELIEVING IN REBIRTH IS THE SAME AS ADMITTING DEFEAT
BOREDOM MAKES YOU DO CRAZY THINGS
CALM IS MORE CONDUCTIVE TO CREATIVITY THAN IS ANXIETY
CATEGORIZING FEAR IS CALMING
CHANGE IS VALUABLE WHEN THE OPPRESSED BECOME TYRANTS
CHASING THE NEW IS DANGEROUS TO SOCIETY
CHILDREN ARE THE MOST CRUEL OF ALL
CHILDREN ARE THE HOPE OF THE FUTURE
CLASS ACTION IS A NICE IDEA WITH NO SUBSTANCE
CLASS STRUCTURE IS AS ARTIFICIAL AS PLASTIC
CONFUSING YOURSELF IS A WAY TO STAY HONEST
CRIME AGAINST PROPERTY IS RELATIVELY UNIMPORTANT
DECADENCE CAN BE AN END IN ITSELF
DECENCY IS A RELATIVE THING
DEPENDENCE CAN BE A MEAL TICKET
DESCRIPTION IS MORE IMPORTANT THAN METAPHOR
DEVIANTS ARE SACRIFICED TO INCREASE GROUP SOLIDARITY

DISGUST IS THE APPROPRIATE RESPONSE TO MOST SITUATIONS
DISORGANIZATION IS A KIND OF ANESTHESIA
DON'T PLACE TOO MUCH TRUST IN EXPERTS
DRAMA OFTEN OBSCURES THE REAL ISSUES
DREAMING WHILE AWAKE IS A FRIGHTENING CONTRADICTION
DYING AND COMING BACK GIVES YOU CONSIDERABLE PERSPECTIVE
DYING SHOULD BE AS EASY AS FALLING OFF A LOG
EATING TOO MUCH IS CRIMINAL
ELABORATION IS A FORM OF POLLUTION
EMOTIONAL RESPONSES ARE AS VALUABLE AS INTELLECTUAL
RESPONSES
ENJOY YOURSELF BECAUSE YOU CAN'T CHANGE ANYTHING ANYWAY
ENSURE THAT YOUR LIFE STAYS IN FLUX
EVEN YOUR FAMILY CAN BETRAY YOU
EVERY ACHIEVEMENT REQUIRES A SACRIFICE
EVERYONE'S WORK IS EQUALLY IMPORTANT
EVERYTHING THAT'S INTERESTING IS NEW
EXCEPTIONAL PEOPLE DESERVE SPECIAL CONCESSIONS
EXPIRING FOR LOVE IS BEAUTIFUL BUT STUPID
EXPRESSING ANGER IS NECESSARY
EXTREME BEHAVIOR HAS ITS BASIS IN PATHOLOGICAL PSYCHOLOGY
EXTREME SELF-CONSCIOUSNESS LEADS TO PERVERSION
FAITHFULNESS IS A SOCIAL NOT A BIOLOGICAL LAW
FAKE OR REAL INDIFFERENCE IS A POWERFUL PERSONAL WEAPON
FATHERS OFTEN USE TOO MUCH FORCE
FEAR IS THE GREATEST INCAPACITATOR

FREEDOM IS A LUXURY NOT A NECESSITY
GIVING FREE REIN TO YOUR EMOTIONS IS AN HONEST WAY TO LIVE
GO ALL OUT IN ROMANCE AND LET THE CHIPS FALL WHERE THEY MAY
GOING WITH THE FLOW IS SOOTHING BUT RISKY
GOOD DEEDS EVENTUALLY ARE REWARDED
GOVERNMENT IS A BURDEN ON THE PEOPLE
GRASS ROOTS AGITATION IS THE ONLY HOPE
GUILT AND SELF-LACERATION ARE INDULGENCES
HABITUAL CONTEMPT DOESN'T REFLECT A FINER SENSIBILITY
HIDING YOUR EMOTIONS IS DESPICABLE
HOLDING BACK PROTECTS YOUR VITAL ENERGIES
HUMANISM IS OBSOLETE
HUMOR IS A RELEASE
IDEALS ARE REPLACED BY CONVENTIONAL GOALS AT A CERTAIN AGE
IF YOU AREN'T POLITICAL YOUR PERSONAL LIFE SHOULD BE
EXEMPLARY
IF YOU CAN'T LEAVE YOUR MARK GIVE UP
IF YOU HAVE MANY DESIRES YOUR LIFE WILL BE INTERESTING
IF YOU LIVE SIMPLY THERE IS NOTHING TO WORRY ABOUT
IGNORING ENEMIES IS THE BEST WAY TO FIGHT
ILLNESS IS A STATE OF MIND
IMPOSING ORDER IS MAN'S VOCATION FOR CHAOS IS HELL
IN SOME INSTANCES IT'S BETTER TO DIE THAN TO CONTINUE
INHERITANCE MUST BE ABOLISHED
IT CAN BE HELPFUL TO KEEP GOING NO MATTER WHAT
IT IS HEROIC TO TRY TO STOP TIME

IT IS MAN'S FATE TO OUTSMART HIMSELF
IT IS A GIFT TO THE WORLD NOT TO HAVE BABIES
IT'S BETTER TO BE A GOOD PERSON THAN A FAMOUS PERSON
IT'S BETTER TO BE LONELY THAN TO BE WITH INFERIOR PEOPLE
IT'S BETTER TO BE NAIVE THAN JADED
IT'S BETTER TO STUDY THE LIVING FACT THAN TO ANALYZE HISTORY
IT'S CRUCIAL TO HAVE AN ACTIVE FANTASY LIFE
IT'S GOOD TO GIVE EXTRA MONEY TO CHARITY
IT'S IMPORTANT TO STAY CLEAN ON ALL LEVELS
IT'S JUST AN ACCIDENT THAT YOUR PARENTS ARE YOUR PARENTS
IT'S NOT GOOD TO HOLD TOO MANY ABSOLUTES
IT'S NOT GOOD TO OPERATE ON CREDIT
IT'S VITAL TO LIVE IN HARMONY WITH NATURE
JUST BELIEVING SOMETHING CAN MAKE IT HAPPEN
KEEP SOMETHING IN RESERVE FOR EMERGENCIES
KILLING IS UNAVOIDABLE BUT NOTHING TO BE PROUD OF
KNOWING YOURSELF LETS YOU UNDERSTAND OTHERS
KNOWLEDGE SHOULD BE ADVANCED AT ALL COSTS
LABOR IS A LIFE-DESTROYING ACTIVITY
LACK OF CHARISMA CAN BE FATAL
LEISURE TIME IS A GIGANTIC SMOKE SCREEN
LISTEN WHEN YOUR BODY TALKS
LOOKING BACK IS THE FIRST SIGN OF AGING AND DECAY
LOVING ANIMALS IS A SUBSTITUTE ACTIVITY
LOW EXPECTATIONS ARE GOOD PROTECTION
MANUAL LABOR CAN BE REFRESHING AND WHOLESOME

MEN ARE NOT MONOGAMOUS BY NATURE
MODERATION KILLS THE SPIRIT
MONEY CREATES TASTE
MONOMANIA IS A PREREQUISITE OF SUCCESS
MORALS ARE FOR LITTLE PEOPLE
MOST PEOPLE ARE NOT FIT TO RULE THEMSELVES
MOSTLY YOU SHOULD MIND YOUR OWN BUSINESS
MOTHERS SHOULDN'T MAKE TOO MANY SACRIFICES
MUCH WAS DECIDED BEFORE YOU WERE BORN
MURDER HAS ITS SEXUAL SIDE
MYTH CAN MAKE REALITY MORE INTELLIGIBLE
NOISE CAN BE HOSTILE
NOTHING UPSETS THE BALANCE OF GOOD AND EVIL
OCCASIONALLY PRINCIPLES ARE MORE VALUABLE THAN PEOPLE
OFFER VERY LITTLE INFORMATION ABOUT YOURSELF
OFTEN YOU SHOULD ACT LIKE YOU ARE SEXLESS
OLD FRIENDS ARE BETTER LEFT IN THE PAST
OPACITY IS AN IRRESISTIBLE CHALLENGE
PAIN CAN BE A VERY POSITIVE THING
PEOPLE ARE BORING UNLESS THEY ARE EXTREMISTS
PEOPLE ARE NUTS IF THEY THINK THEY ARE IMPORTANT
PEOPLE ARE RESPONSIBLE FOR WHAT THEY DO UNLESS THEY ARE
INSANE
PEOPLE WHO DON'T WORK WITH THEIR HANDS ARE PARASITES
PEOPLE WHO GO CRAZY ARE TOO SENSITIVE
PEOPLE WON'T BEHAVE IF THEY HAVE NOTHING TO LOSE

PHYSICAL CULTURE IS SECOND BEST
PLANNING FOR THE FUTURE IS ESCAPISM
PLAYING IT SAFE CAN CAUSE A LOT OF DAMAGE IN THE LONG RUN
POLITICS IS USED FOR PERSONAL GAIN
POTENTIAL COUNTS FOR NOTHING UNTIL IT'S REALIZED
PRIVATE PROPERTY CREATED CRIME
PURSUING PLEASURE FOR THE SAKE OF PLEASURE WILL RUIN YOU
PUSH YOURSELF TO THE LIMIT AS OFTEN AS POSSIBLE
RAISE BOYS AND GIRLS THE SAME WAY
RANDOM MATING IS GOOD FOR DEBUNKING SEX MYTHS
RECHANNELING DESTRUCTIVE IMPULSES IS A SIGN OF MATURITY
RECLUSES ALWAYS GET WEAK
REDISTRIBUTING WEALTH IS IMPERATIVE
RELATIVITY IS NO BOON TO MANKIND
RELIGION CAUSES AS MANY PROBLEMS AS IT SOLVES
REMEMBER YOU ALWAYS HAVE FREEDOM OF CHOICE
REPETITION IS THE BEST WAY TO LEARN
RESOLUTIONS SERVE TO EASE OUR CONSCIENCE
REVOLUTION BEGINS WITH CHANGES IN THE INDIVIDUAL
ROMANTIC LOVE WAS INVENTED TO MANIPULATE WOMEN
ROUTINE IS A LINK WITH THE PAST
ROUTINE SMALL EXCESSES ARE WORSE THAN THEN THE OCCASIONAL
DEBAUCH
SACRIFICING YOURSELF FOR A BAD CAUSE IS NOT A MORAL ACT
SALVATION CAN'T BE BOUGHT AND SOLD
SELF-AWARENESS CAN BE CRIPPLING

SELF-CONTEMPT CAN DO MORE HARM THAN GOOD
SELFISHNESS IS THE MOST BASIC MOTIVATION
SELFLESSNESS IS THE HIGHEST ACHIEVEMENT
SEPARATISM IS THE WAY TO A NEW BEGINNING
SEX DIFFERENCES ARE HERE TO STAY
SIN IS A MEANS OF SOCIAL CONTROL
SLIPPING INTO MADNESS IS GOOD FOR THE SAKE OF COMPARISON
SLOPPY THINKING GETS WORSE OVER TIME
SOLITUDE IS ENRICHING
SOMETIMES SCIENCE ADVANCES FASTER THAN IT SHOULD
SOMETIMES THINGS SEEM TO HAPPEN OF THEIR OWN ACCORD
SPENDING TOO MUCH TIME ON SELF-IMPROVEMENT IS ANTISOCIAL
STARVATION IS NATURE'S WAY
STASIS IS A DREAM STATE
STERILIZATION IS A WEAPON OF THE RULERS
STRONG EMOTIONAL ATTACHMENT STEMS FROM BASIC INSECURITY
STUPID PEOPLE SHOULDN'T BREED
SURVIVAL OF THE FITTEST APPLIES TO MEN AND ANIMALS
SYMBOLS ARE MORE MEANINGFUL THAN THINGS THEMSELVES
TAKING A STRONG STAND PUBLICIZES THE OPPOSITE POSITION
TALKING IS USED TO HIDE ONE'S INABILITY TO ACT
TEASING PEOPLE SEXUALLY CAN HAVE UGLY CONSEQUENCES
TECHNOLOGY WILL MAKE OR BREAK US
THE CRUELEST DISAPPOINTMENT IS WHEN YOU LET YOURSELF DOWN
THE DESIRE TO REPRODUCE IS A DEATH WISH
THE FAMILY IS LIVING ON BORROWED TIME

THE IDEA OF REVOLUTION IS AN ADOLESCENT FANTASY
THE IDEA OF TRANSCENDENCE IS USED TO OBSCURE OPPRESSION
THE IDIOSYNCRATIC HAS LOST ITS AUTHORITY
THE MOST PROFOUND THINGS ARE INEXPRESSIBLE
THE MUNDANE IS TO BE CHERISHED
THE NEW IS NOTHING BUT A RESTATEMENT OF THE OLD
THE ONLY WAY TO BE PURE IS TO STAY BY YOURSELF
THE SUM OF YOUR ACTIONS DETERMINES WHAT YOU ARE
THE UNATTAINABLE IS INVARIABLE ATTRACTIVE
THE WORLD OPERATES ACCORDING TO DISCOVERABLE LAWS
THERE ARE TOO FEW IMMUTABLE TRUTHS TODAY
THERE'S NOTHING EXCEPT WHAT YOU SENSE
THERE'S NOTHING REDEEMING IN TOIL
THINKING TOO MUCH CAN ONLY CAUSE PROBLEMS
THREATENING SOMEONE SEXUALLY IS A HORRIBLE ACT
TIMIDITY IS LAUGHABLE
TO DISAGREE PRESUPPOSES MORAL INTEGRITY
TO VOLUNTEER IS REACTIONARY
TORTURE IS BARBARIC
TRADING A LIFE FOR A LIFE IS FAIR ENOUGH
TRUE FREEDOM IS FRIGHTFUL
UNIQUE THINGS MUST BE THE MOST VALUABLE
UNQUESTIONING LOVE DEMONSTRATES LARGESSE OF SPIRIT
USING FORCE TO STOP FORCE IS ABSURD
VIOLENCE IS PERMISSIBLE EVEN DESIRABLE OCCASIONALLY
WAR IS A PURIFICATION RITE

WE MUST MAKE SACRIFICES TO MAINTAIN OUR QUALITY OF LIFE
WHEN SOMETHING TERRIBLE HAPPENS PEOPLE WAKE UP
WISHING THINGS AWAY IS NOT EFFECTIVE
WITH PERSEVERANCE YOU CAN DISCOVER ANY TRUTH
WORDS TEND TO BE INADEQUATE
WORRYING CAN HELP YOU PREPARE
YOU ARE A VICTIM OF THE RULES YOU LIVE BY
YOU ARE GUILLESS IN YOUR DREAMS
YOU ARE RESPONSIBLE FOR CONSTITUTING THE MEANING OF THINGS
YOU ARE THE PAST PRESENT AND FUTURE
YOU CAN LIVE ON THROUGH YOUR DESCENDANTS
YOU CAN'T EXPECT PEOPLE TO BE SOMETHING THEY'RE NOT
YOU CAN'T FOOL OTHERS IF YOU'RE FOOLING YOURSELF
YOU DON'T KNOW WHAT'S WHAT UNTIL YOU SUPPORT YOURSELF
YOU HAVE TO HURT OTHERS TO BE EXTRAORDINARY
YOU MUST BE INTIMATE WITH A TOKEN FEW
YOU MUST DISAGREE WITH AUTHORITY FIGURES
YOU MUST HAVE ONE GRAND PASSION
YOU MUST KNOW WHERE YOU STOP AND THE WORLD BEGINS
YOU CAN UNDERSTAND SOMEONE OF YOUR SEX ONLY
YOU OWE THE WORLD NOT THE OTHER WAY AROUND
YOU SHOULD STUDY AS MUCH AS POSSIBLE
YOUR ACTIONS ARE POINTLESS IF NO ONE NOTICES
YOUR OLDEST FEARS ARE THE WORST ONES

RESUMO EXPANDIDO

O DIREITO VIVO E A LITERATURA: UMA CRÍTICA NA SOCIOLOGIA JURÍDICA A PARTIR DA OBRA “OS SERTÕES”

Karolline Santana da Silva¹

Mariana Rulf²

Thais Giselle Diniz Santos³

RESUMO

A obra “Os Sertões” de Euclides da Cunha foi um marco da literatura brasileira, importante por impulsionar análises antropológicas, sociológicas, históricas e políticas, voltadas à compreensão do Brasil, e reconhecida pela procura por libertar-

¹ Acadêmica de direito do 2º ano da Universidade Federal do Paraná, monitora da disciplina de “Direito e Sociedade” na UFPR com o professor Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, estagiária no escritório de advocacia Alves, Lima & Rodrigues, advogados associados – falecomkaroll@gmail.com.

² Acadêmica de direito do 3º ano da Universidade Federal do Paraná, monitora da disciplina de “Direito e Sociedade” na UFPR com o professor Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes - mari_rulf@hotmail.com.

³ Acadêmica de direito do 3º ano da Universidade Federal do Paraná, monitora da disciplina de “Direito e Sociedade” na UFPR com o professor Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, integrante do Grupo de Pesquisa “Direito Civil e Contemporaneidades” na linha de “Biodireitos”, sob a orientação do professor Dr. Elimar Szaniawski e extensionista do SAJUP – Serviço de Assessoria Jurídica Universitária Popular - thaisgisellediniz@gmail.com.

se de raízes românticas e comprometer-se com a realidade brasileira. A partir de tal obra, busca-se, neste trabalho, estudar o contexto histórico-social da guerra de canudos, mostrando, a partir das categorias de Pierre Bourdieu, como o Estado brasileiro da República buscou, com a guerra de canudos, a incorporação de uma estrutura social pelo seu povo, inclinando-os para sua reprodução e confirmação, mesmo que de forma inconsciente, como poderemos analisar por meio da repercussão que tal guerra causou no país. Por meio das categorias de Bourdieu, busca-se compreender aspectos da dominação religiosa ocorrida na localidade do Sertão brasileiro descrita por Euclides da Cunha. Também como escopo deste trabalho, busca-se explorar a relação existente entre a literatura e o direito, no sentido de tratar o Direito como um fenômeno amplo presente também nas manifestações artísticas, inclusive na literatura, corroborando a existência do Direito como um fenômeno além do Estado, como algo sempre existente, mesmo sem a existência do Estado, com base na ideia de Direito sustentada por Roberto Lyra Filho. Por meio deste escopo entende-se a luta de Canudos, como uma reivindicação legítima no âmbito do Direito, já que oriunda da luta de um povo esquecido politicamente e abandonado à miséria e já que oriunda da luta pela liberdade, pela justiça social e pela possibilidade de uma existência digna. Por fim, afirmam-se neste trabalho os Direitos Humanos como instrumento efetivo para busca do fim da exploração.

Palavras-chave: *Direito e Literatura; Dominação; Luta de Classes e Direitos Humanos.*

ABSTRACT

The work "Os Sertões" of Euclides da Cunha were a mark of the Brazilian literature, important for impelling analyses anthropological, sociological, historical and political, returned to the understanding of Brazil, and recognized by the search by to

free of romantic roots and to commit with the Brazilian reality. Starting from such work, it is looked for, in this work, to study the historical-social context of the Canudo's War, showing, being ruled from Pierre Bourdieu categories, as the Brazilian State of the Republic looked for, with the Canudo's War, the incorporation of a social structure for their people, tilting them for your reproduction and confirmation, even if in an unconscious way, as we can analyze through the repercussion that such war caused at the country. Through Bourdieu's categories, it is looked for to understand aspects of the religious dominance happened at the place of the "Sertão brasileiro" described by Euclides of Cunha. Also as mark of this work, is looked for to explore the existent relationship between the literature and the Law, in the sense of also treating the Law as a present wide phenomenon in the artistic manifestations, besides in the literature, corroborating the existence of the Law as a phenomenon besides the State, as something always existent, even without the existence of the State, with base in the idea of Law sustained by Roberto Lyra Filho. Through this mark is possible understand the Canudo's War, as a legitimate claim in the extent of the Law, since originating from of the struggle of a people forgotten politically and abandoned to the poverty and since originating from of the struggle for the freedom, for the social justice and for the possibility of a worthy existence. Finally, they are affirmed in this work the Human Rights as effective instrument for search of the end of the exploration.

Keywords: *Law and Literature; Domination; Class Struggle and Human Rights.*

1. ENTENDENDO O UNIVERSO DE CANUDOS

Ao descrever "A Terra" na parte inicial de "Os Sertões", Euclides da Cunha utiliza-se de seu conhecimento científico, adquirido em seus estudos como engenheiro, para descrever detalhadamente as condições geográfica do local em que ocorreu a luta de Canudos. Sua descrição envolve a região entre o Rio Grande do Norte e o sul de Minas Gerais, demonstrando as formas dos relevos, do clima e a vegetação do local, sendo que sua narração assa do geral ao particular, de tal maneira que mistura a ciência com a arte. O trabalho apresentado possui uma base histórica que enriquecesse seu relato sendo praticamente uma obra pioneira da geologia da região por ter registrado as informações sobre o relevo, o solo, a fauna, a flora e o clima narrando em especial as secas da região Nordestina.

O autor demonstra também a relação do homem com a terra, evidenciando um determinismo social ao mostrar o sertanejo como agente transformador do ambiente – responsável inclusive pelos danos na terra – sendo o mesmo fruto desse local repleto de adversidades, tornando o sertanejo um homem duro, além disso, também utiliza-se de seu estudo para averiguar as origens do povo da região, bem como o porquê de suas características.

Na parte inicial de "O homem", Euclides da Cunha apresenta os três principais grupos que formam o povo brasileiro: o indígena, o negro e o branco; gerando as sub-raças, ou seja, as misturas desses três grupos, o que Euclides da Cunha não via com bons olhos, pois julgava que a miscegenação tornava impossível no futuro haver um povo mais unido e forte, pois considerava que a miscegenação tirava a pureza dos homens. Dessa forma, o autor julgava que, quanto menos miscigenação ocorresse, melhor seriam os homens em seu aspecto biológico e moral.

O primeiro grupo a ser apresentado é o indígena, que para o autor eram originários de raças locais que habitavam a América. Sendo posteriormente mostrado o negro, o preterido dos três. Por último apresenta o homem branco na figurado português, era ele que garantia uma maior civilização ao povo brasileiro.

O autor passa a estudar os “sub grupos” étnicos do Brasil, julgando que o o povo litorâneo por suas condições de vida era mais miscigenado, mais degenerado, portanto, pior a seus olhos, por tal razão apresenta o povo sertanejo como superior, mesmo sendo retrogrado, por ser mais puro, sendo este subdividido em três grupos: o jagunço, o vaqueiro e o gaúcho. Sendo o jagunço o mais forte dos três. O sertanejo para ele era um homem forte, exilado, o que garantia que não houvesse tanta miscigenação quanto no litoral, contudo, é um homem feio, escravo de sua cultura que é dificilmente alterada, torna-se um retirante, devido a seca, mas retorna sempre ao sertão.

Nesse contexto, de isolamento cultural, propiciou a possibilidade de manter as tradições locais, gerando uma miscigenação da religião católica e costumes locais o que levou ao fanatismo (por serem nas premissas de Antonio Conselheiro e do mito de Dom Sebastião, o que só foi possível devido ao isolamento do restante da sociedade). Esses costumes eram ligados às necessidades emergentes relacionadas com a terra, mais afastado do catolicismo, que possuía uma realidade mais afastada do homem sertanejo. Tal ambiente possibilitou o surgimento de Antônio Conselheiro, que aderiu às crenças locais, acrescentando ao seu discurso o problema da miséria e da opressão, o que correspondeu as necessidades dos sertanejos. Seus seguidores acreditavam que iriam para o céu se morressem em luta defendendo Canudos, por tal razão resistiram muito, lutando bravamente, por sua terra.

A influência científica que Euclides da Cunha utilizou em sua obra, implicou em realizar um trabalho com características antropológicas, vendo o homem local de

maneira negativa, o homem brasileiro era atrasado, sendo uma das razões a excessiva miscigenação, somente em um contexto como esse seria possível inserir um personagem como Antonio Conselheiro. O autor realiza uma comparação entre as culturas, através de dados da sociedade da época, classificando-as de acordo com suas características. Além disso, percebe-se um claro determinismo e evolucionismo baseados nas ideias de Evolucionismo de Darwin e do Determinismo de Spencer.

Percebe-se que Euclides da Cunha faz um relato exaustivo de homem brasileiro, exergando-o de maneira negativa, julgando que os mesmos eram atrasados o que possibilitou o fanatismo que representava uma miscigenação de culturas religiosas característica do povo, o que para ele o tornava mais fraco, pior. É importante mostrar que para o autor o sertanejo não era um herói, mas sim um homem degenerado pela miscigenação – não tanto quanto o homem litorâneo – e atrasado por sua tradição o que possibilitou o fanatismo que possuía como líder “um louco”, nas palavras de Euclides, que estimulou o conflito dos sertanejos, gerando então a Guerra de Canudos.

Na Terceira parte o autor se dedica a relatar com minúcia o que ocorreu na guerra de canudos. Ele apresenta como stopim da Guerra um conflito entre o acampamento de canudos e o Juiz de Direito de Juazeiro que se recusa a permitir que um carregamento de madeira para a construção de uma nova igreja em canudos seja entregue. Assim, o conflito da proposta de conselheiro com o poder das autoridades locais se mostra exemplificativo. O juiz de direito pede então auxílio para o Governo do Estado da Bahia, que manda a primeira expedição para Canudos.

A primeira expedição foi enviada pelo próprio governador e, surpreendida por soldados de Conselheiro. Isso assustou seus comandantes e resultando em uma segunda expedição, essa última mais “oficial”; ocorre um segundo ataque dos moradores às tropas oficiais, que nem sequer chegaram a adentrar o acampamento. As autoridades começam a se sentir realmente incomodadas com a resistência em

Canudos. Uma terceira expedição foi enviada, essa, com 1.300 homens e mais munição. Também essa, acabou desabilitada frente o conhecimento que tinham os locais sobre a área onde moravam.

A quarta expedição contava com aproximadamente cinco mil homens. Havia batalhões dos mais diversos cantos do Brasil. O general responsável por ela achou por bem dividir as 6 brigadas sob seu comando em duas colunas, que seguiram caminhos diferentes. O plano era que se encontrassem já dentro de canudos. A primeira delas fez o mesmo percurso de todas as expedições anteriores e falhou da mesma forma que elas. A segunda expedição também se frustrou ao tentar adentrar Canudos e então, ambas reunidas em frente ao acampamento decidiram atacá-lo. Embora sitiado, o arraial resistia a todas as investidas e desorganizava as tropas com ataques em tocaias.

Restou aos comandantes como única opção voltar a Salvador. Com os mortos e feridos a comoção na cidade (e no país como um todo) foi geral, reforços foram enviados e o ministro da guerra em pessoa foi chamado para definir a tática militar a ser aplicada a partir de então. Ocorria que Canudos, em todo esse processo também sofrera baixas e já não teria mais plenas condições de resistir. Com mais 3.000 homens no ataque o arraial foi finalmente invadido. A repressão foi bárbara. Estrangulamentos e esfaqueamentos se mostraram cenas comuns. Os jagunços já estavam sob o controle do Estado no entanto, nada freou os militares até que não restasse nem um sobrevivente. Morreram todos, mulheres crianças, restando por último dois homens, um idoso e uma criança, massacrados como os demais. Nem o cadáver de Antônio Conselheiro, que morreu antes da última batalha, foi poupado. Fotografaram e decapitaram-no para provar cientificamente a extinção do Arraial de Canudos.

2. O DIREITO “VIVO” PRESENTE NA OBRA “OS SERTÕES”

A partir da análise da Guerra de Canudos, verifica-se a existência de um Direito para além do Estado, de um Direito vivo e dialético. Percebem-se claramente as feições reais do Direito, pois conforme esclarece Roberto Lyra Filho, “O Direito é processo, dentro do processo histórico, e, como este, um processo dialético; é a expressão, num ângulo particular e inconfundível, da dialética de dominação-libertação, que constitui a trama, o substrato e a mola do itinerário humano, através dos tempos”.¹

A luta dos sertanejos de Canudos é permeada pela luta de dominação-libertação. Neste período, há a transição de um Estado Monárquico para um Estado Republicano, porém tal transição ocorre, principalmente, a partir da imposição. Conforme Pierre Bourdieu, a partir do domínio simbólico é que se faz sentir a influência do Estado², neste caso, porém, não houve a internalização dessa nova ideia de Instituição pelo povo, sendo-lhe imposta uma nova formação estatal que não lhe foi aceita subjetivamente.

Desta forma, gerou-se a luta, fundamentada na não aceitação por parte daquele povo abandonado à miséria de um Estado que, além de nada ter feito sobre sua situação de marginalização, buscava a partir daquele momento modificar sua estrutura para se fortalecer por meio de maior institucionalização, inclusive dos impostos, tornando ainda mais excludente a situação daqueles sertanejos.

Esse novo Estado Republicano era formado a partir de programas que pretendiam uma visão específica de Estado, voltada aos interesses dos que dominavam esta máquina burocrática e sem as estruturas simbólicas de dominação já estabelecidas,

¹FILHO, Roberto Lyra. *Razões de defesa do Direito*. Editora Obreiro: Brasília. 1981.

²BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 8. ed. Campinas, SP: Papirus, 2007, p. 95.

verificaram-se diversas revoltas no território Nacional, com fundamento na não legitimação desse novo Estado.

Portanto, negou-se um Direito estatal, que não estava internalizado na realidade de Canudos, para se afirmar um Direito local, o Direito de aquela população sair de uma situação de miséria, desvencilhando-se de um Estado que apenas marginalizava-a e sacrificava seus direitos subjetivos. Portanto, evidentemente a luta de Canudos foi legítima, pois que se baseou no real Direito vigente para aquela população e não por uma ordem que buscava ser dominante, mas que ao período não era internalizada pela população. Para aqueles sertanejos a cultura local era a dominante, portanto era a legítima, tornado ilegítima qualquer cultura dominada, até mesmo a estatal, por não ser internalizada.

Fazendo uso das categorias de Pierre Bourdieu, percebe-se que a ocorrência de uma revolta como a narrada por Euclides da Cunha, só poderia ocorrer frente às situações enfrentadas pelo Brasil no período. Buscando forçar um processo de modernização, ocorre a produção de maiores desigualdades sociais, a partir da exclusão da parcela do povo à margem desse processo, tanto no sentido econômico, quanto no cultural.

Frente a essa exclusão, a esfera de dominação cultural realmente legítima para maioria do povo era a estrutura religiosa. Era essa a única estrutura de fato internalizada pelas pessoas, era essa a estrutura responsável por conferir sentido à ação e ao mundo, criando a noção geral de verdade universal. Portanto, conforme o poder simbólico dominante entre aqueles sertanejos, a forma de dominação por um líder religioso carismático era a mais passível de aceitação.

Em sua teoria sociológica, Bourdieu faz uso dos conceitos de *habitus* e de *campus*, a fim de explicar toda sua teoria sociológica, inclusive a forma como ocorre a dominação simbólica. Pierre Bourdieu explica que o *habitus* é um princípio unificador

de um estilo de vida, é o que distingue o correto do não correto.¹ O *habitus* é a internalização da estrutura na subjetividade do sujeito, ele recepciona por meio de seus sentidos, ações e pensamentos e converte isso em ações duráveis. Neste conceito está presente a ideia de reprodução da desigualdade, as pessoas internalizam as estruturas de poder e as reproduzem. Conforme esclarece Pedro Caston Boyer²:

El habitus es un sistema de disposiciones para actuar, sentir y pensar de una determinada manera, interiorizadas e incorporadas por los individuos en el transcurso de sua historia. El habitus se manifiesta fundamentalmente por medio Del sens pratique. (...) El habitus es a La vez um sistema de esquemas de producción de prácticas y um sistema de esquemas de percepción y de apreciación de las prácticas.

Já o conceito de *campus* diz respeito a práticas e relações objetivas, possuindo um capital específico. Trata-se de um especo simbólico, no qual é estabelecido o que pertence ao código de valores dominantes. Conforme explica Pedro Caston, “Um campo es um sistema específico de relaciones objetivas, que pueden ser de alianza o de conflicto, de competencia o de cooperacion, según las distintas posiciones ocupadas por los agentes sociales.”³

De forma mais simplista, trata-se de um espaço, no qual ocorrem diversas interações e de acordo com as características objetivas constantes há a designação de

¹ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. 8. ed. Campinas, SP: Papirus, 2007, p. 19 – 21.

² BOYER. Pedro Castón. **La Sociologia de Pierre Bourdieu**. In: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº76, Octubre-Diciembre 1996, p. 81.

³ Idem, p. 82.

um campo como político, religioso, econômico e etc., desta forma, cada campo possui um tipo de capital que adquire maior importância. Cada campo, portanto, possui objetivos e interesses próprios e para que um campo se desenvolva é necessário que as pessoas possuam o *habitus* capaz de as familiarizar com as leis próprias aos objetivos e interesses de cada campo.

A reprodução das desigualdades ocorre a partir da luta pela dominação, a qual ocorre na relação entre os conceitos de *habitus* e de *campo*, como explica Pedro Caston, *campo* e *habitus* são dois modos de existência do social, ao *campo* pertencem as instituições e ao *habitus* pertence a ação individual, são, portanto, dois modos de existência do social¹. Dentro de todo campo há a luta pelo monopólio do poder simbólico, capaz de determinar qual será o *habitus* dominante e também capaz de dominar o *campo*. Os que dominam a ordem social agem no sentido de manter seu poder.

A Guerra de Canudos fez transparecer a luta por manter a dominação da ordem social, impedindo que uma ordem diferente se estabelecesse. Neste período força-se no Brasil o nascimento de uma nova ordem social e para que tal ordem preponderasse foi necessária a imposição de um novo *habitus* e de um novo *campo*, que foi internalizado pela população, a princípio, por meio da ideia de monopólio legítimo da violência. Não havia ainda sobre a população uma dominação simbólica de fato, desta forma, fez-se necessária a dominação a partir da violência, passando-se por cima até mesmo dos direitos subjetivos da população de Canudos a fim de impor uma ordem social.

Na mídia e no sistema educacional brasileiro restou clara essa natureza de busca por dominação presente na Guerra de Canudos. Na época, a maioria da população brasileira era favorável à repressão de Canudos, frente à forma ideológica

como o acontecimento foi veiculado. Os brasileiros tomavam conhecimento da Guerra de Canudos a partir da ótica daqueles que buscavam o domínio da ordem social e desta forma, gradativamente internalizavam aquela ideia de *campo* e de *habitus*.

Mais tarde, o sistema educacional também reforçou esse poder simbólico, reproduzindo o conhecimento da Guerra de Canudos de forma ideológica, muitas vezes explicando o acontecimento como decorrente da loucura dos sertanejos, não havendo destaque para as injustiças sofridas por aquelas pessoas, nem os interesses que estavam por traz da triste repressão ocorrida na época, a qual se baseou em ações ilegais do Estado, que ultrapassou seus poderes, massacrando a população e burlando seus direitos fundamentais.

Portanto, a Guerra de Canudos evidencia como a busca pela dominação é latente à estrutura social e como o Direito pode ser entendido não apenas como um instrumento para manter a dominação e a exploração, mas como um fenômeno amplo e rico, o qual vai além do Direito Estatal e é inerente à ordem social, evidenciando-se principalmente pelos valores internalizados pela população e, portanto, podendo se contrapor a uma ordem que busca ser imposta.

Não pode ser aceita a injustiça revestida na máscara de um Direito Legítimo, pois que em um Estado de Direito nunca será possível passar por cima dos direitos fundamentais à vida da pessoa humana a fim de se proteger uma ordem formal. O Direito só é Direito de fato quando sustentado e aceito subjetivamente pelo povo a que serve, pois que não há Direito desvinculado da Justiça e toda ação estatal para manter a sua ordem como dominante não pode passar por cima de direitos subjetivos e não pode desconsiderar o direito local constituído, pois esse é o Direito Legítimo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ Idem, p. 85 e 86.

BOYER. Pedro Castón. *La Sociologia de Pierre Bourdieu*. In: Revista Española de Investigaciones Sociológicas, nº76, Octubre-Diciembre 1996.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. 8. ed. Campinas, SP: Papirus, 2007.

FILHO, Roberto Lyra. *Razões de defesa do Direito*. Editora Obreiro: Brasília. 1981.

REFERÊNCIAS DA INTERNET

<http://www.oohodahistoria.ufba.br/03santan.html>

<http://pt.scribd.com/doc/16570787/Analise-Os-Sertoos>

http://www.jayrus.art.br/Apostilas/LiteraturaBrasileira/PreModernismo/Euclides_da_Cunha_Os_Sertoos_resumo.htm

<http://andersonpimenta16.blogspot.com.br/2011/05/o-discurso-antropologico-em-os-sertoos.html>

GT CRIME E VIOLÊNCIA EM PERSPECTIVA CULTURAL

A CRIMINALIZAÇÃO DA LOUCURA NO MODELO JURÍDICO-TERAPÊUTICO-PUNITIVO-PRISIONAL DOS HOSPITAIS DE CUSTÓDIA E TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO (HCTP's)

Sarah Caroline de Deus Pereira¹

RESUMO

O presente resumo tem por objeto o estudo da criminalização da loucura por meio dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's), de modo a analisar os subsídios das primeiras formas de internamento, mecanismo este anatematizado pela Lei da Reforma psiquiátrica (Lei 10.216/01). O trabalho tem por objetivo geral investigar as implicações da Lei da Reforma psiquiátrica brasileira (Lei n. 10.216/01) no sistema de justiça criminal brasileiro. Especificamente, objetiva demonstrar as misérias que inquinam o paradigma “jurídico- terapêutico – punitivo – prisional” dos HCTPs, envidando a reforma psiquiátrica brasileira que relegou o infrator com transtorno mental da humanização de tratamento proposta pela Lei 10.216/01, que por sua vez, destina a esses sujeitos os defectíveis dogmas do Código Penal e da Lei de Execução Penal. Neste raciocínio, pretende por meio da investigação e da reflexão a obtenção de possíveis alternativas jurídicas para o tratamento digno ao infrator com transtorno mental frente à incúria do direito punitivo em proporcionar a estes indivíduos uma resposta adequada que não lhe fira a integridade física, psíquica e (ou)

¹ Mestranda em Teoria do Direito e do Estado, no Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, bolsista CAPES. Especialista em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogada. Estágio-docência em Processo Civil IV. Aluna pesquisadora do grupo: “A Intervenção do Estado na Vida do Indivíduo” e do “Bioética e Direitos Humanos”. Endereço eletrônico: <scdp88@gmail.com>.

moral, pugnando pelos direitos humanos fundamentais e as garantias constitucionalmente erigidas. Nessa linha, buscando responder a estes questionamentos a pesquisa se arrima no método hipotético-dedutivo, em que se verificará empiricamente a eficácia da Lei da Reforma Psiquiátrica frente ao sistema de justiça criminal, a qual se reveste de um poder simbólico e uma cultura de controle que marginaliza e estigmatiza esses indivíduos. Fundada em abordagem legislativa, e no estudo de autores, como: Eugênio Raúl Zaffaroni, Isaías Pessoti, Juliana Garcia Pacheco, Luigi Ferrajoli, Michel Foucault, Zygmunt Bauman; pretende responder, ainda que provisoriamente a problemática exposta, haja vista que a pesquisa está na fase de tabulação de referenciais teóricos.

Palavras chave: *loucura; criminalização; modelo jurídico-terapêutico-punitivo-prisional; direitos humanos fundamentais; hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico.*

ABSTRACT

This study has as object of study the criminalization of madness according to the Legal and Therapeutic-punitive prison model of the custody hospitals and psychiatric treatment (CHPT's). It analyzes the benefits of the earliest forms of internment, this mechanism anathematized by the Psychiatric Reform Law (Law 10.216/01). The study aims at investigating the implications of the Brazilian Psychiatric Reform Law (Law n. 10.216/01) in the Brazilian criminal justice system. Specifically, this research aims to demonstrate the miseries that corrupt the paradigm "legal and therapeutic - punishment - prison" of HCTPs, endeavoring to Brazilian psychiatric reform that relegated the infractors with mental humanization of treatment proposed by Law 10.216/01, which designates to these persons the defective dogmas of the Penal Code and the Penal Execution Law. Based on this reasoning, it is also aimed through this research, pose

some reflections in order to obtain legal alternatives for decent treatment of the infractors with mental disorders who have been facing the disregard of the punitive law regarding to provide these individuals adequate answers which will not damage their physical, mental and (or) moral rights, also struggling for the basic human rights and constitutional guarantees. Based on these conceptions and seeking for answers to these questions, the research is anchored in the hypothetical-deductive method, in which empirically it will be verified the effectiveness of the Psychiatric Reform Law in opposition to the criminal justice system, which is circumscribed of symbolic power and a controlled culture that marginalizes and stigmatizes those individuals. Founded in legislative approach, and the studied authors, as Eugenio Raúl Zaffaroni, Isaías Pessoti, Juliana Garcia Pacheco, Luigi Ferrajoli, Michel Foucault, Zygmunt Bauman; it is intended to contribute, even temporarily, to the mentioned problem, taking in consideration that the research has been in the phase of theoretical tabulations.

Key-words: *madness; criminalization; legal and therapeutic-punitive prison; human right; hospitals and psychiatric treatment.*

INTRODUÇÃO

O presente texto flerta com assuntos delicados dentro da perspectiva histórico cultural, uma vez que apresenta um diálogo acerca da loucura¹ e da sua consequente criminalização no contexto jurídico-social; perfectibilizado no cenário brasileiro por intermédio da hospitalização, por seu turno assustadoramente criminalizante aos infratores com transtorno mental².

Nessa direção, contempla-se um modelo jurídico que se reveste de um manto terapêutico para ocultar a violência de um sistema punitivo prisional dentro dos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's).

¹ O texto utilizará a perspectiva adotada pela Saúde Mental, em que se associa a loucura dentro do gênero de doença mental, “A concepção teórica da Saúde Mental percebe a loucura essencialmente como um fenômeno de intolerância e exclusão da vida social, em que surge um rechaço do louco por ele ser visto como doente mental, o que conduz a uma internação hospitalar mesmo contra sua vontade, com o fim de ser isolado. A internação é vista como o auge da exclusão social, e não um meio contrário à intolerância. A Psiquiatria entra nessa concepção de loucura como o agente carcerário da exclusão, fornecendo o rótulo e a explicação que autoriza que a sociedade exerça seu rechaço daquele que considera imoral ou estranho. Mais do que isso, a Psiquiatria instrumentalizaria essa intolerância social dando-lhe um aparato de exclusão que ela própria não teria: a interdição hospitalar e civil com autoridade outorgada ao médico com base em seu discurso humanista.” (COSTA JÚNIOR, Francisco da; MEDEIROS, Marcelo. Alguns conceitos de loucura entre a psiquiatria e a saúde mental: diálogos entre os opostos?. Disponível em: <http://www.revistasusp.sibi.usp.br/pdf/psicousp/v18n1/v18n1a04.pdf>. Acesso em 11 de nov. 2012.

² É importante conceitualmente que a doença mental, “[...] pode ser entendida como uma variação mórbida do normal, variação esta capaz de produzir prejuízo na performance global da pessoa (social, ocupacional, familiar e pessoal) e/ou das pessoas com quem convive. Organização Mundial de Saúde diz que o estado de completo bem estar físico, mental e social define o que é saúde, portanto, tal conceito implica num critério de valores (valorativo), já que, lida com a idéia de bem-estar e mal-estar.” (BALLONGE, 2008, p. 1)

Em síntese, pretende-se despertar um debate acerca da institucionalização da loucura e seus corolários efeitos na esfera social, cultural e jurídica, permitindo desta maneira um olhar com acuidade para a questão da saúde mental, mormente quando diante dos casos de infratores que padecem de transtorno mental e cumprem medidas de segurança, tendo por norte o princípio da dignidade da pessoa humana para aflorar uma visão humanística e desmistificadora acerca da loucura.

1. CONTEXTUALIZANDO A QUESTÃO DA LOUCURA

Prefacialmente é necessário delimitar no campo teórico que a concepção de loucura é enraizada em recortes discriminatórios e segregatórios, de modo que ao longo de toda a história mundial, o cidadão considerado como “louco” era (ainda é) desprestigiado socialmente, e por esta razão, passível de viver longe do convívio dos demais membros da sociedade, cabendo a família o papel de encaminhar estes cidadãos aos hospitais.

O primeiro autor a descortinar esta invisibilidade na perspectiva acadêmica foi com Foucault, que retratou fidedignamente o percurso histórico da história da loucura, tendo por base a Idade Clássica, em que ressalta que foi no começo do século XVII que se abriu margens ao regime hospitalocêntrico.³

Não obstante, Pessoti⁴ informa que no século XII já havia expressões manifestas de internamento em um *locus* especial ao paciente que mentalmente era insano, tinha-se por discurso (perverso) que protegeria o alienado e o revigoraria, quando em verdade a única intenção era de afastá-lo do convívio da sociedade, uma forma de eugenizar o social. Data-se que a origem do isolamento adveio da cultura

³ FOCAULT, Michel. **História da Loucura na Idade Clássica**. 8 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005, p. 44.

⁴ PESSOTI, Isaías. **O século dos manicômios**. São Paulo: Editora 34, 1996, p. 151.

árabe, tendo no curso da história diversas formas, sendo que a mais antiga lastreava na prática do recolhimento dos “loucos”, homogeneizado com outras minorias tidas como indesejadas pela sociedade¹ em edifícios que eram mantidos pelo poder público ou grupos de ordem religiosa. Acrescenta-se que estes ambientes eram os ancestrais leprosários que em outrora segregava o leproso, passou a fazê-lo com a figura do sujeito acometido de “loucura”, marginalizando este indivíduo.

Pacheco estabelece conceitualmente,

*A História da Loucura pode ser considerada como paralela, ou mesmo intrínseca, à história da humanidade, se compreendermos a loucura enquanto perda – total ou parcial, permanente ou temporária – da consciência, da capacidade racional e/ou do controle sobre as emoções. Considerando a loucura enquanto um fenômeno essencialmente humano, podemos pressupor que por sua peculiar estranheza esteja acompanhando o Homem desde os tempos mais remotos, desde o início do reconhecimento pelo homem da própria existência.*²

¹ “Oportuno observar, que os primeiros Hospitais abrigavam não apenas loucos infratores, mas todos que incomodassem a “ paz social”, ditada pela sociedade burguesa e pela igreja, sendo reservado os internos um tratamento cruel e degradante, implicando em castigos físicos e morais.” (PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. Reforma Psiquiátrica versus sistema de justiça criminal: A luta pela efetividade dos direitos humanos ao louco infrator. In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, (orgs.). IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. Anais... Dourado: UFGD UEMS, 2011.)

² PACHECO, Juliana Garcia. **Reforma psiquiátrica, uma realidade possível: Representações sociais da loucura e a história de uma experiência.** Curitiba: Juruá, 2009.

A questão da loucura não se dissocia da natureza humana, não é considerada essencialmente como uma anomalia, mas como uma particularidade daquele sujeito que padece da loucura, visto então como um indivíduo que tem uma subjetividade própria, e por esta razão, se apresenta nos atos da vida comum de forma contrária a um padrão imposto como “normalidade”.³

Há quatro séculos se marginaliza o sujeito com transtorno mental, taxando-lhe o estigma da loucura e os remetendo a internação. Salienta-se que o papel da família na exclusão do “louco” remonta desde o século XVII quando surgiram os primeiros hospitais em Paris, o Bicêtrê e Salpêtrière, os quais especificamente foram instituídos em 20 de abril de 1680.⁴

Szasz pondera que “Para ser considerado louco, era suficiente ser abandonado, miserável, pobre, não desejado pelos pais ou pela sociedade”. A atuação dos pais no internamento era decisiva, conforme constava nos regulamentos de admissão dos hospitais parisienses. Szasz informa a esse respeito, “[...] os filhos de artesãos e os outros habitantes pobres de Paris, até a idade de vinte e cinco, que tratam mal seus pais ou que por preguiça se recusam a trabalhar, ou, no caso das meninas, estiverem levando uma vida de libertinagem, ou em evidente perigo de serem pervertidas, devem ser encarcerados, os rapazes no Bicêtrê, as moças no Salpêtrière. Essa ação devia ser executada a partir da queixa dos pais, pais, ou se estes estivessem mortos, dos parentes próximos ou do pároco.”⁵

³ Para maior compreensão da questão da “normalidade”, sugere-se a obra “Os Anormais” de Michel Foucault.

⁴ SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental.** Rio de Janeiro: Zahar Editora. 1978, p.42.

⁵ Idem.

É relevante dimensionar historicamente que neste período não havia no campo teórico declarações de direitos, as famílias se constituíam e se apartavam dentro dos seus próprios ordenamentos. E no aspecto da doença mental, a medida convencionada pelos familiares era a reclusão hospitalar.

A noção de doença mental para Szasz foi construída de forma nociva, de modo que institucionalizou a psiquiatria como o único saber capaz de produzir respostas a estes quadros, e, concomitantemente proteger a sociedade e impedir a desintegração de suas instituições. O autor entende que a doença mental tal qual se propaga na sociedade é um mito que tem por função “[...] disfarçar, e assim tornar mais aceitável, a amarga pílula dos conflitos morais nas relações humanas”.¹

A doença mental acarreta ao sujeito que é acometido dela de um estigma violento, porque a pessoa com transtorno mental recebe do Estado um passaporte de “estrangeiro”, porque o exclui do convívio social, se torna um ser indigno de conviver com os outros, principalmente se em razão dessa patologia mental cometa delitos, o que lhe causa o “etiquetamento” da monstruosidade.

Young declara que “O essencialismo cultural permite que as pessoas acreditem na sua superioridade inerente e sejam ao mesmo tempo capazes de demonizar o outro, como essencialmente depravado ou criminoso.”² Percebe-se aqui a dificuldade de lidar com aquele que é diferente, principalmente com aquele sujeito que padece de transtorno mental, intensificado quando além de insano mentalmente é criminoso.

¹ SZASZ, Thomas S. **Ideologia e Doença Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1979, p. 57.

² YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade**. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 163.

Szasz³ afirma que o crime saiu da esfera do Direito e Moral para Medicina e a terapia, cabendo ao médico psiquiatra controlar o comportamento humano, servindo ao Estado e não ao indivíduo, de modo que a sociedade foi levada a crer que a pessoa que delinque é doente mental. Essa consideração generalista já estigmatizava o delinquente, e atualmente a torna mais desprezível quando o infrator comprovadamente por meio de exames médicos padece de transtorno mental. Critica que a Psiquiatria Institucional articula a arbitrariedade dos seus juízos psiquiátricos junto com as sanções penais, que no direito brasileiro é conhecido como medida de segurança. Entretanto, esta medida que recebe a alcunha de modelo “jurídico-terapêutico-punitivo-prisional” é na verdade uma forma de eugenia social, posto que o interno submete-se ao regime penal, mas não terapêutico, vira refém da própria enfermidade, e, em razão dela abdica aos direitos de personalidade, uma vez que não lhe facultam o consentimento acerca dos tratamentos que lhe são destinados, os torturando e maltratando na esfera psicofísica e moral, desrespeitando seus direitos de personalidade.

Bauman⁴ relata que:

[...] os seres humanos que transgridem os limites se convertem em estranhos –cada um teve motivos para temer a bota de cano alto feita para pisar no pó a face do estranho, para espremer o estranho do humano e manter aqueles ainda não pisados mas prester a vir a sê-lo, longe do dano ilegal de cruzar fronteiras.

³ SZASZ, Thomas S. **A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental**. Rio de Janeiro: Zahar Editora. 1978, p.43.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, pp. 27-8.

O que se tem na sociedade é a loucura erigida como padrão desviante, que por si só é capaz de duplamente criminalizar o sujeito, em princípio por taxa-lo como “anormal”, e por este motivo querer segrega-lo do convívio social, e a posterior quando este comete delito, o que conforme ponderou Bauman elege ao grupo dos estranhos, sendo passível de anulação perante a sociedade.

Neste sentido, Foucault faz uma preciosa advertência,

É necessário optar, porque a loucura apaga o crime, a loucura não pode ser o lugar do crime e, inversamente, o crime não pode ser, em si, um ato que arraiga na loucura. Princípio da porta giratória: quando o patológico entre em cena, a criminalidade, nos termos da lei, deve desaparecer. A instituição médica, em caso de loucura, deve tomar o lugar da instituição judiciária. A justiça não pode ter competência sobre o louco, ou melhor a loucura [rectius : justiça] em de se declarar incompetente quanto ao louco, a partir do momento em que o reconhecer como louco: princípio da soltura, no sentido jurídico do termo.¹

Entretanto, ocorre que os infratores que padecem de transtorno mental são esquecidos dentro dos manicômios judiciais, que embora recebam o nome de Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's) são verdadeiras prisões que não oferecem sequer tratamento a estes pacientes.

2. A QUESTÃO DO INFRATOR COM TRANSTORNO MENTAL

¹ FOUCAULT, Michel. *Os anormais*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

O Estado não consegue lidar com a questão da saúde mental, a dificuldade histórica remonta a 1930, ano em que se criou Serviço Nacional de Doenças Mentais, antes disso a prática para com o sujeito com transtorno, a princípio foi de responsabilidade familiar, a posterior em 1903 com a Lei do Alienado que se estabeleceu a conduta hospitalocêntrica, e desta data até 1950, as condutas de tratamento se lastreava em banhos quentes e frios, métodos físicos de tratamentos, como: cadeira giratória; eletrochoque; medicação em larga escala, que começou na década de sessenta, e perdura até os dias atuais.

A crise no tratamento da doença mental ela é agravada nos casos do infrator submetido às agruras das medidas seguranças cumpridas em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

A lei da Reforma Psiquiátrica brasileira (Lei 10. 216/01) instituiu o fim dos manicômios e um novo tratamento para os pacientes com transtorno mental, pautada em uma política pública que a par de ter vigorado apenas na perspectiva moral, aborda materialmente um tratamento humanitário aos sujeitos com transtorno mental, sugerindo o fim dos manicômios e, uma nova ordem pautada na assistência familiar e médica, sem o ranço do internamento.

Nesse sentido, Silva ² relata que “Conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, em síntese apertada a Lei 10.216 pôs fim ao sistema asilar e determinou que o tratamento das pessoas com deficiência mental seja feito em hospitais gerais, comuns, e em Centros de Atenção Psicossocial (Caps).” Entretanto, apesar de toda

² SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procauso: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização*, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. Birigui: Boreal, 2010, p. 313.

essa abordagem humanista proposta pela legislação, a situação no campo prático é divergente,

Essa reforma psiquiátrica hipertrófica e emblemática. Inspirada em política de saúde mental europeia, e implementada em um país de modernidade tardia (para dizer o mínimo), denuncia a insensibilidade do Estado para com a tessitura social e o sofrimento individual e familiar.¹

A referida lei não apresenta na sociedade brasileira impactos substanciais na vida dessas pessoas, principalmente àquelas que cometeram delitos, Barros relata que: “[...] não sem razão o Movimento Antimanicomial, ter chamado o manicômio judiciário do ‘pior do pior’. Não sem razão a lei da Reforma Psiquiátrica, ainda não se ter estendido a essas pessoas.”²

O principal óbice na interação das pessoas com transtorno mental é a atrofia das leis, o exemplo clássico apontado por Silva é:

[...] a política estabelecida pela Lei 10.216 de 2011, que trata da proteção e dos direitos das pessoas com transtornos mentais, e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, recomendando o fechamento gradual dos grandes hospitais psiquiátricos e proibindo a construção de novos estabelecimento chamados manicomiais.³

¹ Idem.

² BARROS, Carmem Silvia de Moraes. *A aplicação da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental ao Louco Infrator*. Revista Consulex. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010, p. 41.

³ SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos, op.cit., p.313

Um dos pontos primordiais criticados pela legislação está na proposta da luta antimanicomial, porque segundo Silva,

[...] o fechamento dos hospitais psiquiátricos, consumado nos oito anos de vigência da lei, não foi acompanhado pela adaptação dos hospitais públicos às necessidades, específicos para atender a esses pacientes, e tampouco foram criados Centros de Atenção Psicossocial em número minimamente necessários.

Assim, a norma imbuída no processo de proteger o respeito às pessoas com deficiência mental, redundou em hipertrofia da tutela almejada: as pessoas que têm condições de arcar com as despesas, internam seus familiares em clínicas particulares, enquanto que os mais carentes ficaram completamente desassistidos pelo Estado, agravado os problemas familiares, não sendo incomum notícias de mães que acorrentam filhos com deficiência mental para trabalhar.⁴

A questão da pessoa com transtorno mental é crítica no país, necessitando de novos olhares, de engajamento em prol de políticas públicas, que saiam do âmbito formal e repercutam os efeitos no mundo jurídico, externando o aspecto material das referidas políticas.

Para Ferrajoli, “acima de qualquer argumento utilitário, o valor da pessoa humana impõe uma limitação sobre o qual se funda, irredutivelmente, o rechaço da pena de morte, das penas corporais, das penas infames e, por outro lado, da prisão

⁴ Idem.

perpétua e das penas privativas de liberdade excessivamente extensas” . E ainda: “um Estado que mata, que tortura, que humilha um cidadão não só perde qualquer legitimidade, senão que contradiz sua razão de ser, colocando-se no nível dos mesmos delinquentes”.¹

Em síntese a violação dos direitos das pessoas com transtorno mental constitui um aviltamento direito aos primados do Estado Democrático de Direito que é constituído pelos princípios da solidariedade e da fraternidade, sendo esta a matriz ideológica da ética do cuidado; indispensável no tratamento do infrator com transtorno mental nos Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's), em razão da celeuma histórica que o país enfrenta no trato com a saúde mental, relegando a estes indivíduos uma terapêutica dissonante a dignidade da pessoa humana, norte exegético da aplicação da Constituição Federal e todas leis infraconstitucionais que disciplinam as relações no Estado brasileiro.

3. A ATUAÇÃO DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Na atualidade o sistema de justiça criminal é ineficaz em relação ao do infrator com transtorno mental, porque não responde precisamente com a aplicação das medidas de segurança, porque os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTP's) não conseguem dar um tratamento com qualidade, atuando frontalmente em relação os direitos humanos fundamentais dessas pessoas.

Nesse sentido, Zaffaroni [et.al] se posiciona, que “não é constitucionalmente aceitável que, a título de tratamento, se estabeleça a possibilidade de uma privação de liberdade perpétua, como coerção penal. Se a lei não estabelece o limite máximo, é o

intérprete quem tem a obrigação de fazê-lo”.² Depreende-se que o prazo da medida de segurança não pode ultrapassar o limite da intervenção estatal de trinta anos na liberdade do indivíduo, ainda que a título de medida e não prevista pelo Código Penal, como o é com relação à pena, pois atacaria a dignidade humana do paciente, que no direito brasileiro é o princípio norteador de todo o sistema e voltada à pessoa humana, assim assevera Martins³:

(...) conceber a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser o de propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade. Afinal, a pessoa humana, é o limite e o fundamento da dominação política em uma República que se propõe democrática como a brasileira. Da mesma forma anotar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República nos remete a idéia de que sua positivação e a enunciação de um catálogo de direitos fundamentais na Constituição brasileira não revela uma mera concessão do legislador constituinte (ou do poder estatal) ou uma simples “graça do príncipe”. Ao contrário, representa o ponto culminante de um processo histórico, marcado por avanços e retrocessos que levou os Estados a reconhecerem direitos ao homem pela simples razão

¹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

²ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. *Direito Penal Brasileiro* – 1. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998, p.858.

³MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Editora Juruá, 2003, p.72.

de ser homem (pessoa humana), como expressão infungível de sua dignidade.

O modelo médico de hospitalização psiquiátrica é temerário, nesse sentido obtempera Goffman,

Os doentes mentais podem descobrir-se numa “atadura” muito especial. Para sair do hospital, ou melhorar sua vida dentro dele, precisam demonstrar que aceitam o lugar que lhes foi atribuído, e o lugar que lhes foi atribuído consiste em apoiar o papel profissional dos que parecem impor essa condição. Essa servidão moral auto-alienadora, que talvez ajude a explicar porque alguns internados se tornam mentalmente confusos, é obtida em nome da grande tradição da relação de serviço especializado, principalmente em sua versão médica. Os doentes mentais podem ser esmagados pelo peso de um ideal de serviço que torna a vida mais fácil para todos nós.¹

Prossegue o autor em outra obra, explicando que,

Deve-se haver um campo de investigação chamado de “comportamento desviante” são os seus desviantes sociais, conforme aqui definidos, que deveriam, presumivelmente, constituir o seu cerne. As prostitutas, os viciados em drogas, os delinquentes, os criminosos, os músicos de jazz, os boêmios, os ciganos, os parasitas, os vagabundos, os gigolôs, os artistas de

¹ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e convênios**. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. 312.

show, os jogadores, os malandros das praias, os homossexuais, e o mendigo impenitente da cidade *seriam incluídos*. São essas as pessoas consideradas engajadas numa espécie de negação da ordem social.²

Em resumo, o autor afirma que a sociedade forma um grupo, e, este é segregado, nesse sentido o tratamento dado ao louco infrator não funciona, na verdade o sistema de justiça criminal é ineficaz, tendo total razão Andrade:

(...) o SJC caracteriza-se por uma eficácia simbólica (legitimadora) confere sustentação, ou seja, enquanto suas funções declaradas ou promessas apresentam uma eficácia meramente simbólica (reprodução ideológica do sistema), porque não são e não podem ser cumpridas, ele cumpre, lentamente, outras funções reais, não apenas diversas,, mas inversas às socialmente úteis declaradas por seu discurso oficial, que incidem negativamente na existência dos sujeitos e da sociedade.³

O sistema de justiça criminal (SJC) não resolve os problemas expostos, ao contrário, legitima a estigmatização apontada por Goffman, mantendo os doentes mentais atados, tal qual, alegou em citação apresentada pelo referido autor. Serafim e

² GOFFMAN, Erving. *Estigma – notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*.p.154-155.

³ ANDRADE, Vera Regina de. *O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher: a soberania patriarcal*. DISCURSOS SEDIOSOS. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007, p.171.

Martins¹ levantam a seguinte elucubração: “no Brasil e no mundo está comprovado que a mera redução dos leitos psiquiátricos acaba por criminalizar os pacientes, que, sem estrutura hospital adequada, terminam sendo presos por aparelhos policiais”. Observa-se o descuido com o louco infrator, que não é tratado com humanidade, sendo excluído do convívio social confinado em hospitais psiquiátricos e manicômios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, ciente das dificuldades adjacentes ao sistema de justiça criminal brasileiro, fica nos HCTP's os sujeitos infratores com transtorno mental sem respaldo na esfera dos direitos humanos fundamentais.

Deste modo, se visualiza os aviltamentos aos direitos humanos fundamentais, porque ao receber do Estado a determinação do cumprimento da medida de segurança, fica o referido paciente sem receber uma resposta adequada do judiciário pela questão da saúde mental, e concomitantemente da saúde pública por se tratar de infrator.

Diante deste quadro caótico, a sociedade precisa despertar um novo olhar para o infrator com transtorno mental, uma vez que em razão da loucura lhe é imputado um estigma pelo sistema e pelo meio social, que nega o direito a sociabilidade e lhe pretere a humanização terapêutica necessária em decorrência da patologia mental, agindo deste modo o sistema de justiça criminal como um mecanismo de criminalização da loucura por meio do modelo jurídico-terapêutico-punitivo-prisional dos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico (HCTP's).

¹SERAFIM, Antônio de Pádua; DE BARROS, Daniel Martins. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. . *Revista Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010, p. 27.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina de. *O sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher: a soberania patriarcal*. DISCURSOS SEDIOSOS. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, Editora Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BARROS, Carmem Silvia de Moraes. A aplicação da Reforma Psiquiátrica e da Política de Saúde Mental ao Louco Infrator. *Revista Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOCAULT, Michel. *História da Loucura na Idade Clássica*. 8 ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2005.

GOFFMAN, Erving. Estigma. *Manicômios, prisões e convênios*. São Paulo: Perspectiva, 2007._____. *Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada*. 4ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental*. Curitiba: Editora Juruá, 2003.

PACHECO, Juliana Garcia. *Reforma psiquiátrica, uma realidade possível: Representações sociais da loucura e a história de uma experiência*. Curitiba: Juruá, 2009.

PESSOTI, Isaías. *O século dos manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996.

PEREIRA, Sarah Caroline de Deus. Reforma Psiquiátrica versus sistema de justiça criminal: A luta pela efetividade dos direitos humanos ao louco infrator. In: CARVALHO, Acelino Rodrigues; BARUFFI, Helder, (orgs.).IV Encontro Científico Transdisciplinar Direito e Cidadania. II Fórum de Segurança Pública. *Anais...* Dourado: UFGD UEMS, 2011.

SERAFIM, Antônio de Pádua; DE BARROS, Daniel Martins. Apontamentos sobre assistência aos portadores de transtorno mental. . *Revista Consulex*. Brasília: Editora Consulex, ano XIV, n.320, 15 de maio de 2010.

SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos. Entre Hefesto e Procauso: A condição das pessoas com deficiência. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto. *Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Birigui: Boreal, 2010.

SZASZ, Thomas S. *A fabricação da loucura um estudo comparativo entre a Inquisição e o movimento de Saúde Mental*. Rio de Janeiro: Zahar Editora. 1978.

_____.*Ideologia e Doença Mental*. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1979.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. et. al. *Direito Penal Brasileiro – 1*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998.

**A GLOBALIZAÇÃO DA PENALIDADE NEOLIBERAL? COMENTÁRIOS
SOBRE A CONEXÃO EUA, FRANÇA E BRASIL PROPOSTA POR LOÏC
WACQUANT**

Letícia Figueira Moutinho Kulaitis¹

RESUMO

O presente artigo abrange uma análise da tese de Loïc Wacquant de que a partir da hegemonia ideológica dos Estados Unidos da América estabelece-se a adoção na Europa e na América Latina, em especial no Brasil, de uma *penalidade neoliberal*. Para Wacquant, seguindo o modelo norte-americano, países como a França e o Brasil têm orientado suas políticas no sentido da adesão de um “mais Estado policial/penitenciário” e de um “menos Estado econômico e social”, assumindo, desse modo, a ideologia norte-americana do mercado total e do encarceramento em massa. O resultado, em termos objetivos, é o aumento significativo do encarceramento de jovens pobres e negros, nos países analisados por Wacquant, exprimindo, portanto, um tratamento penal da miséria. O objetivo deste artigo é compreender de que modo a penalidade neoliberal emerge como uma nova faceta do processo de globalização. Para tanto, são analisados os textos produzidos por Loïc Wacquant que tratam do tema em questão bem como de outros autores que contribuem para a discussão do tema. São analisados, de modo preliminar, dados empíricos sobre o total de indivíduos

encarcerados e o perfil destes por meio das estatísticas produzidas pelo Ministério da Justiça no Brasil e órgãos correlatos nos Estados Unidos e França.

Palavras-chave: *Estado Penal, Neoliberalismo e Globalização.*

ABSTRACT

This article includes an analysis of the thesis that Loïc Wacquant from the ideological hegemony of the United States of America settles adoption in Europe and Latin America, especially in Brazil, a neoliberal penalty. For Wacquant, following the U.S. model, countries like France and Brazil has guided its policies towards membership of a "more police state / prison" and a "less government economic and social", assuming thereby the American ideology of the total market and mass incarceration. The result, in objective terms, is the significant increase in the incarceration of young black and poor in the countries analyzed by Wacquant, expressing thus a criminal treatment of misery. The purpose of this article is to understand how the penalty neoliberal emerges as a new facet of the globalization process. For this, we analyze the texts produced by Loïc Wacquant that treat the subject matter as well as other authors that contribute to the discussion of the topic. Are analyzed, so preliminary, empirical data on the total number of individuals incarcerated by the profile of the statistics produced by the Ministry of Justice in Brazil and related agencies in the United States and France.

Keywords: *Criminal State, Neoliberalism and Globalization.*

¹ Graduada em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2002) e mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Paraná (2004). Atualmente cursa o Doutorado em Sociologia do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

INTRODUÇÃO: SOBRE A PENALIDADE NEOLIBERAL

O fenômeno da globalização tem sido analisado por múltiplas perspectivas e seu impacto nas formações sociais é objeto de debate corrente no campo da Sociologia. No entanto, para além das relações econômicas, políticas e culturais, identifica-se também o impacto do processo de globalização nas práticas de controle da violência e da criminalidade.

A experiência da violência, seja por meio dos conflitos internos ou externos, é compartilhada por diferentes países. Embora seja um fenômeno constante nas formações sociais, altas taxas de crime, e portanto, de violência, levam a busca de soluções que atendem a demanda dos indivíduos por segurança.

O que nos interessa no presente artigo é o processo de internacionalização, como proposto por Loïc Wacquant¹, de um novo senso comum penal, idealizado pelos Estados Unidos, cuja característica essencial é a criminalização da miséria e a normatização do trabalho assalariado precário.

Na perspectiva adotada por Wacquant, a partir da hegemonia ideológica dos Estados Unidos estabelece-se a adoção na Europa e na América Latina de uma penalidade² neoliberal. Segundo essa perspectiva, as noções que tem orientado o controle da criminalidade na Europa e na América Latina são constituídas a partir de termos e teses provenientes dos Estados Unidos.

¹ O tema da criminalização da miséria têm sido discutido por Wacquant em diferentes obras e artigos desde os anos 2000. Destacam-se, nesse conjunto, as obras *As prisões da miséria* (2001), *Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada* (2001a) e *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos* (2007).

² Como esclarece nota do tradutor André Telles, “o termo penalidade refere-se ao conjunto de práticas, instituições e discursos relacionados à pena e, sobretudo, à pena criminal” (WACQUANT, 2001, p. 7)

Para Wacquant, seguindo o modelo norte-americano, países como a França e o Brasil tem orientado sua política no sentido da adesão de um *mais Estado policial/penitenciário* e de um *menos Estado econômico/social*, assumindo, desse modo, a ideologia norte-americana do mercado total (WACQUANT, 2001, p.7).

A expressão neoliberal, associada por Wacquant a atividade penal, refere-se à doutrina político-econômica, adotada por diferentes países nos anos 1990, que defende a regulação da intervenção do Estado na economia³. A existência de um livre mercado garantiria o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país. São princípios da doutrina neoliberal: a desregulação econômica, a retração das políticas de bem-estar social, o surgimento ou expansão de um aparelho penal de grandes dimensões e a cultura da responsabilidade individual.

O desenvolvimento do neoliberalismo implicou em reforço das exigências de trabalho, limitação dos benefícios de bem-estar social e redução da disponibilidade desses benefícios. Tal desenvolvimento foi acompanhado da exacerbação do Estado Penal como meio de conter as consequências do enfraquecimento do Estado de bem-estar social. John Campbell aponta que como oportunidades de trabalho e de apoio social secaram, o crime tornou-se uma alternativa mais tentadora, o que levou à subida das taxas de encarceramento e à uma expansão do Estado penal (CAMPBELL, 2010, p. 60)⁴.

Sobre a ausência de uma rede de proteção social que Wacquant sinaliza que:

³ Nas palavras do autor: “Minha tese central de que o rápido crescimento e a exaltação da polícia, dos tribunais e das prisões nas sociedades do Primeiro e do Segundo Mundo nas duas últimas décadas são um elemento essencial da revolução neoliberal” (WACQUANT, 2012, p. 13).

⁴ Tradução livre.

O trabalho assalariado desregulamentado – que alguns insistem em apresentar como uma espécie de necessidade natural (também importada dos Estados Unidos), filha de uma ‘globalização’ inelutável, embora nem sempre desejável e o recurso crescente ao braço policial e penitenciário do Estado para abafar as desordens sociais e mentais, engendradas pela instabilidade do trabalho não são uma fatalidade. (WACQUANT, 2007, p. 467).

Materializa-se, portanto, a substituição de um Estado-providência “materialista” por um Estado punitivo “paternalista” que objetiva impor o trabalho assalariado como uma obrigação de cidadania (WACQUANT, 2001, p. 44). As questões sociais, como a miséria, o desemprego, a ociosidade, são, neste contexto, percebidas como questões individuais, atribuídas a responsabilização individual e garante-se, nesse momento, que aqueles que não se adaptem as exigências do mercado possam encontrar a prisão como destino.

Campbell critica a relação estabelecida, por Wacquant, entre o neoliberalismo e o recrudescimento da atividade penal. Para Campbell (2010, p. 62), a análise de Wacquant é fortemente estruturalista, apresentando o sistema penal como um elemento funcionalmente necessário para a ascensão do neoliberalismo. Essa associação não caberia a observação, feita por Wacquant, de que as taxas de encarceramento são muito mais baixas em países avançados, a exceção dos Estados Unidos

O autor sugere que a análise de Wacquant ignora a dimensão política na formação da penalidade neoliberal bem como não contempla a possibilidade de que Estados reconhecidos como neoliberais não caminhem em direção à adoção de um Estado penal superdimensionado e que em outros, essa tendência possa ser revertida. Campbell sugere, por fim, que esta tendência pode ser, de fato, restrita aos Estados

Unidos, e sendo assim, Wacquant teria generalizado um fenômeno particular (CAMPBELL, 2010, p. 70).

Para compreender de que modo Wacquant busca articular o fenômeno do recrudescimento penal nos Estados Unidos e seus ecos na Europa, em especial na França, e na América Latina, em especial no Brasil, é necessário situar de que modo o autor percebe a conexão estabelecida entre esses países.

A difusão do modelo de penalidade adotado pelos Estados Unidos foi sustentada pelo aparente sucesso das políticas de controle da criminalidade adotadas pela cidade de Nova Iorque. Estas políticas, por sua vez, tinham por base a chamada teoria das “janelas quebradas” (*broken windows theory*), concebida pelo *Manhattan Institute*¹, segundo a qual a solução para o combate ao crime está no controle/repressão dos pequenos distúrbios cotidianos e na realização de melhorias no espaço urbano.

A teoria das “janelas quebradas” repercutiu, no caso do Brasil, em diferentes políticas de urbanização em áreas marginalizadas em grandes cidades². Perpassa essas

¹ Criado, em 1978, na cidade de Nova Iorque, o Manhattan Institute tem grande influência na formação da cultura política americana. O instituto, por meio da realização e divulgação de pesquisas, procura influenciar a formulação de políticas públicas em diferentes áreas. Em seu portal na *internet*, o Instituto é definido como é um *think tank*, cuja missão é desenvolver e disseminar novas ideias que promovam uma maior escolha econômica e responsabilidade individual (2012).

² Um exemplo recente é o projeto *Espaços Urbanos Seguros*, ação integrante do *Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania* – PRONASCI, do Ministério da Justiça. Na ação, proposta em parceria com Estados e municípios, os espaços urbanos seguros são definidos como “ambientes públicos planejados, projetados e administrados de forma participativa com vistas a reduzir incidência de delitos e da violência, aumentar a sensação de segurança das pessoas que o utilizam, bem como a sua permanência no local e a apropriação da comunidade para atividades de convivência, melhorando,

políticas a concepção de que a recuperação de áreas urbanas tem reflexo no controle da criminalidade.

A política de *Tolerância Zero* adotada pela prefeitura de Nova Iorque foi responsável pela redução dos serviços sociais e ampliação da aplicação rigorosa da lei sobre delitos de menor potencial ofensivo (embriaguez, jogatina, pequenos furtos, mendicância, não pagamento de transporte, prostituição, atentados aos costumes, simples ameaças). O sucesso da política foi divulgado pelo mundo como solução para o controle da criminalidade¹. No entanto, de acordo com Wacquant (2001, p. 29), a queda da criminalidade em Nova York, foi associada de forma prematura à política de tolerância zero.

A política é retransmitida como um programa ideológico a ser adotado por diferentes países:

E, com ela, a retórica militar da 'guerra' ao crime e da 'reconquista' do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a 'invasores estrangeiros' – o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente. (WACQUANT, 2001, p. 30).

assim, a qualidade de vida da população” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009, p.1).

¹ No Brasil, “em janeiro de 1999, depois da visita de dois altos funcionários da polícia de Nova York, o governador de Brasília, Joaquim Roriz, anuncia a aplicação da ‘tolerância zero’ mediante contratação imediata de 800 policiais civis e militares suplementares, em resposta a uma de crimes de sangue do tipo que a capital brasileira conhece periodicamente” (WACQUANT, 2001, p. 33).

A aplicação da política de tolerância zero, nos Estados Unidos, resultou na detenção e revista de um número elevado de indivíduos, com base em seu vestuário, aparência, comportamento e cor da pele. As detenções eram, em sua maioria, consideradas injustificáveis pelos promotores de justiça e ocasionavam a sobrecarga de tribunais e instituições penitenciárias (WACQUANT, 2001, p. 35).

Trata-se, na análise feita pelo autor, de uma estratégia política segundo a qual:

Fazer da luta contra a delinquência de rua um espetáculo moral permite aos atuais governantes (como também aqueles que os antecederam) reafirmar simbolicamente a autoridade do Estado no exato momento em que eles declararam sua impotência na frente econômica e social. (WACQUANT, 2007, p. 454).

A prisão é tomada, nesse contexto, como um mecanismo que torna invisível, ou menos visível, as transformações econômicas relacionadas ao processo de globalização e a adoção da via neoliberal. Ela permite que se retire do corpo da sociedade aqueles que estão fora do mercado (delinquentes, desempregados, sem-teto, imigrantes sem documentação, toxicômanos e até mesmo deficientes e doentes mentais) e cuja existência depende da vinculação a rede de proteção social (WACQUANT, 2007, p. 455).

Tal argumento é reforçado pela observação de Campbell de que embora não tenha sido construído com esta intenção, o sistema penitenciário, nos Estados Unidos, colabora, de modo evidente, para a redução das taxas de desemprego neste país (CAMPBELL, 2010, p. 61).

Para Wacquant, o aumento da taxa de encarceramento não está relacionado ao aumento da taxa de criminalidade, mas sim a uma forma específica de controle social.

Esse é o primeiro motivo que identifica para denominar o recrudescimento do encarceramento na França de *aberração carcerária*. É curioso observar que o aumento do número de indivíduos encarcerados, não se relaciona com a taxa de criminalidade e também não contribui, de acordo com Wacquant (2007, p. 457), para sua diminuição.

Nesse contexto, atendendo aos seus interesses econômicos, a privatização dos estabelecimentos prisionais ganha respaldo entre significativa parcela da sociedade norte-americana¹. A privatização de presídios, negócio reconhecidamente lucrativo nos Estados Unidos, é um fenômeno que perpassa, na análise de Campbell, todas as camadas da sociedade: por um lado, pune a classe ‘mais baixa’, que preenche as prisões, por outro lado, beneficia a classe ‘alta’, sua proprietária, e emprega a classe média, que a dirige (CAMPBELL, 2010, p. 61)².

Sobre o estado atual das instituições carcerárias, Wacquant alerta que:

Instituição baseada na força e operando à margem da legalidade (malgrado as recomendações reiteradas por muitas comissões oficiais, os detentos franceses nem sempre dispõem de um estatuto jurídico definido) a prisão é um cadinho de violências e de humilhações diárias, um vetor de desagregação familiar, de desconfiança cívica e de alienação individual E, para muitos detentos marginalmente implicados em atividades ilícitas, é uma escola de formação, e até mesmo de

‘profissionalização’, na carreira do crime. (WACQUANT, 2007, p. 454).

Longe de cumprir sua missão de reintegração social, a prisão, conforme apresentada pelo autor, reforça a condição de marginalidade em que se encontra o indivíduo encarcerado.

1. A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA: EUA, FRANÇA E BRASIL

No ano 2000, 8.6 milhões de indivíduos encontravam-se em instituições penitenciárias em todo o mundo, dez anos depois, esse número aumentou para 10.1 milhões de indivíduos encarcerados (WASLEY, 2000, 2010). Cabe destacar que metade desses indivíduos encontravam-se nos Estados Unidos, Rússia ou China. Atualmente os Estados Unidos possui a maior taxa de população prisional do mundo. São 730 indivíduos presos a cada 100 mil habitantes (ICPS, 2012).

Segundo Wacquant, nos Estados Unidos, a “triplicação da população penitenciária em 15 anos é um fenômeno sem precedentes nem comparação em qualquer sociedade democrática, ainda mais por ter se operado durante um período em que a criminalidade permanecia globalmente constante e depois em queda” (WACQUANT, 2001, p. 81).

Mais interessante do que avaliar os números de indivíduos encarcerados nos Estados Unidos é avaliar quem são os indivíduos que se encontram nesta situação. Ou seja, qual a parcela da população que foi diretamente atingida pelo desenvolvimento da atividade penal no país. Sobre essa questão, Wacquant observa que:

Contrariamente ao discurso político e midiático dominante, as prisões americanas estão repletas não de criminosos perigosos e

¹ Sobre a discussão da privatização de instituições penitenciárias no Brasil, Lemgruber afirma que “a privatização é inaceitável sobretudo do ponto de vista ético e moral. Numa sociedade democrática, a privação da liberdade é a maior demonstração de poder do Estado sobre seus cidadãos e, como tal, só deve ser exercida pelo próprio Estado” (LEMGRUBER, 2001, p. 16).

² Tradução livre

violentos, mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundo das parcelas precarizadas da classe trabalhadora e, sobretudo, das famílias do subproletariado de cor das cidades atingidas diretamente pela transformação conjunta do trabalho assalariado e da proteção social (WACQUANT, 2001, p. 85).

Wacquant (2001) discute, no caso norte-americano, o peso financeiro do encarceramento em massa como política de “luta contra a pobreza” bem como a questão do aumento contínuo e envelhecimento da população carcerária. O autor aponta que no Estado da Califórnia, o custo anual de cada prisioneiro é de 22.000 dólares. Para diminuição dos custos, o Estado tem adotado medidas de corte nos recursos, que já são escassos, destinados a ensino, esporte, entretenimento e projetos de reinserção nos estabelecimentos penitenciários e tem transferido os custos da carceragem para os presos e suas famílias (WACQUANT, 2001, p. 89).

A introdução de trabalho desqualificado, com baixa-remuneração e potencial formativo, em massa no interior dos presídios também é uma estratégia norte-americana para diminuição dos impactos do custo carcerário no país¹.

A análise do que Wacquant (2001) denomina de política estatal de criminalização das consequências da miséria aponta que, nos Estados Unidos, os

¹ No Brasil, o projeto *Pintando a Liberdade*, do Ministério do Esporte, incentiva a instalação de fábricas de materiais esportivos no interior dos estabelecimentos prisionais. De acordo com o Ministério do Esporte, ao participar da iniciativa “além da profissionalização, os detentos reduzem um dia da pena para cada três dias trabalhados e recebem salário de acordo com a produção” (MINISTÉRIO DO ESPORTE, 2012). É necessário analisar, com mais vagar, o projeto para fins de comparação com as iniciativas norte-americanas.

serviços sociais vão sendo transformados em instrumentos de vigilância e controle das novas “classes perigosas”, em especial da juventude². Por fim, a prisão estabelece-se uma espécie de *continuum* destino da população negra e jovem proveniente dos guetos. Constitui-se o que o autor identifica como ditadura sobre os pobres caracterizada pela deslegitimação das instituições legais e judiciárias; a escalada da criminalidade violenta, dos abusos policiais (dirigidos a população jovem, negra e pobre), a criminalização dos pobres, a utilização de práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos de cidadania.

As consequências das políticas neoliberais – precariedade e pobreza de massa, insegurança social, desigualdade social, segregação, criminalidade e abandono das instituições públicas - são tratadas, no processo de criminalização da miséria, como questões individuais, relacionadas à questões morais. Como resposta a decadência econômica e a segregação social, aponta-se para o endurecimento da intervenção penal. Para Wacquant, “à violência da exclusão econômica, ele [o Estado] oporá a violência da exclusão carcerária” (WACQUANT, 2001, p. 74).

O objetivo do senso penal, difundido a partir do modelo norte-americano:

Não é mais nem prevenir o crime, nem tratar os delinquentes visando o seu eventual retorno à sociedade uma vez sua pena cumprida, mas isolar grupos considerar perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada

² Hallsworth e Lea destacam a contribuição de Wacquant para a discussão da importância relativa do sistema penal em relação a um espectro de outras agências, públicas e privadas, através da qual novos mecanismos de controle do estado neoliberal estão sendo estabelecidos (HALLSWORTH; LEA, 2012, p. 193).

de comportamentos e uma gestão aleatória dos riscos, que se parecem mais com uma investigação operacional ou reciclagem de 'detritos sociais' que com trabalho social .(WACQUANT, 2001, p. 87).

Na perspectiva apresentada por Wacquant, a sociedade brasileira caracteriza-se por grandes disparidades sociais, pela pobreza e pelo crescimento alarmante da violência criminal. Este contexto está diretamente associado às representações sociais da juventude pois:

Na ausência de qualquer rede de proteção social, é certo que a juventude dos bairros populares esmagados pelo peso do desemprego e do subemprego crônicos continuará a buscar no 'capitalismo de pilhagem' da rua (como diria Max Weber), os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino, já que não consegue escapar da miséria do cotidiano. (WACQUANT, 2001, p.8).

A propagação do crime e do medo do crime ocorrem, no país, de acordo com Wacquant (2001, p. 8) por conta da difusão das armas de fogo, o desenvolvimento de uma economia estruturada da droga ligada ao tráfico internacional e a mistura entre o crime organizado e a polícia.

A entrada do jovem no mundo da criminalidade necessita ser analisada, à luz da teoria sociológica, não como uma opção pessoal, reduzida, portanto à esfera individual, mas como uma expressão da dinâmica estabelecida entre o indivíduo e a sociedade na qual se insere. A certos tipos de indivíduos são imputadas certas classes de comportamento e dentro do processo de criminalização da marginalidade, são

consideradas elevadas as probabilidades de que a atividade criminosa venha a ser realizada pelo tipo de indivíduo socialmente marginalizado (COELHO, 2005, p. 284).

Este processo torna-se ainda mais eficaz quando a associação entre marginalidade social e criminalidade é:

Recoberta com o verniz da erudição dos técnicos e especialistas (sobretudo dos que trabalham em agências governamentais, já que normalmente têm menos liberdade para divergir das concepções oficiais), ficam justificados e legitimados programas públicos de redução da marginalização social, os quais, no geral e nesse contexto de justificação, agravam o estigma da pobreza. (COELHO, 2005, p.287).

Dada a complexidade da questão da criminalidade e da violência no Brasil, torna-se de difícil apreensão a relação de conexão entre a penalidade neoliberal, representada pelo modelo norte-americano, e o Sistema de Justiça Criminal, ou seja, da atividade penal. Faz-se necessária, a discussão, para além do que propõe Wacquant (2001) das especificidades do caso brasileiro, como por exemplo, da fragilidade, no país, das políticas de bem-estar social e das condições dos estabelecimentos penais, ainda mais precárias do que as apontadas pelo autor, no caso norte-americano e ou europeu.

Nesse sentido, Lemgruber ressalta que, no Brasil:

a escassez de informações não só sobre o que ocorre no próprio país, mas também sobre experiências internacionais deixa espaço para a reprodução de crenças e mitos que há muito já vem sendo questionados em outras partes do mundo – como, por exemplo, a

eficácia da pena de morte, os benefícios do 'endurecimento penal', as vantagens da privatização de prisões e os efeitos dissuasivos da pena privativa de liberdade (LEMGRUBER, 2001, p. 1)

A autora destaca ainda que a ausência de estudos que comparem as curvas de criminalidade e de encarceramento no Brasil impede que se estabeleça uma relação entre o aumento de crimes e o aumento da população carcerária (LEMGRUBER, 2001, p. 8).

Sem dúvida, como Wacquant aponta, caminhamos, no Brasil, para um encarceramento em massa da população jovem, negra e miserável, como apontam os perfis estatísticos dos apenados¹. É interessante observar que o crescimento da população carcerária tem se mantido contínuo: entre 2000 e 2010, o aumento foi de 113%, o número de encarcerados passou de 232.755, em 2000, para 496.251, em 2010 (DEPEN, 2012).

O déficit de vagas no Sistema Penitenciário tem motivado frequente debate sobre a necessidade de investimento, por parte do Estado, na construção de novos estabelecimentos penitenciários. A influência da cultura do mote norte-americano de privatização de instituições prisionais já é parte da discussão, sendo motivo de alerta por parte dos especialistas. Lemgruber aponta que “países com o Brasil, que precisam investir na redução da pobreza e das miseráveis condições de vida de parcelas tão

¹ Dados compilados pelo Departamento Penitenciário Nacional registram que, no ano de 2009, 59% da população carcerária é composta por jovens entre 18 e 29 anos. Neste mesmo ano, 5,5% da população carcerária era composta por analfabetos, 10,4% eram alfabetizados e 38% possuíam o ensino fundamental incompleto. Se somarmos o quantitativo, temos 54% dos encarcerados com baixíssima escolaridade.

grandes da população, não podem deixar-se iludir pelo falso fascínio das prisões privadas” (LEMGRUBER, 2001, p. 18).

A solução da criminalidade, no país, não se reduz, nesse sentido, a iniciativa de construção de estabelecimentos penais. Como alerta Lemgruber:

Se, em outros países, não se consegue demonstrar que o encarceramento é justificável em termos de custo-benefício, há muito pouco, realismo em supor que, no Brasil, a mera multiplicação de prisões e de presos, com um gigantesco aumento de gastos, poderia produzir resultados compensadores no controle da criminalidade. Mais realista é investir na diversificação das formas e recursos punitivos à disposição da Justiça, reservando a pena privativa de liberdade para aqueles que, efetivamente, precisam ser afastados do convívio social (LEMGRUBER, 2001, p. 24).

No caso da França, Wacquant aponta para o fenômeno que denomina de *explosão programada da população carcerária* e destaca que ao ultrapassar 60.000 presos, a França chega a um número recorde de presos desde o final da segunda guerra mundial (WACQUANT, 2007, p. 451).

Ao identificar a afirmação, pelo Ministério da Justiça francês, de uma explosão da delinquência juvenil, Wacquant (2001) esclarece que os dados estatísticos apontam que as infrações cometidas por jovens não aumentaram nem diminuíram e estas não se tornaram mais violentas, ou seja, a afirmação da violência urbana:

É um absurdo estatístico que mistura tudo e qualquer coisa, que o Ministério da Justiça invoca para excluir, das medidas de

limitação da detenção provisória, os indivíduos detidos no contexto de comparecimentos imediatos, ou seja, a metade das prisões preventivas (40.000 a cada ano) – que, como é sabido, atingem prioritariamente os membros das classes populares e dos bairros relegados. (WACQUANT, 2001, p. 69).

A manipulação dos dados estatísticos, pelos órgãos oficiais, expressa a necessidade de justificar, ainda que forma incompreensível, o processo de criminalização da pobreza e da juventude. Sobre a política de segurança pública do Estado neoliberal, Wacquant (2001, p. 70) questiona:

Quem, seriamente, pode de fato acreditar que prender algumas centenas de jovens a mais (ou a menos) mudará o que quer que seja no problema que insistem até mesmo em se recusar a nomear: o aprofundamento das desigualdades e a generalização da precariedade salarial e social sob o efeito das políticas de desregulamentação e da deserção econômica e urbana do Estado?.

Na conexão estabelecida, por Wacquant, entre a penalidade neoliberal norte-americana e a francesa, o elemento do crescimento exacerbado do sistema penitenciário, encontra menor força nos dados empíricos, se comparado aos Estados Unidos e ao Brasil. Tal afirmação se justifica pelo crescimento de 37% da população carcerária, na França, no intervalo compreendido entre 2000 e 2010, passando de 48.835, em 2000, para 66.925 indivíduos encarcerados, em 2010. Como visto, no mesmo período, no Brasil a taxa de crescimento foi de 113%.

Como demonstrado na tabela abaixo, os países, que ocupam lugar central na análise da obra *As prisões da Miséria*, apresentam uma população carcerária significativa e cujo crescimento, como demonstram a análise de suas séries históricas, tem sido contínuo.

TABELA 1 – TAXA DE ENCARCERAMENTO POR 100 MIL HABITANTES – BRASIL, EUA E FRANÇA - 2011

PAÍS	POPULAÇÃO PRISIONAL	POPULAÇÃO PRISIONAL POR 100.000 HABITANTES
Brasil	514.582	260
EUA	2.266.832	730
França	67.073	101

FONTE: ICPS, 2012.

Wacquant ressalva que “na maioria dos países europeus, o aumento dos efetivos presos deveu-se à maior duração das detenções mais do que uma grande inflação das condenações à privação de liberdade, ao contrário dos Estados Unidos” (WACQUANT, 2001, p. 102). Segundo o autor, aplica-se a França a observação sobre o aumento na duração das penas aplicadas.

No entanto, destaca-se, no exemplo francês, a associação de um tratamento social e um tratamento penal das consequências, já citadas neste artigo, da adoção da doutrina neoliberal. Como indica o autor:

A tentação de se apoiar nas instituições judiciárias e penitenciárias para eliminar os efeitos da insegurança social

engendrada pela imposição do trabalho assalariado precário e pelo retraimento correlato da proteção social também se faz sentir em toda a parte na Europa, e peculiarmente na França, à medida que aí se manifestam a ideologia neoliberal e as políticas por ela inspiradas, tanto em matéria de trabalho como de justiça. (WACQUANT, 2001, p. 102).

Nos países estudados, o autor observa a “reengenharia do Estado para promover as condições econômicas e sociomorais que se aglutinam sob o neoliberalismo hegemônico e que buscam responder a elas” (WACQUANT, 2012, p.9). Percebe-se, portanto, na conexão proposta por Wacquant, o reforço do papel do Estado de organização coletiva da violência, de manutenção da ordem estabelecida e submissão dos dominados.

2. A ATUALIDADE DO MODELO PROPOSTO POR WACQUANT

Em artigo intitulado *A tempestade global da lei e da ordem*, Wacquant (2012) revê o modelo construído por ele sobre a relação entre o neoliberalismo e a penalidade punitiva. Segundo o autor:

A tempestade global da lei e da ordem estendeu-se dos países do Primeiro Mundo para os do Segundo Mundo e alterou a política e as práticas de punição em todo o globo de uma forma que ninguém previa e que ninguém teria pensado como possível há cerca de 15 anos. (WACQUANT, 2012, p. 7).

O artigo, publicado em 2012, propõe uma reflexão sobre a repercussão¹ da obra *As prisões da Miséria*. Sobre a obra, o autor esclarece que seu:

Argumento central estabelece um elo entre a reestruturação neoliberal e a punição: o ‘Consenso de Washington’ sobre a desregulamentação econômica e a retração do Estado do bem-estar foi ampliado para abranger o controle do crime punitivo porque a ‘mão invisível’ do mercado necessita do “punho de ferro” do Estado penal e convoca-o. (WACQUANT, 2012, p. 8).

Motivado pelo crescimento excepcional do aparato de Justiça Criminal no gueto negro nos Estados Unidos e de sua agressividade, Wacquant escreve *As prisões da Miséria*, evidenciando em sua obra a substituição nos Estados Unidos e na Europa do bem-estar social pela gestão penal da marginalidade urbana.

A reflexão do autor sobre a obra o leva a compreensão de que o fenômeno da penalidade neoliberal espalhou-se a partir dos Estados Unidos não só pela Europa como também pela América Latina. Observando a realidade política em diferentes partes do globo, Wacquant constata que:

Embora eu tivesse mirado com minha análise o cerne da União Europeia, o modelo do vínculo entre neoliberalismo e tratamento punitivo da insegurança nele esboçado era ainda mais pertinente à periferia do Velho Mundo, apanhada nos

¹ A obra intitulada *Les Prisons de la misère* publicada na França em 1999, foi traduzida e republicada em mais de 12 idiomas em apenas poucos anos após sua publicação original. O autor foi convocado, após a divulgação da publicação, por universidades, organizações profissionais, políticas e governamentais a debater sua obra e proferir palestras em diferentes locais do mundo sobre o modelo que havia proposto.

estertores da conversão pós-soviética e aos países do Segundo Mundo marcados por uma história de autoritarismo, uma concepção hierárquica da cidadania e pobreza em massa, sustentada por desigualdades sociais excessivas e crescentes, nas quais a punição da pobreza certamente terá consequências calamitosas. (WACQUANT, 2012, p, 11).

Para o autor, o debate sobre a penalidade neoliberal, ou em outros termos, sobre a criminalização da miséria nos países que adotaram a doutrina neoliberal mantém-se atual e é necessário examinar com minúcia os processos de seleção e tradução de noções e medidas penais que passam despercebidos na análise dos Sistemas Jurídicos (WACQUANT, 2012, p. 16).

Tal esforço analítico é fundamental para a compreensão da conexão estabelecida, por Wacquant, entre o Sistema de Justiça Criminal norte-americano, francês e brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo propôs-se a analisar, a partir da obra *As prisões da Miséria* (2001) de Loïc Wacquant, a conexão estabelecida pelo autor entre o desenvolvimento da doutrina neoliberal e o recrudescimento do Estado Penal.

Wacquant aponta que, na França e no Brasil, a doutrina norte-americana encontra o interesse e a anuência das autoridades dos países destinatários (WACQUANT, 2001, p. 52) e o encarceramento, ainda que sujeito à adaptações às tradições políticas e intelectuais nacionais, é adotado como uma solução para a criminalidade e para as consequências sociais postas pela desregulação econômica.

Trata-se, portanto, para além de um projeto político, de uma escolha acerca do tipo civilização que se pretende: que caminhe para o fortalecimento do Estado penal ou para a reconstrução efetiva das capacidades sociais do Estado.

Nesse sentido, o debate está posto para a sociedade como um todo, como alerta Lemgruber:

Quem paga impostos neste país precisa entender que, por trás de tudo isto, está uma política de combate à criminalidade equivocada, que aposta no endurecimento da legislação penal como instrumento para garantir a nossa segurança e que tem despejado nas cadeias, com extrema rapidez, um número de presos muito superior àquele que o Sistema de Justiça Criminal consegue digerir e colocar de volta na rua (LEMGRUBER, 2001, p. 29).

Sobre o propósito de sua obra *Prisões da Miséria* e publicações subsequentes sobre o tema, Wacquant esclarece que objetiva:

Uma análise descontinuista e difusionista que rastreie a circulação de discursos, normas e políticas punitivas elaboradas nos Estados Unidos como ingredientes constitutivos do governo neoliberal da desigualdade social e da marginalidade urbana” (WACQUANT, 2012, p. 13).

Tal objetivo nos instiga a ir além do que foi, de modo preliminar, analisado neste artigo e se coloca o desafio de perceber a conexão apontada por Wacquant por diferentes caminhos.

É possível compreender a penalidade neoliberal a partir da discussão da ampliação da legislação penal bem como da adoção de legislações similares às já adotadas por outros países ou ainda do debate social acerca de questões como a pena de morte ou a redução da maioridade penal. Ou seja, devemos buscar novas perspectivas que ampliem e qualifiquem a discussão da globalização da penalidade neoliberal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAMPBELL, John L. Neoliberalism's penal and debtor states. A rejoinder to Loïc Wacquant. *Theoretical Criminology*. Califórnia: V. 14, n.1, 2010, p. 59-73. Disponível em: <<http://www.cmc.sagepub.com>>. Acesso em 10 setembro 2012.
- COELHO, Edmundo. A Criminalização da Marginalidade e a Marginalização da Criminalidade. In: _____. *A oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade*. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 255-287.
- DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. *Estatísticas do Sistema Prisional*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/>>. Acesso em 11 setembro 2012.
- HALLSWORTH, Simon e LEA, John. Reconnecting the king with his head: The fall and the resurrection of the state in criminological theory. *Crime Media Culture*. Terre Haute: 2012, n.8, p. 185-195. Disponível em: <<http://www.cmc.sagepub.com>>. Acesso em 10 setembro 2012.
- ICPS. Internacional Centre of Prison Studies. *World Brief*. [online]: 2012. Disponível em <www.prisonstudies.org>. Acesso em 9 setembro 2012.
- LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. *Revista Think Tank*. São Paulo: n. 15, 2001, p. 1-29. Encarte. Disponível em: <<http://www.institutoliberal.org.br/revista.asp?cds=81>>. Acesso em 10 setembro 2012.
- MANHATTAN INSTITUTE. *Portal do Manhattan Institute for Policy Research*. Disponível em: <<http://www.manhattan-institute.org>>. Acesso em 09 setembro 2012.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema Penitenciário no Brasil*. Dados Consolidados. Brasília: Ministério da Justiça, 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/>>. Acesso em 11 setembro 2012.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Espaços Urbanos Seguros: ORIENTAÇÕES GERAIS*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZ>>. Acesso em 11 setembro 2012.

MINISTÉRIO DO ESPORTE. *Pintando a liberdade Pintando a Cidadania*. Disponível em: < <http://www.esporte.gov.br/pintando/default.jsp>>. Acesso em 11 setembro 2012.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *Os condenados da cidade: estudo sobre marginalidade avançada*. Rio de Janeiro: REVAN, 2001a.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: REVAN, 2007.

_____. A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo. *Revista de Sociologia e Política*. Curitiba: v. 20, n. 41, p. 7-20, fev. 2012.

WASLEY, Roy. *World Prison Population List* (second edition). Londres: Great Britain Home Office Research Development and Statistics Directorate, 2000. Disponível em:

<<https://www.ncjrs.gov/App/publications/Abstract.aspx?id=188210>>. Acesso em 10 setembro 2012.

_____. *World Prison Population List* (ninth edition). Londres: Internacional Centre for Prison Studies, 2010. Disponível em: <<http://www.idcr.org.uk/wp-content/uploads/2010/09/WPPL-9-22.pdf>> . Acesso em 10 setembro 2012.

ARTE E CULTURA: ESTRATÉGIAS PARA A PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE JUVENIL

Luciana Ferreira Custodio¹

RESUMO

Políticas públicas e iniciativas de organizações não governamentais voltadas para a prevenção da criminalidade juvenil, têm empregado programas baseados em atividades artísticas e culturais, como dança, música, artes visuais, dentre outras. A popularização dessas estratégias se deve em parte à expectativa de que sejam eficazes para auxiliar no desenvolvimento de habilidades criativas, construção de identidades, autodisciplina e espaço de fomento, cooperação e protagonismo juvenil. O objetivo do presente artigo é apresentar parte da literatura contemporânea sobre o tema por meio de revisão bibliográfica. Este trabalho é parte de uma pesquisa de dissertação de mestrado em Sociologia na qual objetiva-se compreender com o uso de métodos qualitativos a relação entre atividades artístico-culturais e prevenção da criminalidade juvenil. A pesquisa encontra-se em fase inicial de estudo bibliográfico, mas já é possível identificar duas principais linhas de argumentação presentes na literatura. A primeira atribui à participação em atividades culturais capacidade de proporcionar aos jovens em situação de risco social ou já envolvidos com a criminalidade, espaços para o desenvolvimento de suas potencialidades artísticas, elevando sua autoestima e proporcionando o reconhecimento e adesão a outras identidades, diferentes das que são imputadas a eles como jovens pobres moradores da periferia. Algumas experiências nacionais e internacionais mostram que programas artísticos e culturais implementados

nessas comunidades minimizam a adoção por esses jovens de um estilo de vida violento além de reduzir a reincidência em atos infracionais. A segunda vertente aponta que essas estratégias se fundamentam na premissa de manter os jovens ocupados e por isso, têm efeito positivo somente durante a participação no programa e não, no longo prazo. A reflexão em torno das avaliações dos programas e projetos que tem por estratégia a oferta de atividades artísticas e culturais é importante para o aperfeiçoamento da política pública de prevenção à violência e criminalidade.

Palavras-chave: Juventude. Criminalidade. Prevenção. Arte.

ABSTRACT

Public policy and initiatives from non-governmental directed to prevent juvenile criminality has employed programs based on artistic and cultural activities, as dance, music, visual arts, among others. Popularizing these strategies is given, in part, by the expectation that it will be effective on helping on the development of creative abilities, identity construction, self-discipline and places to improve, cooperate and youth leadership. The goal of this article is to present part of contemporary discussion through literature review. This work is part of a master's dissertation in sociology which goals understand through qualitative methods the relation between artistic-cultural activities and juvenile criminality prevent. The research is on initial phase of literature review, but it is already possible identify two main argument lines on the literature. The first argument believes that participation on cultural activities is capable to providing to these young people, in social risk situation or already involved with criminal activities, places to develop artistic potential, improving their self-esteem and purposing recognize and join another identities, different from those assigned to them as poor youth from the periphery. Some national and international experiences shows that these artistic and cultural programs employed on these communities

¹ Bacharel em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais.

decrease adherence to a violent lifestyle, besides also reduce recidivism in infractions. The second argument line points that these strategies is based on premise that keeping these young people occupied has a positive effect just while they are on the program and not on long-term. The reflection around the evaluation of these programs and projects which offer artistic and cultural activities is important to improve the public policies to prevention of violence and crime.

Key-words: *Youth; criminality; Prevention; Art.*

INTRODUÇÃO

As principais regiões urbanas brasileiras alcançaram desde a década de 80 com acentuada elevação na década de 90, altos índices de criminalidade em especial de homicídios. Em 2003, o país passou a marca de 50 mil homicídios naquele ano (RAMOS, 2006). As vítimas e autores são majoritariamente jovens, do sexo masculino, negros e moradores das periferias das grandes cidades, o que aponta que a violência letal tem uma geografia específica. Grande parte do aumento da violência juvenil é devido à participação de jovens em gangues e quadrilhas associadas a atividades criminosas, geralmente o tráfico de drogas. No restante da América Latina, o envolvimento dos jovens com a criminalidade também tem se dado por meio da atuação nesses grupos que não se resume apenas ao comércio das drogas, mas a um modo de socialização juvenil disponível em diversos contextos vulneráveis como favelas e comunidades periféricas urbanas (BEATO, 2012). Observa-se nesses ambientes uma conjunção de fatores que contribuem para o aumento de oportunidades para o crime. A ausência de regulação pelo Estado nas áreas de infraestrutura e segurança favorece a atuação de grupos criminosos e atividades ilegais que conduz, no longo prazo, à mecanismos de reprodução da violência incidindo sobre a socialização de crianças e jovens.

Dada a complexidade do fenômeno da violência criminal, as instituições da ordem pública se defrontam com um problema multidimensional que abarca a capacidade do Estado em reduzir as desigualdades sociais e a atuação eficiente dos órgãos de segurança pública. A dimensão social do problema sinaliza para além da ação repressiva, a necessidade de intervenção preventiva direcionada para os fatores de risco da população alvo. Uma estratégia que tem se mostrado exitosa para tal é a adoção de atividades artísticas e culturais nos programas e projetos dedicados à prevenção da criminalidade juvenil em contextos vulneráveis.

1. SOCIALIZAÇÃO JUVENIL E VIOLÊNCIA

A atuação de gangues locais compostas em geral por jovens da própria localidade confere certo fetiche à figura de seus integrantes, que por diversas vezes são admirados pelos demais jovens da comunidade pelo poder, visibilidade e reconhecimento que adquirem, além dos ganhos financeiros ligeiramente superiores ao do mercado de trabalho (ZALUAR, 1985). Alguns autores que discutem as motivações para a inserção de jovens no crime, em especial nas atividades do tráfico de drogas, ressaltam que reconhecimento, visibilidade, poder e fama são importantes fatores que determinam tal inserção (ZALUAR 1985; FEFFERMANN 2006; SOARES; ATHAYDE 2005). Tais fatores por se caracterizarem como bens simbólicos, podem muitas vezes se sobrepor à motivação de cunho financeiro, que é relevante principalmente para jovens de menor poder aquisitivo. As vantagens econômicas superiores às oferecidas pelo mercado de trabalho e a possibilidade de obtenção de poder e visibilidade, são deste modo chamarizes na cooptação de jovens. Além disso, devido às escassas oportunidades de engajamento em um grupo no qual se identificam, jovens de periferia terminam por aderir às gangues locais, sendo socializados em um estilo de vida baseado na violência. A adesão de jovens nas atividades criminosas perpetradas por esses grupos é devida, portanto, a uma conjunção de fatores.

“A soma da ausência de poder público, Justiça e família com as variáveis clássicas de desorganização, tais como famílias desestruturadas, gravidez precoce, pouco tempo em escolas, além do alcoolismo e do [uso de drogas], resulta no surgimento de gerações de jovens com baixo grau de supervisão, cujos familiares têm limitado controle sobre seus comportamentos.

A atividade destes jovens nas quadrilhas locais é favorecida pela deficiência nas instâncias de controle como a família e a escola, assim como a inexistência de demais espaços para exercício da sociabilidade juvenil na comunidade. A baixa eficácia coletiva nessas localidades também incide sobre a ausência de controle social informal efetivo capaz de inibir ações criminosas no território (GREENBERG; ROHE, 1986; SAMPSON, 2003). Diante disso, medidas de prevenção pautadas na criação de instâncias legítimas de socialização, pode ser uma estratégia eficaz de redução do envolvimento de jovens nas atividades criminosas das gangues locais.

2. PROGRAMAS DE PREVENÇÃO DA CRIMINALIDADE JUVENIL

Medidas de controle da criminalidade pautadas somente em ações repressivas não surtem o mesmo efeito de quando combinadas com medidas preventivas (SAPORI, 2007). Essas se baseiam tanto na minimização dos fatores de geração de desigualdades sociais – desemprego, pobreza, segregação socioespacial, dentre outros – como também em medidas capazes de evitar que o crime aconteça como a redução das oportunidades situacionais que o favorecem (SAMPSON, 2003; COHEN; FELSON, 1979).

A prevenção social do crime é encarada como essencial na diminuição dos índices de violência e do controle da criminalidade. Apesar do avanço no que diz respeito ao desenho de políticas públicas baseadas na prevenção e repressão sendo o foco de experiências cada vez mais exitosas na América Latina (SAPORI, 2007), muitos governos ainda resistem à implantação de políticas de segurança com os dois enfoques (RAMOS, 2006). Dentre as abordagens promissoras de políticas de

segurança pública preventivas voltadas para crianças e jovens, destacam-se: a prevenção da inserção em gangues; os programas de recreação para crianças após o horário escolar; o envolvimento dos pais na vida escolar dos filhos e programas que ensinam novas habilidades cognitivas e emocionais para crianças e jovens. (SHERMAN apud SAPORI 2007).

Como a regularidade do fenômeno criminal acontece em pontos específicos, os chamados *hot spots*, tem-se difundido a importância de medidas preventivas locais baseadas no envolvimento da comunidade. Tanto para fomentar a criação de controle social informal entre vizinhos quanto para definir as prioridades de ações para a segurança, Estado e comunidade têm procurado soluções conjuntas para o problema da segurança. As experiências de policiamento comunitário e criação de conselhos de segurança pública (CONSEP's) são parte dessas iniciativas. A França desde a década de 80 criou conselhos locais de prevenção do crime com a participação dos setores da educação, serviços sociais e a polícia. Conselhos similares foram criados no Canadá. Holanda e o Reino Unido estipularam parcerias com a comunidade para combater o crime por meio do projeto "Crime and Disorder" em 1998.

As trajetórias que levam um jovem a se envolver no crime variam para cada indivíduo, assim como o tempo que eles vivem esse estilo de vida. Alguns o deixam sem a necessidade de qualquer tipo de intervenção (BAKER; WEATHERBURN apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). O avanço para os anos da idade adulta também é relatado com diminuição da atividade criminosa (FARRINGTON, 1986). As experiências bem sucedidas de prevenção da criminalidade juvenil em programas sociais comunitários mostram que grande parte de seu sucesso está no fato de terem sido concebidos, planejados e executados localmente (RAMOS 2006; AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). No relatório sobre quais tipos de programas funcionam para reduzir o envolvimento de

jovens com o crime¹, o Instituto Australiano de Criminologia aponta que os programas devem ser culturalmente específicos e focalizados para o público alvo. Além disso, aqueles que são orientados para as necessidades individuais como habilidades cognitivas e emocionais parecem ser mais eficazes.

De modo geral, alguns princípios são considerados importantes: a) programas que abordam vários fatores de risco têm um efeito maior; b) programas que englobam configurações sociais como a família, a escola e a comunidade podem ter impacto sobre o conjunto da vida do jovem; c) intervenção com jovens com maiores riscos de envolvimento com o crime no futuro pode ser benéfica; d) intensidade de impacto e tempo suficiente para a intervenção alcançar os objetivos desejados. Intervenções de base comunitária como tratamentos semanais durante longos períodos de tempo são promissores (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003).

Programas baseados no treinamento de competências sociais, cognitivas e comportamentais podem alterar a maneira como os jovens pensam e agem e, por conseguinte, a motivação para o comportamento criminoso. Segundo o Instituto Australiano de Criminologia (2003), os resultados avaliados em todos os modelos de programas que empregaram este tipo de intervenção sugerem que ela deve ser parte integrante de todos os programas que objetivam reduzir e prevenir o envolvimento de jovens com a criminalidade. Apesar do relatório não explicitar a quais tipos de práticas se referem o treinamento de competências sociais e cognitivas (como psicoterapia, atividades recreativas, formação profissional, etc.), parte da literatura indica que são aquelas atividades que desenvolvem o autocontrole, raciocínio moral, tomadas de

¹ Os exemplos de programas encontrados no Relatório provêm em sua maioria dos EUA devido a abundância, mas também de países como o Canadá, a Nova Zelândia, Austrália e Reino Unido. Segundo o relatório, havia uma escassez de avaliações de programas na Europa. A escassez de trabalhos nessa linha é ainda maior na América Latina.

decisão individuais e em conjunto além da criatividade e autoestima. A ausência ou escassez dessas habilidades somada aos demais fatores, contribuem para o comportamento criminoso de jovens.

Em uma análise de 200 estudos de intervenções com delinquentes juvenis graves, programas comportamentais e de treinamento de habilidades sociais alcançaram uma redução de aproximadamente 40% reincidência (LIPSEY; WILSON apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). O treinamento de habilidades interpessoais quando implementados localmente, procuram oferecer aos jovens um grupo de referência “pró-social” diferentemente do grupo de referência da quadrilha. Nessa perspectiva, Goldstein e Glick citados pelo Instituto Australiano de Criminologia (2003) utilizaram atividades artísticas em um programa de intervenção com 10 gangues juvenis em Nova York. Em oito meses houve uma taxa de reincidência de 13% em comparação com 52% no grupo de controle. O grupo mostrou ligeiras melhorias no controle da raiva e aprendizagem de habilidades interpessoais.

Alguns programas abrangentes tratam os fatores de risco a partir de vários enfoques: aconselhamento, orientação (ou tutoria), programas recreativos, de educação e comunitários (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). Essa abordagem pretende ser mais ampla, atuando nas áreas de influência que possam contribuir para o comportamento criminoso do jovem, especialmente a família, a escola, os colegas e a comunidade. Propõe incorporar uma abordagem holística de gestão de processos com foco nas necessidades do indivíduo ao invés de fornecer um programa universal que não atinja os comportamentos problemáticos específicos da população alvo (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). Provavelmente esses programas alcançam os efeitos esperados somente com a interlocução dos vários setores da administração pública como a saúde, educação, assistência social, dentre outros, além da parceria com a comunidade.

O projeto South Carlton Youth, em Victoria na Austrália, que consistia em atividades de lazer e um centro de acolhimento, dentre outras ações, forneceu alternativas positivas para os adolescentes que estavam entediados e envolvidos com drogas¹ e outros comportamentos antissociais. Os resultados mostram que violência juvenil, crime, drogas e vandalismo foram significativamente reduzidos, além da melhoria em competências sociais e pessoais (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003).

Segundo Howell et al. citado pelo Instituto Australiano de Criminologia (2003), falta de rendimento, evasão e ausência de identificação com o ambiente escolar, são variáveis que estão relacionadas com o surgimento da delinquência. Assim, projetos que envolvam os alunos para além das aulas ministradas em sala podem aumentar o sentimento de pertença à escola e identificação com o espaço escolar, ajudando a prevenir o comportamento dos mais vulneráveis a se envolverem na criminalidade. Os resultados de programas baseados em formação educacional apontam que manter os jovens na escola tem se mostrado eficaz na prevenção e redução da delinquência, uma vez que a escola pode oferecer um ambiente construtivo e positivo para programas que vão além das aulas ministradas em sala (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). Muitas iniciativas escolares para diminuição da delinquência e indisciplina empregam programas recreativos, como atividades artísticas e esportivas.

3. PROGRAMAS RECREATIVO

Os programas de recreação têm sido frequentemente incluídos após as atividades escolares convencionais, nos fins de semana ou durante as férias. Esse tipo

¹O relatório não especifica se se tratavam de jovens usuários de drogas, traficantes ou ambos.

de intervenção não resolve os problemas do jovem infrator ou em risco, mas promove o aumento da autoestima através da aprendizagem espontânea de novas habilidades (CRISP apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). Tais programas proporcionam o desenvolvimento de competências sociais e cognitivas por meio das atividades que oferecem – basicamente esportivas e artísticas – além de favorecer a coesão da comunidade quando implantados localmente. Uma hipótese negativa é que a convivência com jovens infratores oferece oportunidades para os jovens em situação de risco de envolver-se no crime (HOWELL et al. apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). No entanto, a convivência com pares juvenis que não estão envolvidos com o crime pode trazer novas perspectivas para os já infratores e possibilidades de ressocialização dos mesmos.

São muitas as experiências bem sucedidas de projetos baseados em atividades recreativas. Assim como relatado nas avaliações de programas de prevenção com outros enfoques, aqueles instalados localmente alcançaram mais resultados positivos. No Canadá, um programa pós-escola foi executado em um projeto habitacional público para crianças e jovens de cinco a quinze anos de idade. Foram desenvolvidas atividades esportivas, musicais e de dança. As prisões diminuíram 75% em relação às prisões na comunidade de comparação. No entanto, esse efeito não perdurou 16 meses após o projeto. Todavia, o comportamento antissocial diminuiu durante e após a execução do programa, mas manteve-se estável no grupo de controle (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003).

Um projeto em Los Angeles para reduzir a coesão entre gangues incluiu formação profissional, tutoria, terapia individual e recreação. A coesão da gangue estudada reduziu 40% e houve uma redução global em 30% de prisões de membros de

gangues¹. Este último percentual foi atribuído à existência de menos membros de gangues e, conseqüentemente, menos prisões. Apesar desses resultados a redução não foi mantida ao longo do tempo (KLEIN apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). Na Tasmânia, um programa baseado em atividades teatrais, resultou no aumento da autoestima dos participantes e na quebra de uma “cultura da violência” entre a juventude local. Verificou-se também uma diminuição acentuada na participação de jovens no crime e uma baixa taxa de reincidência entre os participantes (MURFORD; NELSON apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003).

Tais estratégias são vistas por alguns pesquisadores como eficazes em um curto período de tempo, pois se baseiam em manter os jovens ocupados durante o programa. Quando os jovens retornam ao estilo de vida da comunidade o efeito positivo não se sustenta ao longo do tempo (CASON; GILLIS apud AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). No entanto, há evidências de que quando direcionado para os fatores de risco da população alvo e implementado localmente, considerando o estilo de vida e aspectos culturais da comunidade, as chances do programa atingir resultados efetivos durante e após sua execução são maiores.

Comumente jovens envolvidos em gangues não se identificam com determinados valores morais da sociedade como a estima ao trabalho honesto (ZALUAR, 1985). Deste modo, inicialmente, são necessárias intervenções intensivas que despertem um forte sentimento de identificação a fim de socializá-los nos moldes valorativos da sociedade em geral. Atividades artísticas e culturais por favorecem o desenvolvimento da criatividade através da dança, música, artes visuais dentre outras, permitem que os jovens se expressem para criar sua própria identidade, em vez de tê-la

¹ O relatório não aponta quais variáveis foram utilizadas para mensurar coesão da gangue. (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003).

moldada pelas instituições tradicionais ou pelo estigma de jovens negros moradores da periferia. Estas ações podem ser importantes para prevenir que crianças e jovens desses espaços se insiram em atividades criminosas e especialmente para traçar um elo entre a marginalidade vivenciada por jovens infratores e outras trajetórias de vida. Após essa, intervenções direcionadas para o encaminhamento profissional e escolar têm mais chances de alcançarem êxito.

4. ARTE E CULTURA COMO ESTRATÉGIAS DE PREVENÇÃO

Atividades de arte e cultura como estratégias para redução e prevenção da violência são difíceis de mensurar porque geralmente compõem um conjunto de intervenções, tais como formação profissional, aulas de reforço, atendimento psicológico, dentre outros (AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY, 2003). No entanto, a literatura aponta que essa estratégia é comumente eficaz, peculiar e essencial para jovens iniciarem uma nova trajetória.

“One of the most natural and effective vehicles for gang members is the road of the arts, (...). New values only emerge through new experience, and the arts provide a unique laboratory where truth and possibility can be explored safely. Validating emotional safety is everything.” (WEITZ apud ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH, s/d).

Programas de arte ofertam uma gama de estilos desenvolvendo oportunidades para múltiplas formas de aprendizagem através da dança, música, dramaturgia, artes visuais e plásticas. Desenhos podem auxiliar na escrita, poesias e canções na memorização de fatos e o teatro torna a história dramatizada mais vivida e real. Assim, as artes influenciam no sucesso escolar e na capacidade de aprendizagem através da

promoção de habilidades cognitivas, sociais e emocionais (ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH, s/d). Programas de arte na comunidade geralmente engajam jovens em risco que são tipicamente pouco inseridos na família, escola ou comunidade. Experiências mostram que os problemas que muitos jovens em situação de risco enfrentam como baixa autoestima, insucesso escolar e uso de drogas são consideravelmente reduzidos quando eles participam de programas artísticos. (ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH, s/d).

No âmbito das competências sociais, as artes influem no aprendizado de habilidades para a resolução de problemas cotidianos, trabalho em equipe e disciplina (assim como outras atividades de recreação como as esportivas). A especificidade da arte está no fato de abarcar várias possibilidades para o exercício da criatividade através das diversas atividades possíveis. Estudantes que participam em atividades deste tipo são significativamente menos propensos que os não participantes a abandonar a escola, ser preso, usar drogas, ou se envolver em bebedeiras (UNITED STATES OF AMERICA, 2000).

“Because dance, music, photography, and other arts transcend language, they often help to bridge cultural, racial, and ethnic barriers. A photography exhibit, play, or recital can also generate real enthusiasm for your group members’ abilities.” (UNITED STATES, 2000).

A “Arts Network for Children & Youth” aponta três características para programas artísticos de qualidade: a) estabilidade do programa, financiamento de longo prazo e continuidade no quadro de pessoal; b) os jovens devem ser liderados por artistas; c) instalações onde a juventude tenha um senso de pertencimento e segurança. Os

jovens devem se sentir responsáveis pelo desenvolvimento do projeto podendo assim, se sentirem responsáveis por suas próprias vidas e pela comunidade onde residem (ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH, s/d; UNITED STATES OF AMERICA, 2000). Os jovens podem despertar para os problemas em suas comunidades e transmitir mensagens anticrime por meio dos espetáculos e apresentações. Desse modo, eles se tornam multiplicadores de uma cultura da paz nas localidades onde residem.

Apesar dos benefícios evidentes do engajamento de jovens em artes criativas, estes programas são pouco utilizados (ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH, s/d). No Brasil, segundo Ramos (2006), desde a década de 90 surgem iniciativas artísticas e culturais comandadas pelos próprios jovens moradores das favelas. Tais iniciativas adquirem importância significativa na promoção da paz em regiões violentas e esses jovens são tidos como “novos mediadores” entre a realidade das favelas, os governos, mídia, universidades e agências de cooperação (RAMOS, 2006). É o caso de grupos como o Olodum e o Timbalada em Salvador, e o AfroReggae no Rio de Janeiro. As ações que desenvolvem com os jovens da comunidade consistem em projetos ou programas locais de cunho cultural e artístico que procuram transformar a realidade de jovens pobres sem alternativas de lazer, profissionalização e espaços de sociabilidade. O AfroReggae pretende forjar novas imagens dos jovens negros das favelas sobre eles mesmos e as tipicamente associadas a eles através de uma “sedução ligada ao glamour da arte, à visibilidade e ao sucesso.” (RAMOS, 2006, p. 1306).

“O objetivo do grupo é oferecer formação cultural e artística para jovens moradores de favelas de modo que eles tenham meios de construir suas cidadanias e, assim, possam escapar do

caminho do narcotráfico e do subemprego, transformando-se também em multiplicadores para outros jovens.” (RAMOS, 2006, p. 1308).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a literatura estudada, as artes exercem uma espécie de atração sob os jovens devido o seu caráter inovador, diversificado e criativo. Dessa forma, podem ser uma estratégia efetiva para prevenir a inserção de jovens nas atividades criminosas das gangues locais e para proporcionar àqueles já envolvidos um elo entre a marginalidade e novas trajetórias de vida. Após a ressocialização por meio das artes, jovens integrantes de gangues podem ser mais receptivos aos valores de instâncias legítimas de controle, basicamente a família, a escola e o trabalho.

Presume-se que atividades artístico-culturais podem constituir uma alternativa de identificação, visibilidade e reconhecimento aos jovens moradores de favelas e periferias. Além de fornecer valores simbólicos como autoestima, visibilidade e reconhecimento, acredita-se que a identidade de bandido baseada na criminalidade é substituída pela identidade de artista.

O presente artigo procurou apresentar os principais argumentos apontados na literatura sobre o uso das artes como metodologia de prevenção. O estudo sobre o papel da arte e da cultura na prevenção da criminalidade juvenil será posteriormente aprofundado na forma de pesquisa qualitativa junto aos jovens participantes de programas que empregaram essa estratégia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARTS NETWORK FOR CHILDREN & YOUTH. *The arts play a role in crime prevention*. Canada, Ontario. S/d.

AUSTRALIAN INSTITUTE OF CRIMINOLOGY. *What works in reducing young people's involvement in crime?*. Canberra City ACT. Chief Minister's Department, 2003.

BEATO, Claudio. *Crime e cidades*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

COHEN, Lawrence; FELSON, Marcus. *Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Approach*. American Sociological Review, 1979. Number 44, p. 588-608.

FARRINGTON, David. *Age and crime*. In: TONRY, Michael; MORRIS, Norval. *Crime and Justice*. Chicago Press. Vol. 7, 1986.

FEFFERMANN, Marisa. *Vidas Arriscadas: O cotidiano de jovens trabalhadores do tráfico*. 1ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

GREENBERG, Stephanie; ROHE, Willian. *Informal social control and crime prevention*. In TAYLOR, Ralph. *Urban Neighborhoods. Research and Policy*. Editora Praeger Publishers, 1986.

RAMOS, Sílvia. *Respostas brasileiras à violência e novas mediações: o caso do Grupo Cultural AfroReggae e a experiência do projeto Juventude e Polícia*. Ciênc. saúde coletiva, [online]. 2006, vol.11, pp. 1303-1311.

SAMPSON, Robert. *Urban Disorder, Crime and Neighborhood collective efficacy*. In: Seminario Internacional Políticas De Prevencion Del Crimen Y La Violencia En Ambitos Urbanos. Bogotá, 2003.

SAPORI, Luís Flavio. *Políticas públicas de manutenção da ordem pública*. IN: SAPORI, L. *Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

SOARES, Luiz E.; ATHAYDE, Celso. *Cabeça de porco*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. *Youth in action*. Washington, DC 2000.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta: as organizações populares e o significado da pobreza*. São Paulo: Brasiliense, 1985.

AUTOS PROCESSUAIS E A PRODUÇÃO DE VERDADE: INVISIBILIZANDO ALTERIDADES¹

Maria Luisa Scaramella²

RESUMO

Este trabalho propõe discutir, a partir de um estudo de caso, a construção da figura do réu – o outro – em autos de processos penais de crimes contra vida. A partir da etnografia desse tipo de documentação é possível identificar formas de invisibilização e negação do outro pelo discurso jurídico e médico-jurídico, reconhecidos e legitimados social e culturalmente. O caso que tomarei como exemplo é o de Maura Lopes Cançado, escritora brasileira. No ano de 1972, durante uma internação psiquiátrica, Maura, em meio a uma crise, matou uma paciente que estava na mesma clínica. Na condição de paciente psiquiátrica, foi considerada inimputável e, portanto, passível de medida de segurança. A análise dos laudos psiquiátricos, presentes nos autos processuais, apontam para construções narrativas de caráter biográfico, carregadas do que poderíamos chamar – para lembrar Pierre Bourdieu – de uma ilusão biográfica. Nesses laudos, a alteridade é construída de forma a reafirmar o discurso médico-jurídico. Esse discurso, investido do status de “verdade”, pretende-se a última palavra possível sobre o outro. Os sentidos múltiplos dessa vida se perdem na busca

por explicar o crime. E a explicação, apoiada na prática de presentificar o passado, reconstrói essa vida reduzindo-a ao próprio crime.

Palavras-chave: *antropologia, direito, biografia, autos processuais, laudos psiquiátricos.*

ABSTRACT

The aim of this paper is to discuss, on the basis of a case-study, the construction of the figure of the defendant – the other – in the records of criminal processes involving offenses against life. From the ethnographic analysis of such kind of documents it is possible to identify forms of invisibilization and negation of the other by the juridical and medical-juridical discourses, which are socially and culturally recognized and legitimized. The case-study presented is that of Brazilian author Maura Lopes Cançado. In 1972, during a psychiatric internment, in the middle of a crisis, she murdered another patient. Being a psychiatric patient, she was pronounced incompetent to stand trial and subject to a security measure. The analysis of psychiatric reports, which form part of the processual records, point to narrative constructions of a biographical character, loaded with what we might call – following Pierre Bourdieu – a biographical illusion. In these reports, alterity is constructed in a way that reaffirms the medical-juridical discourse. Invested with the status of “truth”, such discourse presents itself as the last possible word about the other. The multiple meanings of the defendant's life are lost in the quest to explain the crime. At the same time, this explanation, built upon the practice of presentifying the past, reconstructs this life in a way that it is reduced to the crime itself.

Key-words: *anthropology, law, biography, processual records, psychiatric reports.*

¹ Este trabalho foi apresentado no III Congresso da Associação Brasileira dos Pesquisadores em Sociologia do Direito, no GT *Crime e violência em perspectiva cultural*, em novembro de 2012, na UFPR.

² Doutora em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Campinas (2010).

O primeiro contato que tive com autos de processos penais de crimes contra vida aconteceu durante meu doutorado em Ciências Sociais, o qual resultou na tese intitulada *Narrativas e sobreposições: notas sobre Maura Lopes Cançado*¹. Nessa pesquisa, os autos do processo penal onde a personagem do título figurou como ré, acusada pela morte de uma pessoa, foi uma de minhas fontes primárias. Um dos pressupostos para minha análise foi/é o de que a documentação inscrita nos autos de um processo pode ser lida, também, como um tipo de “biografia jurídica”. As peças que compõem os autos poderiam ser vistas como arquivos de vida do sujeito ao qual se referem, onde sua história é inscrita de forma condensada, sendo contada e recontada na documentação com o intuito de arquivar todos os indícios, vestígios, provas que levem a desvendar a morte, legitimando-a ou não. Um dos elementos que permite essa leitura, sugiro, é o caráter dual dos autos: é uma documentação que condensa e arquiva.

Ao nos falar sobre o processo de arquivar a própria vida, Philippe Artières remete-nos ao exercício de arrumar, desarrumar e classificar a intimidade. Criar uma caixa com recordações, escrever um diário, por exemplo, seriam formas cotidianas de arquivar a vida. Nesse último caso, os eventos cotidianos, cronológicos, o fluxo de uma consciência seriam o mote para o início de uma narrativa íntima, evocativa, onde passamos a vida a limpo, onde a “verdade” é um dos objetivos. Mas uma verdade que se molda ao autor, pois ao arquivar nossas vidas fazemos escolhas: omitimos, exageramos, rasuramos, sublinhamos, incluímos, excluímos fatos, fotos, documentos, bilhetes, escritos, cartas, etc. Como nos diz Artières, há uma intenção autobiográfica

no ato de arquivar a própria vida e, nesse sentido, o “real” é manipulado de forma a encontrarmos a versão que melhor condensa uma imagem de nós mesmos.

O mesmo ato de arquivar – proponho – está presente tanto na maneira como documentos são criados e inscritos nos autos de um processo quanto na intenção biográfica que ele guarda ao gerar uma imagem ou imagens do personagem/réu em questão. Se por um lado são formas de arquivar e arquivos de naturezas distintas, por outro temos versão e versões sobre a vida do réu presentes nessa documentação. Os autos arquivam essa vida, à medida que o fazem, resgatam e contrapõem imagens da mesma, escolhidas de acordo com uma intenção que não foge ao biográfico. Intenção que vai, como diz Mariza Corrêa, manipular o “real”, retirando dele apenas o que importa, seja para a construção da narrativa de culpa ou de inocência.

Em suma, o que estou tentando dizer é que no momento em que os atos se transformam em autos, os fatos em versões, o concreto perde quase toda a sua importância e o debate se dá entre os atores jurídicos, cada um deles usando a parte do ‘real’ que melhor reforce o seu ponto de vista. Neste sentido, é o real que é processado, moído, até que se possa extrair dele um esquema elementar sobre o qual se construirá um modelo de culpa e um modelo de inocência. (Corrêa, 1983:40)

Tendo isso vista, a análise da documentação biográfica deu-se em termos de sobreposição de discursos/narrativas, noção apresentada por Serge Doubrovsky (1991)². A sobreposição de narrativas revelou-me as tensões implicadas nas versões

¹ Minha tese foi defendida em abril de 2010, sob a orientação da Professora Doutora Suely Kofes, no Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP).

² Doubrovsky (1991), no texto *Sartre: autobiographie/autoficcion*, analisa trechos de episódios semelhantes descritos em duas obras de Sartre, *Les*

sobre uma mesma história de vida. Refiro-me aqui tanto aos laudos psiquiátricos quanto a autobiografia de Maura Lopes Cançado¹, publicada em 1965, sob o título de *Hospício é Deus*. Para lembrar Carlo Ginzburg (2007)², quando temos à mão fontes biográficas, o importante é buscar uma integração entre as realidades e possibilidades que o material apresenta. Isso implica, segundo o autor, em não focar na oposição entre literário e científico, verdadeiro e falso, ainda que se faça uma distinção entre os tipos de narrativas (orais, ficcionais, documentais, biográfica, autobiográfica, etc.).

No entanto, ainda que Ginzburg sugira uma integração entre “verdadeiro/falso”, “literário/científico” (no material biográfico), parece-me fundamental refletir sobre de

Carnets de la drôle de guerre e *Les Mots*, e se interroga sobre a diferença e a divergência de sentidos que surgem da sobreposição das duas narrativas.

¹ Maura Lopes Cançado escrevia contos para o suplemento literário do *Jornal do Brasil* (SDJB), no final da década de 1950. O reconhecimento como escritora, discreto, veio com a publicação de seu livro, *Hospício é Deus*, em 1965. O livro, um misto de relato autobiográfico com diário íntimo, foi escrito durante uma de suas internações no Centro Psiquiátrico Nacional Pedro II, conhecido então como hospital do Engenho de Dentro, entre 1959 e 1960. Entre as muitas internações que buscou por vontade própria, ao longo de sua vida, em uma delas foi acusada de estrangular uma das pacientes do hospital. O ano era 1972. Inicia-se a partir desse evento significativo toda uma reordenação de sua vida a partir de parâmetros jurídicos. A ré foi considerada inimputável, mas devido a ausência de instituições femininas que abrigassem inimputáveis à época, Maura foi para uma prisão comum, passando mais de oito anos de sua *medida de segurança* encarcerada, indo de uma prisão a outra, uma vez que sua categoria jurídicana não se encaixava nas instituições existentes. Com a ajuda de alguns amigos da imprensa conseguiu, sob a responsabilidade destes, ser transferida para um hospital psiquiátrico particular, onde passou boa parte do resto de seus dias, até sua morte em 1993.

² Retomo aqui o que diz Carlo Ginzburg (2007) sobre o trabalho de Natalie Davis, *O retorno de Matin Guerre*.

que forma se articulam o verdadeiro e falso, por exemplo, em determinados tipos de documentação de caráter biográfico. Um exemplo disso está nas narrativas do processo penal de Maura, principalmente nos laudos psiquiátricos. Quando contrapomos os laudos aos relatos autobiográficos e biográficos da e sobre a autora a tensão entre literário e científico aparece e junto com ela os diferentes sentidos que uma mesma narrativa biográfica pode ganhar, dependendo de quem a narra e para quê.

É preciso levar em conta que laudos psiquiátricos são narrativas investidas de poder. Em autos onde figuram laudos psiquiátricos – e a questão da inimputabilidade está posta – há uma preponderância de narrativas de vida que vão compor o que os peritos chamam de *anamnese*³. Este procedimento, que dá à história de vida grande destaque no processo penal, deve revelar a condição psíquica do réu, portanto, sua condição jurídica. Há na *anamnese* a tentativa de recontar a história de vida do réu, atribuindo coerência ao tempo e aos fatos, portanto, ao crime.

Reconduzir os fatos/fragmentos de uma vida por esse filtro jurídico-psiquiátrico implica em atribuir sentidos a essa vida principalmente a partir do crime, seja na construção da inocência ou da culpa. Para lembrar Michel Foucault (1975), as “virtualidades” precisam ser desvendadas. E para se compreender essa vida em sua

³ Olimpia Maluf, em sua dissertação de mestrado, ao analisar os laudos periciais sobre Francisco de Assis Pereira, conhecido como “maníaco do parque”, nos mostra que a *anamnese* foi dividida em duas partes: a) *antecedentes pessoais (dados coletados com o próprio periciando e com seus familiares sobre sua história de vida, da gestação até o momento presente). Trata-se, pois, dos aspectos biopsicossociais do seu desenvolvimento, acrescidos do relato dos seus comportamentos nas atividades que desenvolveu em suas ‘vidas’ – escolar, laborativa, militar, afetiva e sexual; b) antecedentes familiares (levantamento das doenças psiquiátricas nos antecedentes e colaterais diretos, esses dados são levantados com o próprio examinando e com seus familiares)* (Maluf, 2000: 43-44).

essência (e o crime, em seu enigma), os agentes jurídicos buscam respostas na extensão da trajetória em questão, de forma seletiva. Há um “presentificar o passado”, trazendo elementos escolhidos dessa vida e colando-os ao crime ou descolando do crime, quando necessário. A seleção efetuada pelos agentes jurídicos aponta para o caráter condensador e mesmo explicativo do biográfico, à medida que este guarda grande potencial simbólico¹ – e abre espaço à fabulação.

Na tentativa de explicitar os pontos levantados até aqui, volto-me à análise dos laudos psiquiátricos inscritos nos autos do processo penal de Maura Lopes Cançado

¹Inspiro-me na noção de *biografema* de Roland Barthes para pensar essa dimensão mais ou menos fragmentada do biográfico que entra nos autos e que, de certa forma, será utilizada na construção explicativa da inocência e da culpa pelos agentes jurídicos. Enfatizo a ideia de *inspiração*, pois não aprofundarei essa noção, mas aproveito o que ela me permite acionar sobre o potencial simbólico de determinados *traços biográficos* que, nos autos, abrem caminho a inflexões. São detalhes de uma vida que possibilitam desdobramentos, inversões, desvios na forma como serão contados ou recontados. Nesse sentido, ainda pensando em *biografemas*, nos diz Feil (2009) que estes misturam uma dimensão real da vida com uma ficcional, portanto, o biógrafo que segue essa perspectiva estaria *inventando vidas* mais do que recontando vidas de maneira linear, cronológica, coerente. Aqui, mais uma vez, reflito sobre o papel dos agentes jurídicos (ou *biógrafos/biográficos*, pensando ainda em Barthes) na construção da inocência ou da culpa através da recuperação de *traços biográficos* contidos passíveis de inflexões dado seu potencial simbólico.

1. OS LAUDOS PSIQUIÁTRICOS: NOTAS SOBRE UMA “CURVA DE VIDA DEFEITUOSA

“Debruçada sobre o primeiro laudo² de sanidade mental realizado com Maura Lopes Cançado, datado de cinco de novembro de 1973, tive a impressão de estar novamente lendo trechos de Hospício é Deus. O laudo é composto, principalmente, de pareceres médicos de dois hospitais psiquiátricos nos quais ela esteve internada, dos relatos sobre exames a que foi submetida e, por fim, dos relatos dos psiquiatras ou peritos que realizaram entrevistas com Maura. O que tenho então é a história de Maura contada novamente onde alguns dos trechos se assemelham fortemente a seu livro, publicado em 1965, excetuando-se a parte intitulada Exame psíquico, onde inicia-se uma narrativa mais técnica, na qual a história de vida que Maura conta aos peritos é analisada e encaixada a termos psiquiátricos. Algumas informações novas são acrescentadas, mas de maneira geral, a parte mais longa dele é formada pelo relato que é quase um duplo de Hospício é Deus, resumido. Temos a seguinte narrativa:

Antecedentes Psicossociais: A paciente criou-se no interior de Minas Gerais, na fazenda paterna onde passou toda a infância. O pai era fazendeiro, homem abastado, 'podre de rico' e sua riqueza e poderio a atingia a tal ponto, que chegava a julgá-lo 'um Deus'; (...). o pai, como próspero fazendeiro do sertão mineiro, possuía àquelas características imperantes à época, onde a lei “era o revolver”, e as adotava e as exercia amplamente (Processo penal, fl. 74).

O desenrolar é muito semelhante ao de seu livro Hospício é Deus:

²Ao todo foram analisados três laudos de exame de sanidade mental.

Nasci em uma bela fazenda do interior de Minas, onde meu pai era respeitado e temido como o homem mais rico e valente da região (...) Sempre ouvi dizer que muitas de suas fazendas lhe eram desconhecidas por estarem distantes. Filho de família rica, gastou toda sua herança quando jovem, casando-se depois com mamãe e recomeçando a vida nos sertões de Minas Gerais, onde a única lei era a do revolver. Antes de tudo meu pai foi um bravo. (Lopes Cançado, 1991:12-13).

A sequência se repete. Cito alguns trechos do laudo, longos, mas importantes:

De outra parte, a paciente, na infância, sempre foi muito “adulada”, por ter nascido sete anos depois do irmão que a antecederia. O pai “apaixonara-se” por ela e concedia-lhe todas as vontades, era muito “bonitinha” e todos tinham-na na conta de ser muito inteligente. Quando no colégio, almejava ter um pai culto, que lhe ensinasse latim, línguas, “bacana”. Em contato com outras colegas, filhas de pessoas de cultura, mentia deliberadamente, afirmando ser filha de estrangeiros (russos) e ter um tio chinês, chegando ao ponto de “mentalizar” o tio de rabicho, como se chinês fosse. (...) Não se dava bem nos colégios, não se adaptava às normas exigidas e não sabia competir com as outras colegas, porque em sua casa ela sempre fôra [sic] a pessoa mais importante. (...) Aos 14 anos decidiu tirar o “brevet” de aviador, na localidade de Bom Despacho, curso interrompido pelo namoro que iniciou com um dos seus colegas. (...) Quando o pai da periciada soube dos acontecimentos tomou-se de desespero, opoz-se [sic] tenazmente ao casamento e mesmo

sabendo que a paciente não era mais virgem, não consentiu no matrimônio, circunstância que a levou a casar-se apenas no religioso (Processo penal, fl.76). (...) A essa altura dos acontecimentos, a periciada já estava muito arrependida com o casamento e, depois de nove meses de casada, dava à luz a um filho do sexo masculino. Pouco depois do nascimento da criança a paciente separou-se do marido, época que coincidiu com o falecimento do pai. Face ao desaparecimento do chefe da família, a periciada, juntamente com a mãe, mudou-se para uma cidade próxima, onde passaram a residir. Alguns meses depois porem, Maura viajou para Belo-Horizonte [sic], com o fito de concluir o curso de aviação, “tirar o brevet”, indo morar em um hotel, tendo convencido a mãe, para comprar-lhe um avião, um Teco-Teco, um “Paulistinha”. Chegou a voar sozinha, mas não conseguiu tirar o “brevet”, pois um amigo seu, aviador, voando em seu avião, ao praticar aterrissage [sic] de emergência, destruindo o aparelho. Retornou à fazenda, (...) resolvendo, mais tarde, prosseguir nos estudos. Para isso matriculou-se no Colégio Isabela Hendrex [sic], (...) preparou todo o enxoval mas não pode freqüentar o colégio, pois a direção tomara conhecimento de que era casada. Procurou então um pensionato e lá permaneceu cêrca [sic] de um ano e pouco, freqüentando cursos de línguas, balé, piano e canto. Contudo, quando tomavam conhecimento do estado civil da periciada, via-se obrigada a mudar-se (...) o que a levou, por fim, a morar somente em hotéis (Processo penal, fls. 76-77). Continuou nos estudos até atingir os 18 anos. (...) começou a ficar “excessivamente deprimida”, emagreceu muito, situação essa que conduziu a periciada, pela primeira vez a uma internação num

sanatório psiquiátrico, eis que também se sentia muito sozinha, isolada, e o sanatório a “protegia” (Processo penal, fl.78).

Trechos muito semelhantes estão em sua autobiografia:

Há sete anos mamãe não tinha filhos quando se deu meu nascimento. Daí tornar-me objeto de atenção de toda família e o orgulho de meu pai (Cançado, 1991:12). O sexo foi despertado em mim com brutalidade. Cheguei a ter relações sexuais com meninas de minha idade. Isto aos seis ou sete anos.(...) Possuindo muita imaginação, costuma inventar historias exóticas a meu respeito. Aos sete anos, estudando numa cidade próxima à fazenda, onde morava minha irmã Didi mentia para minhas colegas: “_Sou filha de russos, tenho uma irmã chamada Natacha, e um dos meus tios nasceu na China, durante uma viagem dos meus avós”. Ó, o meu tio chinês, eu o via mentalmente, de rabicho e tudo, tal os chineses dos livros que lia (Cançado, 1991:21). No colégio Sacre-Coeur de Marie passei a envergonhar-me de minha família. Algumas de minhas colegas tinham parentes elegantes, bem vestidos, que as visitavam. Outras não. Minha família, apesar de mais rica do que a maioria daquelas, morava no interior, apresentava-se com simplicidade. (...) Uma vez ouvi mamãe, enquanto eu discutia com papai: “_É um erro fazer com que nossos filhos adquiram grau de cultura superior ao nosso. Maura é um exemplo”. Perguntei-lhe assustada: “_ Que há? Que acontece? “Respondeu-me: “_Julga que não percebo sua maneira de ignorar, mesmo tentar humilhar seu pai?

”Era verdade, mas eu me odiava também por isso (...) Aos quatorze anos quis ser aviadora, entrei para um aeroclube, pretendendo tirar o ‘brevet’ de piloto. Não consegui ‘brevet’, casei-me com um aviador jovem de dezoito anos. Papai se opôs tenazmente, todos viam naquilo uma loucura. (Cançado, 1991:22-23). Aos quinze anos vi-me com o casamento desfeito, um filho, e sem papai, sustentáculo de todos os meus erros – meu grande e único amor (Cançado, 1991:24).

Toda essa narrativa, esse recontar a história, tem no laudo o título de Anamnese. A anamnese psiquiátrica consiste na construção do histórico do paciente através da coleta de dados sobre a vida do mesmo lembranças, reminiscências de família, etc.. De modo geral, é a reconstrução de sua história de vida que será analisada e ressignificada a partir do saber médico psiquiátrico. É esse parecer que sustenta a sentença do juiz. Maura estava sob os olhares atentos dos peritos do Manicômio Heitor Carrilho. Mas cada mero detalhe, cada gesto, cada palavra e entonação estavam sendo atentamente analisados. O modo como a história era contada torna-se mais um objeto de avaliação. A avaliação psiquiátrica começa antes mesmo do início da entrevista, com a observação da expressão facial do paciente, seus trajés, movimentos, maneira de se apresentar, etc.(Zuardi A.W. e Loureiro S.R, 1996:46)

Tudo estava coberto pela aura reveladora dos sentidos subjacentes, prontos a serem desvelados sob os olhos atentos dos peritos. Diz o perito e narrador:

A paciente vem ao exame trajando vestes próprias e atuais, com os cabelos penteados, discretamente maquilada, evidenciando alinhamento e cuidados bem femininos pela sua aparência pessoal. Apresenta-se em estado de clareza da consciência e está orientada

auto e alopsíquicamente. Mostra nas várias entrevistas mantidas com os peritos, um elevado grau de ansiedade, eis que não se mantém sentada tranquilamente à cadeira, de onde levanta-se a todo instante, movimentando-se angustiadamente pela sala, cruzando e descruzando as pernas, e fumando incessantemente. A atitude é vigilante e voluntariamente dirigida (Processo penal, fl.86).

Um piscar de olhos, um tremilicar de mãos, uma doença de infância ou um pecado confesso, tudo ganhava um sentido profundo e definitivo durante o exame psiquiátrico. Cada pedaço de sua narrativa era interpretado e posteriormente colada a categorias pré-determinadas de sintomas, mostrando uma personalidade desviante. Por fim, chegou-se à conclusão que Maura (...) externa fundamentalmente, uma fachada psicopática, sob a qual se desenvolve, surdamente, um processo esquizofrênico larvado, enxertado com epilepsia, com distúrbios psicopáticos e epiléticos do carácter (...) (Processo penal, fl.86). No entanto, para chegarem até essa conclusão – que é também um diagnóstico – a narrativa dos peritos no laudo recai sobre um tipo de desqualificação da conduta de Maura e de sua personalidade, portanto, de sua história de vida.

No caso de Maura, não era apenas chegar a um diagnóstico. O objetivo dos peritos era explicar um crime que, em sua origem, parecia enigmático, ou como diz Foucault (2002), sem interesse, sem uma motivação explícita. O problema era encontrar esse interesse-razão do crime que pudesse torná-lo compreensível e, portanto, punível ou não. Nesse sentido, esse diagnóstico vai sendo tecido na narrativa dos peritos sobre Maura, e essas caracterizações morais vão sendo costuradas às entrelinhas, na tentativa de explicarem o enigma.

Nas entrevistas com os peritos Maura dizia não se lembrar de nada sobre o momento do crime. A frase que usava era se lembrar, fico doida (Processo penal, fl.73). Os peritos tiveram acesso aos detalhes do que aconteceu através de outras peças inscritas nos autos do processo, ao qual consultaram. Nos autos, já havia o parecer do instituto de criminalística, ou Laudo de exame de local de morte violenta:

Face aos exames realizados e expostos no corpo do presente laudo, são acordes os peritos em afirmar ter ocorrido no local em causa, objeto do presente, uma morte violenta (homicídio), perpetrado por estrangulamento, cujo instrumento utilizado fora uma faixa de tecido extraído de um lençol, nas condições abordadas nos capítulos anteriores. (Processo penal, fl.57)

Os peritos do exame de sanidade mental estavam, então, diante de uma paciente psiquiátrica que havia matado violentamente outra paciente, mas apresentava-se em condições estáveis. De acordo com a narrativa do laudo de sanidade sobre Maura: A linguagem verbal é expressada através [de] uma atividade discursiva fácil, minuciosa, detalhista e prolixa. No conteúdo do pensamento, muito embora não se encontrem idéias delirantes sistematizadas, organizadas sob a forma de um delírio típico, sua temática está marcada pela fantasia, pela fabulação e pela tendência a autoreferência (Processo penal, fls. 86). Maura não delira. Ao contrário, fala bem, com minúcia e detalhes. Sua capacidade intelectual no teste psicológico é descrita como nível médio e alto (QI 114). Apesar de uma associação estranha no teste de Rorschach (um homem estranhíssimo –o próprio Deus), apresentou adequado contato com a realidade e boa lucidez durante todo o exame psicológico precedido (...) (Processo penal, fl.85). Apresenta-se de maneira adequada, tem fácil relacionamento social e diálogo que mantém com bom humor (fl.85), além de manter uma atitude cooperativa

durante a aplicação dos testes, persistindo e inibindo-se porém nos que lhe suscitavam certa ansiedade (fl.85).

Nada estava evidente na figura de Maura. O que os peritos psiquiatras tinham? Um crime descrito nos autos do processo penal, ao qual eles tinham livre acesso. Reviam os depoimentos das testemunhas presentes na noite em que ocorreu e o exame de corpo de delito¹, ambos anexados ao processo; tinham ainda um histórico de inúmeras internações ao longo da vida de Maura, o que apontava para uma personalidade que, de certa forma, já demonstrava sinais de fragilidade. No entanto, a pessoa de Maura não tornava nada disso explícito. Não havia uma razão clara que pudesse explicar os motivos do crime. E não havia também um indício mais evidente de alienação mental, delírio, ou qualquer coisa que pudesse, de imediato, levar os peritos a considerá-la como louca, ou seja, como alguém que estava na condição do artigo 22 do código do processo penal², a não ser o fato de que estava internada.

É interessante observar que, se no inquérito o delegado informa imediatamente que o crime foi cometido por doente mental – já que este se deu dentro de um hospital psiquiátrico e Maura estava na condição de paciente –, no laudo isso muda. Não quero dizer com isso que essa definição não estivesse moldando a busca e, mais tarde, a narrativa dos peritos. Ao contrário, a definição está guiando todas as etapas não só no laudo como no restante do processo, lembrando o que diz Zarias (2003), sobre esse tipo de definição. Mas a evidência imediata que o delegado tinha quando foi até o hospital investigar a situação, na noite do crime, e se deparou com Maura na condição de paciente psiquiátrica, competia no momento dos exames psiquiátricos com pessoa de boa aparência. Não só o tempo havia passado como a

mulher que se apresentava aos médicos peritos estava bem trajada, maquiada, era desenvolta, contava sua história de maneira coerente, colaborava com os médicos, apesar de demonstrar certa ansiedade no cruzar e descruzar de pernas e no fumar incessante.

O que era preciso, então? Era preciso reaproximar essas duas figuras de uma terceira: era preciso juntar a homicida e paciente psiquiátrica, com a desenvolta e de aparência normal. Era preciso trazer à tona o que estava escondido, costurando essas três figuras em uma só. Isso era feito à medida que os peritos retomavam tudo aquilo que já foi citado, ou seja, todos os indícios que compunham os autos do processo penal até aquele momento, mas, principalmente, analisando toda a história de vida de Maura. Se o crime não se revelava na aparência e na inteligência, era preciso desvendá-lo na conduta de uma vida, ou seja, em uma vida doentia. Junto disso, vem uma noção de personalidade psicopática e esquizofrênica que, na narrativa dos peritos, aparece profundamente marcada pelas concepções morais da loucura.

Foucault (1978) fala sobre as loucuras parciais, entre as quais estariam aquelas que não podem ser percebidas pela desordem da inteligência, mas apenas observadas pela desordem das ações, das condutas ao longo da vida. A loucura moral (moral insanity) era uma delas. Um tipo de noção caracterizada por uma espécie de perversão das afecções morais, na direção de irritações maníacas, atos inspirados de violência, explosões de furor (Foucault, 1978:517). A monomaniamarcou também o começo de uma visão da loucura associada ao perigo. Não se tratavam apenas de estigmas da incapacidade no nível da consciência, mas dos focos de perigo no nível do comportamento, como disse Foucault ao tentar formular as idéias que perpassavam essa noção (2002:178).

Tanto a loucura moral (também denominada monomania raciocinante) quanto a monomania (ou monomania instintiva) descreviam indivíduos que não sofriam de

¹ São exames periciais que determinam a autoria, temporalidade, danos, geralmente realizados no local da infração. Podem também fazer referência ao exame cadavérico.

²Do código de 1941.

“distúrbios de ideação”, ou seja, era um tipo de loucura lúcida. Não se dava na esfera da razão e, nesse sentido, segundo Foucault, estava oculta, como uma loucura transparente e incolor que existe e circula sub-repticiamente na alma do louco(...) (1978:517). A monomania instintiva seria aquela que se revela repentinamente, às vezes afetando um único tipo de comportamento, como o do assassino, em alguns casos. Já a monomania raciocinante caracterizava indivíduos que apesar de lúcidos e inteligentes, apresentavam ‘distúrbios de caráter ou do senso moral’(...) Os indivíduos afetados por essa espécie de loucura conservariam durante toda sua vida um caráter indisciplinado, reivindicador, cruel, agressivo, amoral (Carrara,1998:74).

Ainda que essas concepções estejam associadas ao século XIX, muitos dos aspectos que as definem estão permeando o laudo sobre Maura, na maneira como este se serve de concepções morais e do instinto. Diziam os peritos:

Sobressaem de forma saliente, no contexto da personalidade da paciente, e elementos encontrados à saciedade na sua curva biográfica, as desordens da afetividade, dos instintos, do temperamento e do caráter. Estas desordens da personalidade da periciada estão muito bem caracterizadas e traduzidas na conduta assumida ao longo de sua vida, onde se encontra as mais variadas formas de reação psicopática e onde destaca-se a irresponsabilidade; a mentira e a insinceridade; a ausência de remorso ou de vergonha; o comportamento antisocial [sic] sem constrangimento aparente; o senso crítico falho e a deficiência de aprender pela experiência; o egocentrismo patológico e incapacidade de amar; a pobreza geral das reações afetivas; a perda da capacidade de discernimento; a indiferença em relações

interpessoais gerais; comportamento extravagante e desagradável; as ameaças e tentativas de suicídio raramente levadas a efeito; a impulsividade; a agressividade; a violência; a sexualidade precoce e as perversões sexuais. (Processo, fls. 86-87)

As desordens da afetividade – entenda-se, aqui, dos sentimentos e da vontade – são aquelas descritas acima, de acordo com Carrara, que apontam esse indivíduo tomado por um instinto homicida irresistível. Segundo Carrara (1998), alguns crimes enigmáticos encontrariam sua explicação nesse tipo de impulso, que transforma o homicida em uma espécie de autômato. Voltando ao laudo de exame de sanidade mental, dizem os peritos sobre Maura: Vê-se que sua personalidade é dominada por impulsos incoercíveis básicos e primitivos, a ponto de excluir a conduta racional; sua resposta aos estímulos é caracterizada pela imaturidade emocional pela resposta impulsiva e instantânea (Processo penal, fl.87). Já as do temperamento e do caráter recairiam naquela concepção moral ou raciocinante. Tomo outro trecho do primeiro laudo:

A curva biográfica da periciada eivada de atitudes as mais caprichosas, extravagantes, exdruxulas [sic], amorais, extrapolam já de uma constituição psicopática tão somente, mas alteram o mundo dos valores divorciados da realidade, evidenciando a existência de núcleos psicóticos profundos, capazes de desvirtuar o valor ético ou moral, prenunciadoras de um processo Esquizofrênico [sic] larvado, eis que o caráter insólito do comportamento não mostra ressonância na sua

proporcionalidade, nem lhe trazem nenhum proveito. (Processo penal, fl.88)

Seguindo as palavras do perito, é possível perceber os resquícios dessas concepções na maneira como a conduta de Maura é julgada. Tem-se uma figura moral em sua excentricidade, em sua extravagância e mesmo em sua amoralidade, muito distante do que seria, do ponto de vista dos peritos, um indivíduo com um comportamento normal, adequado. Por outro lado, esse processo esquizofrênico que se manifesta surdamente é o guia desse comportamento desvirtuado, mas guia de maneira velada, aparecendo ora aqui ora ali, entre uma internação e outra, entre uma atitude extravagante e outra, mas irrompe no momento do crime com toda a sua fúria autômata e incontrolável. No laudo, a esquizofrenia está muito próxima às monomanias. Ou seja, ela está lá, está nessa vida, nessa curva, a questão é mostra-lá:

Verifica-se do estudo direto da paciente, do minucioso levantamento biográfico, da pesquisa a todas as fontes de informação, das provas psicológicas aplicadas, tratar-se de uma personalidade com características de onipotência, narcisista, exibicionista e egocêntrica. Incapaz de julgar sua própria conduta, e mesmo quando inadequada ou hostil ao meio social, está satisfeita com ela, carecendo de propósitos, objetivos e de perspectivas; tendo um deficiente sentido de realidade; exigindo a satisfação imediata dos seus desejos; estabelecendo muito escassas relações emocionais ou laços afetivos estáveis; as suas necessidades instintivas não se adaptam as necessidades sociais, só se adaptam aos ambientes que pode dominar, com surpreendentes irregularidades em suas capacidades e inconseqüência na conduta, inclusive na infância, onde

demonstrou já, àquela época, sinais de desadaptação emocional e traços nocivos da personalidade. Vê-se que sua personalidade é dominada por impulsos incoercíveis básicos e primitivos, a ponto e excluir a conduta racional; sua resposta aos estímulos, é caracterizada pela imaturidade emocional e pela resposta impulsiva e instantânea. A atuação da paciente, ao longo de sua curva de vida é tão defeituosa, que impediu uma adaptação psicossocial adequada, indo das extravagâncias de comportamento ao crime. (Processo penal, fl. 87)

É nessa infância que os primeiros sinais de desadaptação emocional aparecem, assim como os traços nocivos da personalidade. É muito provável que os peritos tenham lido Hospício é Deus. Maura enfatiza algumas características de sua personalidade na infância, deixando outras de lado, como mostram as narrativas no capítulo anterior. O olhar que Maura tem sobre sua infância, a maneira como se descreve no livro está bastante influenciada pela situação na qual estava, como já foi dito, e isso torna-se explicativo para os peritos. Foucault, sobre o caso Rivière e sua psiquiatria, diz o seguinte:

(...) os psiquiatras, a partir do momento em que queriam psiquiatrizar a coisa e desculpabilizar Rivière, eram obrigados a dizer: mas esses sinais de maldade são precisamente sinais de maldade paroxísticos, e tão paroxísticos aliás que só são encontrados em certo período da sua infância. Quando ele tinha menos de sete anos, não os encontramos; e então, a partir dos sete anos, a coisa começa. Quer dizer que o processo patológico já estava em ação, processo patológico que devia desaguar, dez ou

treze anos depois, no crime que sabemos. (Foucault, 2002:384-385)

O passado em cada detalhe é examinado na busca de sintomas que possam localizar uma origem, a origem do que levaria ao crime. Lá, bem no fundo, o delito já estava previsto, como um devir, ao qual não se escaparia. Seguindo a lógica dos peritos, esses sinais paroxísticos, Maura mostrou tê-los desde sua infância:

Aos sete anos fui vítima de um ataque convulsivo que muito preocupou meus pais. Deu-se enquanto eu dormia, e não sofri. Apenas dor de cabeça ao acordar. Aos doze anos, estudando interna, tive outra crise, nas mesmas condições. Também não me preocupou. Ao contrário, vi-me alvo de muitas atenções. Mas aos quatorze anos, estava acordada, tive uma crise e foi horrível. Creio ter ficado inconsciente mais de nove horas, depois do que me veio uma certa amnésia que durou um dia. Outra crise se repetiu em condição análoga, logo após meu casamento, durante a gravidez, e a última, aos quinze anos, depois da morte de papai. Não se repetiram até hoje. Tenho tido constantemente equivalentes. As auras epiléticas me são quase que cotidianamente familiares. (Lopes Cançado, 1991:21)

Este relato está em seu livro *Hospício é Deus*. Nele, Maura conta que, quando criança, foi tomada por uma série de doenças, as quais fizeram-na centro de grande atenção. Tudo teria começado depois da morte de um agregado da casa, Pabi, de quem sua mãe era madrinha. Após sua morte, seu irmão José disse ter visto Pabi em uma aparição e este lhe disse: Diga a minha madrinha que não chore tanto por mim, pois não estou sofrendo. Brevemente voltarei para buscar Maura. (Cançado, 1991:15)

Depois desse fato, sua mãe fez uma promessa à Virgem Maria: vestiria a filha de branco e azul até que ela completasse sete anos. Estava, então, com quatro anos. Contudo, os sete anos marcaram o início de suas crises convulsivas.

A doença e sua cura estão fortemente vinculadas à religião, que faz a mãe entregar, em promessa, a filha à Virgem Maria. A mistura do branco e do azul, indicando uma pureza celestial e, por fim, a convulsão que reafirma essa promessa, mas que aponta para a estranheza desse corpo que se debate entre a vida e a morte anunciada. A convulsão nessa narrativa de infância esta envolta pelo misticismo, pela religiosidade, mas com o passar dos anos ela torna-se a aura epilética, segundo os relatos de Maura, demonstrando uma aproximação com as definições médicas. Volto à narrativa do laudo, atendo-me às conclusões:

Conclusões – Considerações psiquiátrico-forenses: Da avaliação procedida na indiciada Maura Lopes Cançado, chegou-se a conclusão que externa fundamentalmente, uma fachada psicopática, sob a qual se desenvolve, surdamente, um processo esquizofrênico larvado, enxertado com epilepsia, com distúrbios psicopáticos e epiléticos do caráter. É, assim, uma personalidade mórbida, doente, em todas as suas dimensões. (Processo penal, fl. 88)(...) A impulsividade, a agressividade e violência, também fazem parte dos caracteres psicopáticos epileptóides como os da indiciada, e os distúrbios da eletrogênese cerebral, expressivos da epilepsia que padece, devem ter dificultado os mecanismos nervosos inibitórios, formadores dos impulsos, contribuindo todos esses elementos, além dos já mencionados, para facilitar os incoercíveis impulsos que marcaram, não só a vida da periciada, como a ação delituosa. (Processo penal, fl. 90)

Primeiro, tem-se uma convulsão envolvida pela aura religiosa, mais tarde uma aura médica e, finalmente, por uma aura “psiquiátrica-médico-moral”, onde as convulsões marcam distúrbios psicopáticos e epiléticos do caráter. Esses surtos paroxísticos, as crises epiléticas de Maura que começam na infância tornam-se uma espécie de sintoma do que se revelaria uma personalidade criminosa, à moda do final do século XIX e meados do XX, no Brasil, quando a epilepsia era associada, em muitos casos, ao criminoso nato¹. É interessante observar que nessa explicação do crime sem interesse e por isso mesmo enigmático, os peritos precisam ancorar esse crime a uma curva vital que remonta a infância e que se desenrola tortuosamente, chegando à fase adulta propensa, ou mesmo sem outra possibilidade que a de cometer aquele crime.

Suas ações ao longo de toda a vida são colocadas em xeque no laudo a partir de um discurso que se apresenta como uma verdade de caráter científico. No entanto, muito desse discurso está ancorado em fatores sócio-culturais, sendo então a reprodução de um conjunto de valores, da moral vigente na época. As narrativas que ouvi sobre Maura, em minha estadia na cidade de Patos de Minas, contam que muitos

¹ Segundo Foucault, a convulsão é essa imensa noção-aranha que estende seus fios tanto do lado da religião e do misticismo, como do lado da medicina e da psiquiatria (Foucault, 2002:270). O autor se refere aos conflitos que envolviam o lugar da convulsão e do convulsionado entre os séculos XVI e XVIII. Mas é preciso ainda levar em conta que, no Brasil, sob influência das teorias lombrosianas, o vínculo entre epilepsia e crime era muito forte e se estendeu até meados do século XX, mas continuou existindo, até pelo que se lê no laudo de Maura. Afrânio Peixoto, um importante médico que atuou na área da medicina legal foi, no Brasil, o precursor de trabalhos que faziam essa ligação. Publicou, em 1898, sua tese *Epilepsia e crime*, com o prefácio de Nina Rodrigues, de quem fora discípulo. A idéia de que a criminalidade no caso de epiléticos era uma revelação sintomática da epilepsia era central no trabalho de Peixoto.

familiares consideravam suas atitudes como excessivas e inadequadas, como foi mostrado no capítulo anterior. A publicação de seu livro autobiográfico, como foi dito, foi considerada uma agressão ao nome Lopes Cançado, a ponto de ser atirado contra parede. A companhia de Maura não era bem vista pelas famílias mineiras, mesmo em de Belo Horizonte. O mesmo se dava no seio de sua família.

Em seu livro, Maura relata a fase em que vivia em Belo Horizonte, para retomar os estudos. Pouco tempo depois, internou-se, pois tentara o suicídio. Foi sua primeira passagem por um hospital psiquiátrico, o ano era 1949. Nessa clínica, envolveu-se com o psiquiatra, mas não dá detalhes do que houve, diz apenas que, além de perder toda a confiança de sua mãe, viu-se só. Segundo Maura:

Após a experiência do sanatório, desisti de insistir na vida em que antes me obstinava. A atitude do psiquiatra abriu-me nova perspectiva. Eu não era a mocinha moradora em pensionatos, a ‘Minas-girl’ como são chamadas as moças do Minas Tênis Clube. Mudei-me para um hotel de luxo, travei conhecimento com moças consideradas mais ou menos livres, que me aceitaram sem restrições, conheci rapazes, que também me aceitaram encantados, os rapazes mais em evidência na sociedade. Passei a frequentar boates de luxo, aprendi a fumar, embriagava-me todas as noites, gastava a minha herança de maneira insensata. Não me preocupava absolutamente com minha reputação. Já não estudava coisa alguma – fazia farras. Deixava-me levar em turbilhão – mas parecia buscar ainda algo. (...) As coisas melhoraram sensivelmente: nada esperava. Vivia com intensidade cada momento. Era considerada uma jovem louca, amoral (ou imoral?), irresponsável, bonita, inteligente e rica. O telefone do meu apartamento de hotel tocava a cada instante. Amigos e

amigas procuravam-me sem cessar, as amigas sempre me pediam favores. Tornei-me muito elegante, sabia ser admirada. Necessitava de gente constantemente ao meu redor. (Cançado, 1991:64-65)

Maura já estava separada, deixara o filho com sua mãe e vivia uma vida considerada livre demais para os padrões familiares. O livro relata parte disso. O resultado foi o gradativo afastamento da família. Os sobrinhos eram mandados a estudar longe de Belo Horizonte. O hábito da família era enviar as meninas para estudar no Sacré-Coeur de Marie e os meninos para o Colégio Arnaldo, ambos em Belo Horizonte. No entanto, depois da mudança de Maura, seus sobrinhos não iam mais para Belo Horizonte, assim os pais (irmãos de Maura) evitavam os maus exemplos da tia. Seu nome não era sequer pronunciado, segundo Ana.

Como já disse anteriormente, não posso afirmar que os peritos tenham lido Hospício é Deus, já que isso não é mencionado em nenhum momento da documentação. Podem tê-lo feito, assim como Maura pode ter-lhes contado as mesmas passagens do livro, ou ambos os casos, já que precisavam recolher material sobre sua vida. O que considero importante ressaltar é a forma como o laudo atualiza esse relato autobiográfico de Maura. Se colocadas lado a lado, a narrativa de Hospício é Deus e a que compõe laudo, na anamnese, são histórias muito semelhantes; contudo, o laudo atribui à sua um sentido definitivo, único. Sendo assim, ao atentar para os sentidos que estão implícitos na narrativa de Maura, lembro-me de Assis Brasil. Quando Brasil (1975) escreveu sobre Hospício é Deus, considerou-o um relato de denúncia, um documento social. Nas palavras do autor:

O Diário nos fornece logo a seguinte idéia: amadurecemos culturalmente, e o depoimento humano no Brasil adquire

expressão literária, para retratar aspectos de um grupo social. Robert Kanter, analisando o último volume do 'journal' de François Mauriac – "Le Nouveau Bloc-Notes" – assinala: "Le journal, cela peut être l'histoire d'un homme à la recherche de son âme au celle d'un peuple en train de perdre la sienne." O Diário de Maura Lopes Cançado alcança os dois sentidos da citação de Kanter: a tentativa de situar um drama pessoal em função de um contexto, onde se sobressai o problema maior de uma premente justiça social. (Brasil, 1975: 101)

No livro O século oculto, Nelson de Oliveira (2002) pergunta: onde estará Maura Lopes Cançado? Refere-se à sua passagem rápida e marcante, a seu ver, pela literatura. Oliveira, nesse livro, retoma nomes que se destacaram em algum momento, mas que foram esquecidos com o tempo, assim como as obras. Ao lembrar Maura, fala principalmente em Hospício é Deus:

Com 'Hospício é Deus'(...) Maura pretendia denunciar o sistema psiquiátrico brasileiro. E ela de fato o fez da melhor maneira que sabia: estraçalhando-nos, ou seja, transformando em grande literatura o que em mãos menos competentes seria apenas um libelo. (Oliveira, 2002:67)

Maura falava sobre o cotidiano em uma instituição psiquiátrica. Mostrou as dificuldades que marcavam esse dia a dia, tão cheio de descaso e violência; a hierarquia interna; os tipos de tratamentos empregados; mecanismo de ajustamento, etc. Em nenhum momento, o universo das instituições psiquiátricas – totais – é mencionado no laudo. Nada do que é levado em conta para justificar o crime é exterior

a Maura. No laudo, todos os discursos de reprovação são acionados, transformando essa história e todo o resto que conseguiram juntar em uma curva de vida defeituosa – em todas as suas dimensões. Essa curva mostra a pessoa extravagante, caprichosa, esdrúxula, imoral, divorciada da realidade. Pouco ou nada se salva nessa reconstrução de vida. Todas essas noções reafirmam o delito e, segundo Foucault, constituem-no como um traço individual.¹ Daí a impossibilidade de associar o crime, por exemplo, à conduta falha do hospital psiquiátrico em que Maura estava internada. A dinâmica de um hospital psiquiátrico, como eu disse, não é levada em conta.

No laudo psiquiátrico estão anexados três pareceres sobre a paciente Maura Lopes Cançado, de hospitais psiquiátricos onde esteve internada. São pareceres que descrevem situações relacionadas ao estado da paciente durante as internações, e são anteriores à época do crime. Estes pareceres, cedidos pelas clínicas, serviram de material analítico para os peritos. O primeiro é da Clínica Bela Vista, o segundo da Casa de Saúde Dr. Eiras e o terceiro é do Hospital Gustavo Riedel. Este último tem os seguintes itens: Ato de internação, com apontamentos sobre os traumas descritos pela internada, sobre as várias internações anteriores e o apontamento de anomalias em alguns eletroencefalograma (EEG); o segundo é denominado Atenção, seguido de uma observação sobre idéias suicidas da internada; e o terceiro, Evolução, mostra algumas observações sobre o quadro evolutivo da paciente desde sua internação, ou seja, desde o primeiro item, Ato de internação. Diz a Evolução:

¹ No Brasil a psicologização do crime e sua individualização tem como principal idealizador Heitor Carrilho. Defensor do Direito Positivo, Carrilho se opunha ao Direito Punitivo. Segundo Peter Fry (1985), foi devido à sua extrema dedicação à causa positivista que ocorreu a implementação de manicômios judiciais no país. O primeiro foi em 1919, o Manicômio Judiciário, hoje chamado Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro. Nele, Carrilho ocupou o cargo de diretor *ad vitam*.

A paciente mostra-se extremamente revoltada e agressiva, criando casos na enfermaria, culminando por quebrar os vidros da janela, pulando para o lado de fora, desacatando-nos e ameaçando de se jogar ao solo, caso alguém dela se aproximasse. Esta atitude ultimamente da paciente, baseia-se em revolta e queixas contra tudo e todos aqui. Suas queixas, se lógicas e justas de um lado mostram entretanto o patológico, pela intensidade de sua reação. (Processo penal, fl. 84)

As queixas lógicas e justas são, contudo, reveladoras da insanidade de Maura e, por isso, parecem ser destituídas de validade. No livro, os relatos referem-se, principalmente, ao Engenho de Dentro, com algumas evocações sobre clínicas que haviam ficado no passado. No entanto, aqui chegamos a uma questão importante. O lógico e justo parece perder o sentido quando associados a um paciente psiquiátrico. Sérgio Carrara fala de uma situação interessante que presenciou durante sua pesquisa no Manicômio Judiciário Heitor Carrilho, no Rio de Janeiro, em 1983. Os internos reivindicavam o direito a um parlatório, ou seja, um lugar onde eles pudessem receber seus parceiros sexuais. Havia, no entanto, grande hesitação da parte dos terapeutas e médicos em implementá-lo. O medo era que alguma violência pudesse ocorrer e, nesse caso, quem seria o responsável? Diz Carrara: Novamente aqui aparece a atitude paradoxal de reconhecimento dos direitos dos internos e de sua incapacidade de exercê-los (Carrara, 1998:37). A situação chama à questão posta no parecer médico de Maura, isto é, a do lógico e justo.

Os casos são diferentes, mas a atitude médica é a mesma. As queixas de Maura são justas, mas sua reação a impede de exercê-la com reconhecimento. A loucura é exatamente aquilo que destitui os internos de seus direitos. Goffman fala sobre os direitos dos internos a partir da ideia de expropriação: A carreira do pré-

paciente pode ser vista através de um modelo de expropriação; começa com relações e direitos e termina, no início de sua estada no hospital, praticamente sem relações ou direitos (Goffman,1996:116). A loucura também é medida pela reação, no entanto, no laudo não é associada à violência institucionalizada contra as pacientes¹. Esse tipo de questão não é levantada no laudo pelos peritos. Nem tudo é relevante nessa história de vida que é contada aos peritos e depois recontada pelos peritos. Logo o que se percebe é que há escolhas. E mais ainda. Quando os peritos colocam o trecho acima citado, é no sentido de reafirmar ao juiz a violência da paciente, mas em nenhum momento associá-la à situação lógica e justa, diante das práticas institucionais. A responsabilidade precisa ser atrelada à paciente. Em nenhum momento, no laudo, a responsabilidade do hospital no qual Maura estava internada é questionada.

Frente a essas narrativas, duas questões poderiam ter sido contempladas no laudo: a primeira é relacionada ao ambiente violento das instituições psiquiátricas da época; a segunda, a responsabilidade da clínica em questão, que não apresentava condições de impedir qualquer reação violenta de pacientes, tanto contra si próprios

¹ Um dos muitos exemplos do diário: 30-12-1959 *Durvalina tem um olho roxo. Está toda contundida. Não sei como alguém não toma providencias para que as doentes não sejam de tal maneira brutalizadas. Ainda mais que Durvalina se acha completamente inconsciente. Hoje fui ao quarto-forte vê-la. O quarto-forte fica nos fundos da Seção M.B., onde Isabel está. Isabel é considerada "doente de confiança", carrega as chaves da seção, faz ocorrências e tem outras regalias. Abriu-me o querto para que eu visse Durvalina. Durvalina abraçou-me chorando, pediu-me que a tirasse de lá. O quarto é abafadíssimo e sujo. Fiquei mortificada, perguntei-lhe se sabia quem lhe batera, e ela: 'Não. Alguém me bateu?' Dona Dalmatie disse que o professor Lopes Rodrigues, diretor-geral do Serviço Nacional de Doenças Mentais, proferiu, aqui, um discurso, na porta (nas portas, porque são três)do quarto-forte, dizendo mais ou menos isto: 'Este quarto é apenas simbólico, pois na moderna psiquiatria não o usamos'. Por que então estes quartos nunca estão vagos? (Cançado, 1991:117).*

quanto contra outros. De certa forma, no requerimento dos advogados e nos relatos de Maura, como mostrei, essas questões estavam contempladas de alguma forma, contudo, para os peritos, elas não existiam. O tipo de abordagem desses psiquiatras era pautada pela classificação dos indivíduos a partir de seus antecedentes pessoais. O objetivo era saber em que medida o crime fora determinado por essa personalidade individual. Daí as instituições psiquiátricas, seus mecanismos e práticas não influírem nesse olhar sobre Maura, ainda que os peritos soubessem do sistema falho, da violência instituída. Ignorar esse sistema era e ainda é parte da prática.

No Brasil, o movimento que começa a questionar a violência nos manicômios, as práticas asilares, as conseqüências dessas práticas sobre os pacientes, e mesmo o saber psiquiátrico, surgiria no horizonte a partir de 1978, mas de forma ainda tímida. Mas ainda assim, pensando na reforma psiquiátrica e no movimento de crítica que ela começa a estabelecer sobre essas práticas e saberes nesse campo, quando se trata de um caso onde loucura e crime estão vinculados, o trabalho do psiquiatra, no que concerne ao exame de sanidade mental, não alcança essa crítica. O caso de Maura, que trás o crime atrelado à loucura, faz o olhar dos peritos ficar preso à doença e a nada mais. Essa tendência no Brasil começa com Heitor Carrilho, segundo Peter Fry (1985), com a psicologização do crime, mas perdura até os dias de hoje.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os autos de um processo criminal são uma documentação que visa buscar a verdade sobre um determinado delito e sendo assim constrói um arquivo sobre a vida do réu ou ré constituído de fragmentos, narrativas biográficas sobre esse sujeito. O que se tem, então, é uma verdade não apenas sobre o crime, mas acima de tudo sobre o ré a partir da história que ela mesma contou. É preciso recriar essa história de vida de maneira que ela se encaixe aos estereótipos e justifique o crime. Na tentativa de

solucionar a questão, a justiça acaba por tirar-lhe o direito de atribuir sentidos a sua própria história. No entanto, a comparação e sobreposição da “biografia jurídica” a autobiografia de Maura mostra que não há uma única versão possível.

Assis Brasil, quando escreveu sobre a narrativa autobiográfica de Hospício é Deus, caracterizou-a como uma narrativa de denúncia. O mesmo repetiu a mim, durante a entrevista que me concedeu. Para o autor o livro não só expõe o sofrimento interior, existencial, mas aquele causado pela estrutura falida das instituições da época. Já para os peritos-psiquiatras, a narrativa de Maura, autobiográfica, poderia ser lida como uma narrativa que a denuncia. Nessa busca dos peritos por indícios que possibilitem encaixar essa curva de vida defeituosa ao crime – de forma a suprimir a responsabilidade do feito – todo tipo de informação acrescentada reitera essa vida defeituosa.

São exemplos de diferentes interpretações de uma mesma história. Mas é a partir dessas diferenças que estão presentes nas narrativas de e sobre Maura que se torna possível escapar, por exemplo, ao status de verdade que a “biografia jurídica”. E nesse sentido, as narrativas autobiográficas de Maura, especialmente Hospício é Deus, são como uma resposta permanente ao discurso que desqualifica essa vida, característico do laudo psiquiátrico. A escrita, ou o ato literário – para intensificar o que gostaria de dizer – ganha um sentido de resistência.

Maura passa toda sua vida em busca de um bureau onde pudesse escrever e, na maioria das vezes, esse bureau esteve nos hospitais psiquiátricos, em lugares improváveis. O bureau, é possível pensá-lo como o espaço de liberdade, de reflexão e de ressignificação do espaço do hospital psiquiátrico e mesmo da prisão, pois é o lugar da escrita. Quando Maura diz ao leitor “Só sou autêntica quando escrevo. O resto do tempo passo mentindo.”, há um pacto que se estabelece entre sua vida e a escrita e isso remete ao que Philippe Lejeune define como o pacto autobiográfico. A questão do

pacto é importante para o autor à medida que se torna um critério na definição de autobiografia em relação a outros gêneros literários. No entanto, o pacto implica em uma certa ideologia biográfica, ou seja, a crença que podemos dizer a verdade, e que temos uma existência individual e autônoma (Lejeune, 1983:426). Analisado a partir de outras disciplinas, o pacto ganha uma característica naif. Entretanto, Lejeune justifica o mesmo a partir da intenção de explicitar e descrever as posições e crenças necessárias ao funcionamento do sistema, ou seja, do gênero autobiográfico.

Maura propõe um retrato de si mesma em seu texto, o que também significa que constrói uma imagem de sua pessoa e de sua personalidade. Para Lejeune, há uma intenção de verdade colada aos relatos. Se essa intenção pode ser alcançada e a verdade materializar-se em palavras, isso não me parece o fundamental. O que gostaria de ressaltar não é a crença nessa verdade, mas a crença de Maura nessa verdade. Isso a faz escrever Hospício é Deus que, como ato literário, afrouxa as amarras da “biografia jurídica” narrada pelos laudos psiquiátricos e restitui à Maura sua liberdade e permanência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARTIÈRES, Phillippe. *Arquivar a própria vida*. Revista Estudos Históricos, 1998 . Vol. 11, No 21.
- BARTHES, Roland. *A câmara clara*. RJ: Nova Froteira, 1984.
- _____. *Sade, Fourier, Loyola*. SP: Martins Fontes, 2005.
- BRASIL, Assis. *A Nova Literatura III: O Conto*. RJ: Pallas, 1973.
- CANÇADO, Maura Lopes. *O hospício é Deus*. SP: Círculo do livro, 1991.
- CARRARA, Sérgio. *Crime e loucura*. SP: Edusp 1998.
- CORRÊA, Mariza. *Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais*. RJ: Edições Graal 1983.
- CUNHA, Olívia Maria Gomes da. *Tempo imperfeito: uma etnografia do arquivo*. Mana . 2004, vol.10, n.2, pp. 287-322 .
- DOUBROVSKY, Serge. “Sartre: autobiographie/autoficcion”. Revue des Sciences Humaines. 98, 1991 4: 17-25.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. RJ: Vozes 1991.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. RJ: Nau Editora, 2002.

_____. *Os anormais*. SP: Martins Fontes, 2002.

_____. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. RJ: Graal, 2003.

FRY, Peter. *Direito positivo versus direito clássico: a psicologização do crime no Brasil no pensamento de Heitor Carrilho*. in Cultura psicanálise Figueira, S. A. (org). SP: Brasiliense, 1985.

GINZBURG, Carlo. *O fio e os rastros*. SP: Cia das Letras, 2006.

GOFFMAN, Erving. *Conventos, manicômios e prisões*. SP: Perspectiva, 1996.

LEJEUNE, Philippe. *Le pacte autobiographique*. Édition du Seuil, 1996.

LOUREIRO, S.r.; ZUARDI, A. W. (1996) *Semiologia psiquiátrica*. Medicina, Ribeirão Preto, 29: 44-53, jan./mar. 1996

OLIVEIRA, Nelson de. *O século oculto*. RJ: Escrituras, 2002.

ZARIAS, Marcelo. *Negócio público e interesse privado: análise dos processos de interdição*. Dissertação (mestrado em Antropologia Social), Universidade Estadual de Campinas, 2003.

MEDO DO CRIME NO BRASIL: ALGUNS EFEITOS DA CONVERGÊNCIA ENTRE O MEDO E A SEGURANÇA PÚBLICA

Daniel Jorge Salles de Freitas¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar alguns dos efeitos do medo do crime nos discursos e nas práticas de segurança pública no Brasil. A partir de revisão bibliográfica e ancorando-se na perspectiva do Interacionismo Simbólico, argumenta que, o medo do crime se configura hoje como um elemento cultural central na maioria das sociedades democráticas. Assim, o medo do crime deixa de ser apenas uma emoção e se transforma também numa perspectiva através da qual os indivíduos compreendem o mundo, produzindo novas formas de experiência e subjetividade determinantes para a sociabilidade e a construção do self pós-moderno. Os efeitos do medo do crime, ainda que possam ser verificados em vários países, assumem características locais em cada sociedade. No Brasil, ele está diretamente relacionado às formas de organização social e modos de vida nas grandes cidades, repercutindo no crescimento e maior visibilidade pública de demandas punitivas e segregadoras. Entre as implicações desse processo, destacam-se: a construção de poderosas identidades sociais em torno da figura da vítima, que se transforma numa representação coletiva importante na esfera pública brasileira; o aumento dos mecanismos de vigilância, que,

em nome da segurança pública, naturalizam-se e passam a fazer parte do ambiente urbano; um ajustamento dos discursos políticos sobre o crime a perspectivas mais populares, impactando a legislação penal e a atuação de alguns órgãos do sistema de justiça. Ao final, conclui-se que o discurso da segurança pública no Brasil se constitui como a própria articulação política do medo do crime, configurando um importante campo de pesquisa para a Sociologia e o Direito.

Palavras-chave: Medo do crime; segurança pública; discurso do medo.

ABSTRACT

This article aims to analyze some of the effects of fear of crime in the discourses and practices of public security in Brazil. From literature review and anchoring itself in the perspective of Symbolic Interactionism, argues that fear of crime is configured today as a central cultural element in most democratic societies. Thus, fear of crime is no longer just an emotion and becomes also a perspective through which individuals understand the world, producing new forms of subjectivity and experienced determinants for sociability and the construction of postmodern self. The effects of fear of crime, even though they can be verified in several countries, have properties in each local society. In Brazil, it is directly related to the forms of social organization and lifestyles in the big cities, reflecting the growth and visibility of public demands punitive and segregated. Among the implications of this process are: the construction of powerful social identities around the figure of the victim, which becomes an important collective representation in Brazilian public sphere; increased surveillance mechanisms, which, in the name of public safety, to naturalize and become part of the urban environment, an adjustment of the political discourse on crime to the most popular prospects, impacting the criminal law and the performance of some organs of the justice system. At the end, we conclude that the

¹ Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Juiz de Fora; membro do Núcleo de Estudos sobre Violência e Políticas de Controle Social da UFJF. E-mail: danieljs.freitas@hotmail.com

discourse of public security in Brazil itself is constituted as a political articulation of fear of crime, setting an important field of research for sociology and law.

Keywords: *Fear of crime, public safety; discourse of fear.*

INTRODUÇÃO

O medo do crime tem se tornado um fator cada vez mais decisivo nas formas de sociabilidade e no comportamento político em grande parte das sociedades democráticas contemporâneas. Este artigo irá analisar de que maneira essa progressiva centralidade do medo do crime está relacionada às transformações sociais da pós-modernidade, e como ele se configura como um elemento decisivo na cultura contemporânea.

Quando o medo do crime é visto como um fator cultural, isso significa que ele se torna mais do que apenas uma emoção: em tal contexto, ele se torna uma referência interpretativa, uma perspectiva a partir da qual se vê o mundo. O medo do crime permite que os indivíduos atribuam sentido a temores, ansiedades e inseguranças que, por serem difusas e extremamente fluidas, muitas vezes se tornam incompreensíveis. O novo lugar simbólico que o crime passa a ocupar corresponde também a uma nova experiência do crime, ou seja, novas formas de organização da vida social motivadas pela convivência concreta com altas taxas de criminalidade verificadas na maior parte das democracias ocidentais (GARLAND, 2008).

Por fim, observa-se especificamente em relação à sociedade brasileira três processos relacionados a essa transformação cultural do medo do crime: a construção de processos identitários em torno da vitimização, a disseminação e naturalização da vigilância, e a progressiva incorporação de demandas punitivistas e reacionárias por agentes da política. Conclui-se com a proposta de uma abertura do campo investigativo da Sociologia e do Direito para fenômenos relacionados a essa articulação política do medo do crime na sociedade brasileira contemporânea.

1. MEDO E CULTURA: O LUGAR DO MEDO DO CRIME NA CULTURA DEMOCRÁTICA CONTEMPORÂNEA

Incerteza, insegurança e medo têm sido apontados como características fundamentais das sociedades pós-modernas. Num contexto de transformações sociais que se sucedem velozmente, muitas vezes as pessoas conseguem acompanhá-las, o que provoca uma sensação de incoerência e falta de sentido nos acontecimentos. No contexto de transformações pós-modernas, as instituições sociais perdem a capacidade de se serem as referências de estabilidade e de confiança das pessoas nas condições do seu ambiente, num processo que impactos significativos nos processos pós-modernos de construção das identidades ameaçando a própria segurança ontológica dos indivíduos.

O que se chama de “identidade” não se refere a algo rígido e fixo que se possa “possuir”, mas, antes, a um processo permanente no qual sua apresentação e seu reconhecimento podem variar conforme as pessoas definam cada situação em que se encontram. Nesse sentido, ao invés de dizer que as pessoas “têm” uma identidade, pode-se afirmar mais corretamente que as pessoas vivem em processos de identidade (ALTHEIDE, 2006). É importante notar que os processos identitários (assim como os processos de produção e negociação dos *selves* de forma geral, do qual faz parte a identidade) sempre ocorrem dentro de contextos institucionais. De acordo com Norman Denzin (2006) as conexões entre a subjetividade pessoal e as estruturas sociais passam necessariamente pelas instituições, o que em outras palavras significa dizer que as mediações entre as transformações estruturais e as identidades pessoais são feitas institucionalmente. Justamente por tal motivo é de se esperar algum grau de coerência entre as identidades pessoais e sociedade, ou, como afirma Stryker, *the principle that “self reflects society” requires a view of self that corresponds with the realities of the contemporary complexities of society* (STRYKER, 2003). No contexto

da pós-modernidade as instituições vêm passando por profundas reconfigurações, apresentando aos indivíduos referências fragilizadas e instáveis, o que reflete em processos mais problemáticos de produção de identidades. É principalmente esse tipo de insegurança ontológica que produz altos níveis de incerteza e ansiedade nas pessoas quanto à sua própria condição no mundo, que passa a ser percebido como arriscado e inconstante.

Num cotidiano onde o incompreensível passa a fazer parte das rotinas dos indivíduos (BAUMAN, 2008), a insegurança é naturalizada como uma condição de existência, atravessando todas as dimensões da vida. Família, escola, trabalho e todas as demais instituições sociais que foram importantes fontes para a construção das identidades modernas não conseguem mais corresponder às expectativas de estabilidade e confiabilidade sobre as quais se desenvolveram desde o início da era moderna. Os impactos dessa mudança são sentidos pelos indivíduos como estando vulneráveis e sujeitos não apenas à rupturas significativas nas suas relações pessoais e institucionais, mas também a desmoronamentos internos nos seus próprios quadros de sentido do mundo.

Uma das instituições sociais onde esses impactos são largamente percebidos é o Estado, que perde grande parte da configuração típica que caracterizou o Estado moderno. Entre os acontecimentos fundamentais que levou a formação e o desenvolvimento dos Estados modernos tais como os conhecemos foi a reivindicação do monopólio legal da violência organizada. Monopolizando a violência dentro de seu território, o Estado soberano se firmou como autoridade dentro de seus limites, solucionando um problema histórico específico: o estabelecimento da ordem e da segurança. A imposição da lei (mesmo que por meios violentos) e a pacificação forçada tanto dos inimigos internos do Estado quanto dos próprios súditos em geral fez com que, ao longo do tempo, a vontade soberana do emergente poder estatal ganhasse

legitimidade cada vez maior, passando a ser vista progressivamente como a lei e a justiça por excelência (isso contrastava com o que ocorria anteriormente, quando não haviam referências que unificassem a lei e a justiça dentro de um território, e a segurança era uma questão privada com a qual os próprios indivíduos deveriam arcar). Como resultado, nos países onde se desenvolveram arranjos liberais democráticos o poder estatal de imposição da lei e da ordem acabou por tornar-se uma obrigação “contratual” devida pelos governos aos cidadãos.

A “garantia” de lei e ordem, de proteção ao cidadão contra a violência, o crime e a desordem, se tornou um dos benefícios públicos cruciais conferidos ao povo pelo Estado. (GARLAND, 2008)

Dessa maneira, o compromisso com a garantia de ordem social e segurança pessoal aos cidadãos se tornou uma característica fundamental do Estado moderno. Ao longo de seu desenvolvimento, uma das formas assumidas por esse compromisso foi o controle do crime, que se concretizou na criação de agências estatais especializadas que, posteriormente, se estruturariam como um verdadeiro sistema de justiça criminal¹. No século XX o controle do crime consolidou-se como uma questão exclusivamente estatal, e o público geral não era instigado a participar diretamente de nenhuma ação de prevenção e combate ao crime. Além disso, o debate acerca de quaisquer assuntos

ligados ao poder punitivo estatal – formas de punição, regimes de cumprimento de sentenças ou tipificação penal, por exemplo - eram completamente fechadas ao público, cabendo exclusivamente a especialistas e funcionários do Estado. No período pós-guerra, em especial, questões referentes à lei e à ordem tendiam a ser politicamente residuais ou diluídas em assuntos mais centrais das políticas governamentais das democracias ocidentais, como educação, saúde e bem-estar. O debate público e a exploração política da lei e da ordem eram, aliás, vistos como atributos dos regimes totalitários (PRATT, 2007).

A confiança na capacidade estatal em garantir a segurança pública esteve inabalada durante a maior parte do século XX. Até a década de 1970, pelo menos, acreditava-se que o sistema de justiça criminal do Estado moderno era realmente eficaz em lidar com o crime: além de não ser uma questão que afligisse a população nas democracias ocidentais, grande parte desses países registravam baixos índices de criminalidade. Entretanto, tudo indica que o sucesso atribuído à atuação estatal fosse, na verdade, mais dependente do que se pudesse supor daqueles controles sociais informais exercidos por instituições como organizações de trabalhadores e igrejas, e também por esferas de controle como a família, a vizinhança e os locais de trabalho (GARLAND, 2008). No roteiro típico da modernidade as formas de socialização realizadas pelas diversas instituições tendiam fortemente a se complementarem e se reforçarem, de maneira que família, igreja, escola e trabalho, por exemplo, operavam todos no mesmo sentido que os órgãos estatais e se legitimavam mutuamente, favorecendo uma certa sensação de coerência e estabilidade da vida social. Os resultados que se creditavam ao sistema de justiça criminal estatal seriam, nesse sentido, os frutos de todo um contexto social bastante específico, e não de um determinado modelo particularmente bem sucedido de sistema de justiça criminal. Na verdade, sucesso institucional atribuído ao sistema estatal de controle do crime e

¹ Garland observa que, no caso da polícia, durante o século XIX ela gradualmente foi se transformando de um instrumento de defesa dos interesses do Estado em si para se tornar um serviço público, voltado para os direitos dos cidadãos e para o provimento de segurança e proteção para a população como um todo.

manutenção da ordem estava em sintonia com a crença moderna na efetividade do Estado em resolver os problemas sociais por meio de seus profissionais e suas burocracias orientadas racionalmente para tarefas específicas.

A cultura democrática moderna se desenvolveu vinculada à crença no progresso e na eliminação progressiva dos problemas que afligiam a humanidade. Entretanto, a partir da década de 1970, uma série de sucessivas transformações abalou fortemente essa crença, o que vem alterando significativamente o panorama cultural contemporâneo. Processos envolvendo mudanças na dinâmica da economia e da produção capitalista, gigantescos avanços tecnológicos nos setores de transportes e sistemas de informação e comunicações, alterações na configuração das famílias e nos relacionamentos pessoais, novas conformações na distribuição populacional e nas relações da população com o espaço urbano, a ascensão e a quase onipresença dos meios de comunicação eletrônicos e a participação cada vez maior do público nas esferas cultural e política podem indicar, resumidamente, as principais forças que conduziram as alterações culturais nas democracias ocidentais a partir da segunda metade do século XX, afetando desde as grandes estruturas sociais como a economia global e o modelo de Estado moderno, até as intimidades da vida cotidiana dos indivíduos e do próprio self. Questões relacionadas ao crime e ao controle da criminalidade foram profundamente alteradas por essas mudanças; mas, mais do que isso, importa ressaltar que na pós-modernidade o crime se torna um tema central na cultura democrática ocidental, um elemento através do qual o público articula simbolicamente os medos, ansiedades, frustrações e incertezas que marcam os novos tempos.

2. O MEDO DO CRIME COMO ELEMENTO CULTURAL DECISIVO

Toda transformação social envolve simultaneamente dimensões simbólicas e concretas. O processo que conduziu o crime, ou mais precisamente, o medo do crime, a um papel central na vida contemporânea diz respeito a novas configurações e experiências concretas do público com o crime, mas também articula simbolicamente os sentimentos e emoções do público em relação às mudanças sociais e às condições de vida.

A dimensão concreta desse processo pode ser constatada através da observação de um crescimento consistente nas taxas de criminalidade dos países industrializados a partir dos anos 1970 (GARLAND, 2008; PRATT, 2007). Esse fato parece estar intimamente associado à dinâmica das transformações da pós-modernidade observadas acima, que teriam levado as sociedades pós-modernas a uma configuração mais propícia ao crime¹. O aumento nos índices de criminalidade trouxe a experiência direta ou indireta do crime para uma esfera rotineira da vida das pessoas. Mesmo sem serem vítimas imediatas, os indivíduos passam a viver num ambiente em que o crime é uma presença constante – tanto simbólica como concretamente. Conforme Garland, o crime se torna um fato social normal, e a convivência com o crime gera novas formas subjetividade, de ações e de representações que são incorporadas à percepção naturalizada de mundo das pessoas nas grandes cidades, ensejando uma “nova experiência do crime”.

Entre os anos 1960 e 1990, todo um complexo de fenômenos relacionados se

¹ Novas formas de trabalho, de ecologia urbana, do aumento de bens de consumo, redução da eficácia dos controles sociais e individuais, aumento das desigualdades sociais e econômicas, entre outros, são apontados por diversos autores como potencializadores do aumento da criminalidade no mundo contemporâneo.

erigiu em torno do crime – notadamente, um medo disseminado do crime, comportamentos rotineiros de cautela, representações culturais e midiáticas popularizadas e uma generalizada “consciência do crime”. Neste sentido, a alta criminalidade – e as reações a ela – se transformou em princípio organizacional da vida diária, parte integrante da organização social. (GARLAND, 2008).

Nesse sentido o medo do crime se torna um elemento estruturador da vida social na pós-modernidade. Segundo o autor, mesmo em períodos em que as taxas de criminalidade caíram, o medo do crime não diminuiu, indicando a existência de um elemento cultural concretamente sedimentado e fortemente enraizado.

Essa nova experiência do crime é, certamente, extremamente variável conforme cada contexto nacional e social específico - a probabilidade de vitimização, o nível de medo, ou as crenças sobre as causas e as soluções para o crime, por exemplo, são desigualmente distribuídas. O que se quer enfatizar aqui, entretanto, é a reconfiguração social que de forma ampla e geral alçou o crime a uma posição muito mais relevante do que fora até então. O crime, de uma experiência excepcional e incomum para o público, passa a ser rotineira. Se antes se confiava que o Estado era capaz de garantir a segurança individual dos cidadãos, agora cada indivíduo precisa lidar com essa questão e pensar em atitudes e estratégias rotineiras que minimizem a chance de ser vitimizado (qualquer pessoa que possui um automóvel, que se desloca pela cidade ou precisa deixar sua casa vazia, por exemplo, precisa se preocupar com o

crime e tomar certas atitudes para evitá-lo). Isso significa que o crime se torna um dado a mais na percepção de mundo dos indivíduos e na organização das rotinas diárias. Ao longo do tempo, sua importância cresceu gradativamente, ao ponto de se tornar um dos elementos centrais no cotidiano das grandes cidades.

Essas transformações na experiência social concreta do crime é acompanhada simultaneamente por uma nova forma de percepção social do crime. Na percepção de mundo dos moradores das grandes cidades, o crime se torna um elemento simbólico capaz de dar sentido aos temores, ansiedades e inseguranças de diversas ordens que atravessam a vida urbana, oriundos daqueles grandes transformações que deslocaram os referenciais de estabilidade e identidade. Experiências difusas de medo e incerteza, que nem sempre conseguem ser bem compreendidas pelas pessoas, encontram articulação através do medo do crime. Assim, o medo do crime representa o medo de um mundo em descontrole, da hostilidade que parece intrínseca à fluidez das novas configurações sociais.

As mudanças observadas nos últimos anos nas orientações das políticas criminais ou no funcionamento dos sistemas penais, por exemplo, se ligam num nível cultural mais profundo à reações ou adaptações à dinâmica do mundo contemporâneo, de modo que a análise do campo do controle do crime implica uma análise social mais ampla. O lugar simbólico que o tema do crime assume nas sociedades democráticas é decisivo nas suas formas de organização social, impactando desde o dia-a-dia da vida cotidiana até a política, economia e cultura. Nesse sentido, pode-se concluir que o colapso do mito do Estado moderno como garantidor da ordem e provedor de segurança produz uma série de fenômenos interligados onde a tematização criminal articula e representa os sentimentos públicos em relação à insegurança e incerteza que marcam esse período de mudanças. A virada punitiva que se observa no campo do controle do crime, por exemplo, sinaliza uma tendência reativa que não é apenas

política, mas também social e cultural, que se dirige contra transformações que ameaçam a ordem, a autoridade e a soberania do Estado moderno.

3. O MEDO DO CRIME E SUAS ARTICULAÇÕES POLÍTICAS

À medida que os sinais de desordem e a possibilidade real de se tornar vítima do crime se fazem presentes nos espaços urbanos, o medo se torna um elemento cada vez mais intrínseco à vida cotidiana das pessoas. O medo do crime associado à outras aflições e incertezas mais difusas faz com que a insatisfação social assuma também a forma de uma política de reação que canaliza aquelas angústias individuais e sociais através de uma perspectiva de mundo e de um conjunto de propostas e ações mais ou menos específicas, mas sempre voltadas para a questão da segurança e do combate ao crime. A presença constante do crime e a possibilidade de se tornar vítima passaram a ser traduzidas politicamente como a vitimização dos “cidadãos decentes que pagam seus impostos e obedecem às leis pelo próprio governo que não trata os criminosos como deveria”. Vale destacar que mais do que apenas a exploração deliberada das questões de “lei e ordem” pelos atores políticos, se trata aqui principalmente de uma transformação nas sensibilidades do público de massa motivadas pela nova experiência do crime e pelas ansiedades diante das incertezas que caracterizam a nossa época. Equivale a dizer que existe algo intrínseco na cultura democrática contemporânea que alimenta uma postura fortemente emocional de reação à pós-modernidade. Indignação, raiva, ressentimentos são emoções que caracterizam as novas sensibilidades públicas para com o sistema de justiça criminal, e as expressões de tais sentimentos dão origem à formas culturais legitimadas de se lidar com eles (GARLAND, 2008).

A canalização política de tais sentimentos indica uma disposição pública aparentemente paradoxal em relação ao Estado contemporâneo, mas que na verdade não é. Os governos em geral constantemente recebem duras críticas da população

devido à sua alegada ineficiência em controlar o crime, ao excesso de benefícios concedidos aos condenados e à falta de punição adequada para aqueles que violam as leis. Essas acusações assumem geralmente um tom emocional e mobilizam os indivíduos a formarem grupos pela lei e ordem que criticam o governo e o sistema legal, pressionam as autoridades a serem mais duras com os criminosos, a aprovarem leis mais severas, a criarem mais normas que criminalizem certas condutas e instituem novos tipos penais. Essa manifestação popular em apoio da lei e da ordem é amplamente explorada por políticos que tentam dar voz a essas pessoas propondo políticas e ações mais punitivas e duras. Entretanto, o que deve ser ressaltado é que apesar de criticarem severamente o poder público a maioria dessas pessoas não deseja enfraquecer o Estado, mas, ao contrário, querem reafirmar a autoridade estatal e a sua capacidade de impor ordem à sociedade e pacificar as relações sociais, mesmo que por meios violentos – exatamente como o Estado moderno se propunha a fazer. Daí o apoio que agentes formais de controle social e imposição da ordem – principalmente as polícias - costumam receber do público de massa em situações concretas: mais do que qualquer outro órgão do sistema de justiça criminal, são eles quem conseguem encarnar de forma mais imediata os desejos de punição, vingança e imposição da ordem¹.

A expressão pública de sentimentos punitivos não se liga instrumentalmente à punição e controle do crime, mas se refere antes à novas formas simbólicas de lidar com o declínio da autoridade estatal e novas formas de expressão política através das quais o público procuraria algum tipo de reafirmação ou demonstração de que ainda haveria algum poder capaz de controlar os acontecimentos e impor ordem social.

¹ É nesse canário, aliás, que John Pratt observa o florescimento de um populismo penal, que ele reputa como um dos processos sociais definidores do mundo contemporâneo (PRATT, 2007).

Nesse sentido, é possível concluir duas coisas importantes: primeiramente, mais do que uma resposta específica ao problema do crime, as alterações nas disposições e sentimentos do público em relação ao tema (e, consequentemente, na política e na justiça criminal) derivam de preocupações com a restauração de uma coesão social e moral que foi profundamente alterada diante das transformações do mundo contemporâneo. Em segundo lugar, e justamente pelo fato da reação ao crime não estar instrumentalmente ligada às ocorrências criminais em si, o medo se torna independente das taxas de crime (PRATT, 2007). Diversos autores apontam o fato de que mesmo quando os índices indicam que a criminalidade diminui, as pessoas continuam acreditando que ela cresce (ALTHEIDE, 2006; ALTHEIDE & MICHALOWSKI, 1999; PRATT, 2007; REINER, 2004), transformando o medo num dos elementos estruturadores da vida. Essa crença numa escalada constante da criminalidade reflete e reforça a sensação de perda da coesão social e de insegurança, ao mesmo tempo em que alimenta a visão de que o governo não consegue controlar o crime. As pessoas se sentem mais vulneráveis, e isso tem por efeito ampliar as demandas por medidas mais severas contra o crime. A sensação de que qualquer um pode ser vítima de um crime a qualquer momento torna o público mais dependente e suscetível a apoiar propostas e ações duras e repressivas, desde que prometam aliviar suas inseguranças e ansiedades (REINER, 2004).

Num ambiente cultural em que o crime se torna um elemento central, aqueles indivíduos que se sentem ameaçados pelas transformações da pós-modernidade compartilham, através do medo do crime, significados comuns que conferem sentido e coerência às suas experiências, sentimentos e inseguranças. Ao acreditarem-se ignorados pelos governos em suas demandas por mais segurança, canalizam seu ressentimento em expressões de raiva e descrédito em relação ao sistema criminal. Dessa forma, o medo do crime se incorpora ao próprio senso comum, à percepção de

“como o mundo é naturalmente”. Essa visão é reforçada diariamente em atitudes corriqueiras como quando conversas rotineiras entre as pessoas passam a girar em torno de preocupações e ansiedades quanto ao crime e a desordem, por exemplo; ou quando os meios de comunicação de massa são povoados por demonstrações de raiva e apreensão diante de tais questões; ou quando os diversos meios e canais de comunicação e informação passam a funcionar como válvulas de escape para que o público de massa possa se manifestar diretamente sobre o tema; ou quando os termos do debate sobre crime e punição são informados mais pelas emoções evocadas pelas suas representações do que pela sua análise racional; ou ainda quando casos específicos e eventos episódicos tornam-se as orientações mais poderosas das políticas criminais, relegando pesquisas e a opinião dos especialistas a um papel secundário (PRATT, 2007).

Dessa maneira, além de ser uma mera emoção, o medo se transforma também num sentido simbólico que “explica” o mundo e passa a servir como referência natural para as atitudes e disposições dos indivíduos em relação à realidade – ou seja, quando as pessoas definem a realidade como ameaçadora, elas passam a se comportar de forma coerente com essa definição, criando um ambiente social que efetivamente se inspira no medo. Daí a proliferação de câmeras de vigilância, o crescimento do mercado de segurança privada, os veículos blindados e rastreados por satélite, os detectores de metais, por exemplo, que são percebidos como elementos corriqueiros pelas pessoas, bem como mudanças nas formas de convivência e no comportamento social motivadas pelo medo do crime, que ocorrem naturalmente como se fossem banais. Num contexto como esse, o crime se torna um tema central do debate público, e área da segurança pública também passa a receber muito mais atenção dos políticos e dos meios de comunicação de massa.

4. EFEITOS DO MEDO DO CRIME NOS DISCURSOS E NAS PRÁTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL

Até aqui foi visto como o tema do crime se tornou um elemento central da cultura da maior parte das democracias ocidentais, e como o medo do crime se configura como uma perspectiva cultural que articula uma série inseguranças e incertezas difusas das pessoas num mundo que vem passando por profundas e velozes transformações. Nesse contexto, o crime articula o “mal” do mundo, da mesma maneira que o medo do crime fornece ao senso-comum uma perspectiva interpretativa considerada coerente para explicar mudanças sociais que parecem incompreensíveis, e para orientar as condutas das pessoas. Como esse processo tem sido identificado por vários pesquisadores como uma tendência generalizada na maior parte das sociedades democráticas ocidentais – ainda que com significativas variações regionais –, cabe perguntar se tal processo ocorre também no Brasil.

Ao que tudo indica, há uma série de motivos que justificam afirmar que o medo do crime tem se tornado cada vez mais relevante para as formas de organização social e modos de vida nas grandes cidades brasileiras. Importantes implicações desse fato podem ser observadas em três processos, a saber, a construção de poderosas identidades sociais em torno da figura da vítima; o aumento e a naturalização dos mecanismos de vigilância; o ajustamento dos discursos políticos sobre o crime a perspectivas mais populares. Antes de analisarmos brevemente cada um desses processos, vale ressaltar que a noção de crime com a qual opera o senso comum não coincide com a definição jurídica. Mais precisamente, não existe uma única noção de crime no senso comum, mas várias; entretanto, a sua unidade temática é dada principalmente pela associação da categoria genérica “crime” à crimes interpessoais violentos (agressões, lesões corporais, sequestros, roubos violentos, por exemplo) e contra a vida (homicídios, latrocínios, tentativas de homicídio), crimes ligados à

drogas, crimes sexuais e crimes contra crianças (REINER, 2004). Curiosamente, certos crimes não são tão fortemente ligados a essa unidade temática a não ser incidentalmente, como furtos e crimes não-violentos contra a propriedade, corrupção, violência doméstica, violência no trânsito, entre outros – casos que, embora não sejam percebidos como *real crimes*, contribuem para a percepção geral de desgoverno do mundo atual. É essa a noção geral de crime em relação à qual são articulados os discursos do senso comum.

a) Vitimização e processos identitários

No Brasil, o medo do crime está diretamente relacionado às formas de organização social e modos de vida nas grandes cidades, repercutindo no crescimento e maior visibilidade pública de demandas punitivas e segregadoras. Uma das implicações desse fato é a construção de poderosas identidades sociais em torno da figura da vítima, que se transforma numa representação social cada vez mais importante na esfera pública brasileira.

A construção das identidades é um processo social fundamentalmente ligado à linguagem. Sabemos que a linguagem não é simplesmente uma forma de falar sobre o mundo, mas antes, uma forma de construção social da realidade. Uma vez que o medo do crime se torna um enquadramento de mundo através do qual as pessoas dão sentido às suas experiências diretas ou indiretas, ele passa a fazer parte dos discursos do senso-comum. Dito de outra maneira, a relevância do aspecto cultural do medo do crime se deve ao fato dele ser parte integrante da linguagem. Um dos principais efeitos da incorporação do medo ao senso-comum está na construção de um discurso que demarca fronteiras entre “nós” e “os outros”, entre aqueles que pertencem e aqueles que não pertencem, entre os legítimos e os ilegítimos. É esse “discurso do medo” que observamos cada vez mais nitidamente nas manifestações públicas sobre o crime no

Brasil: não só os meios de comunicação de massa (jornais, revistas, rádio, internet e, principalmente, a televisão) estão povoados por discursos desse tipo, mas as próprias políticas e ações da área de segurança pública, onde cada vez menos o crime é compreendido como algo socialmente determinado e mais diretamente associado à indivíduos ou grupos perigosos. Estes indivíduos-criminosos são “o outro” que ameaça a segurança pessoal e a ordem social.

A “vítima” hoje é um status, uma posição aberta a todas as pessoas que vivem num ambiente simbólico marcado pelo discurso do medo (ALTHEIDE, 2006). Na esfera pública brasileira, a vítima tem se consolidado como uma representação social unificadora: todos aqueles que partilham o medo como perspectiva se vêem como vítimas – potenciais ou reais – do “outro” contra a sua comunidade de pertencimento simbólico. Assim, na medida em que o crime é representado como uma ameaça externa a um grupo social identificado com perspectiva do medo, ele também é uma forma cultural de legitimar a unidade identitária daquele grupo. Nesse sentido, manifestações coletivas de luto (muitas vezes tendo familiares de vítimas mortas como personagens de destaque) e expressões públicas de apoio à atuação aos agentes formais de controle social (ou mesmo a colaboração direta com eles), se tornam celebrações dessa identidade unificadora. Cada “crise” é um momento emocional para celebrar e reiterar essa identidade que unifica um grupo em torno de demonstrações de fragilização social, por um lado, e de confiança na força da lei e da ordem, por outro. Ao mesmo tempo, essas celebrações segregam “os outros”, os criminosos e também dos defensores dos seus direitos.

A emergência da vítima como a representação social da identidade coletiva sustentada pelo discurso do medo cria uma expectativa cada vez maior na sociedade brasileira de que os órgãos oficiais e os agentes formais interfiram na realidade para salvá-la e protegê-la – afinal, a construção simbólica da vítima é essencialmente

baseada na sua impotência e na dependência de outrem. Como efeito, a linguagem política do medo cria uma “neutralização da oposição” (ALTHEIDE, 2009), de forma que todos aqueles que criticam ou que não apóiam incondicionalmente a atuação dos agentes formais de controle social, as propostas de aumento da punição, ou que defendem os direitos individuais e as garantias constitucionais acima da segurança coletiva, passam a ser vistos como “dissidentes” e associados àquele “outro” de onde emana o perigo. Exemplos desse tipo de reação são abundantes nos meios de comunicação de massa, principalmente diante de casos específicos e que causam mais clamor na audiência. Note-se que a neutralização da oposição significa que o medo do crime produz efeitos que refletem de forma inescapável no campo político: todos os agentes políticos precisam, de alguma maneira, incluir a questão da segurança pública, do aumento da vigilância e de rigorosidade legal em relação ao crime em suas agendas.

A centralidade da vítima no contexto brasileiro também pode ser constatada quando empreendedores morais recorrem ao uso desta representação social para transformar suas causas em grandes “batalhas por justiça” (BECKER, 2008), ancorados em pressupostos e crenças do público em relação ao perigo, ao risco e ao medo do crime. Não é raro que parentes de vítimas formem associações civis ou mesmo ONGs que passam a operar como grupos de pressão sobre o poder legislativo para o endurecimento das leis penais. Inclusive já ocorre no Brasil de algumas leis penais serem “batizadas” com os nomes das vítimas – tendência forte em países onde o medo do crime já está consolidado há mais tempo. Toda complexidade da vida social desaparece diante da representação simplificadora da vítima: pessoas más atacam pessoas boas; tudo deve ser permitido para proteger as vítimas (“nós”) e destruir o mal (“o outro”).

b) A naturalização da vigilância

Uma das consequências do discurso do medo é que, ao fazer do medo um esquema interpretativo do mundo, restringe a discussão de certas questões aos seus próprios limites, eclipsando outras perspectivas e formas de abordagem dos problemas. Quando temas como crime ou drogas, por exemplo, são enquadrados por meio de um discurso do medo, eles passam a ser percebidos apenas como ameaças à segurança dos indivíduos e à ordem social, fazendo com que todo o debate gire em torno da necessidade de maior controle, punição e vigilância. Quaisquer outros aspectos que os envolvam tendem a não aparecer publicamente. A naturalização dos dispositivos de vigilância passa justamente por esse processo.

Definir o que algo é significa definir como as pessoas irão agir em relação aquilo (STRAUSS, 1999). Na medida em que o discurso do medo coloca a segurança pública acima de direitos e liberdades individuais como única alternativa para o controle do crime, os dispositivos de vigilância passam a ser vistos como necessários para que a vida social transcorra de forma mais ou menos normal. Os mecanismos de vigilância sempre existiram, mas a configuração assumida pela vigilância nas democracias contemporâneas caracteriza o que o sociólogo David Lyon chama de “sociedades de vigilância” (LYON, 2008). No Brasil, ainda não há grandes estudos sobre a vigilância, mas é possível notar uma naturalização de dispositivos de várias naturezas – desde a ubiquidade das câmeras de segurança e monitoramento, até exames toxicológicos para a detecção de drogas em trabalhadores. Além disso, há outros tipos de vigilância que transcendem os contextos nacionais por serem muito mais fluidos e difusos – como aqueles exercidos através de tecnologia eletrônica como celulares, computadores conectados à rede mundial ou cartões de crédito.

É interessante notar que dispositivos eletrônicos que se justificam com base no medo do crime são rapidamente naturalizados e incorporados à vida urbana. Tecnologias de vigilância cada vez mais invasivas passaram a ser aceitas como formas

de proteção da população contra o crime e as drogas. Um aspecto chave da vigilância atual é o seu foco no corpo como objeto (e não como sujeito) que pode ser manipulado, contado, registrado e verificado por fora e por dentro através de câmeras, scanners, traços biológicos e de uma série de testes bioquímicos que fornecem informações sobre “a verdade” sobre os indivíduos. Ao contrário do que muitas correntes da criminologia afirmam, esse tipo de vigilância não se concentra em “classes perigosas”, mas exerce um controle sobre todas as pessoas. O que está em jogo aqui são direitos, garantias e liberdades que estão no núcleo do que se entende por democracia.

c) Ajustamento dos discursos políticos ao discurso do medo

Enquanto um recurso político, o medo sempre foi largamente explorado ao longo da História. Há séculos os governantes têm recorrido a ele como uma das formas de dominar e de controlar populações. A natureza do poder político, portanto, sempre residiu num certo grau de utilização do medo – ainda que, paradoxalmente, os pensadores políticos do iluminismo buscassem alternativas a ele (ALTHEIDE, 2006). Mas nas sociedades democráticas contemporâneas o uso político do medo assume características distintas decorrentes de sua ligação simbólica com o crime; aqui ele não é mais um recurso empregado pelo poder político para dominar populações, mas se torna uma perspectiva política positiva, produtora intervenções públicas e de legislação.

Políticas públicas e medidas governamentais que proponham a abordagem do crime como questão social são cada vez menos populares entre o público. Isso fica claro quando se nota cada vez mais claramente que políticos e autoridades públicas no Brasil têm abordado a segurança pública sob a perspectiva de aumento do controle e da punição, repercutindo os sentimentos e manifestações do público de massa.

De acordo com Paul Chevigny, isso tem sido observado em vários países do continente americano. O autor constata que tanto nos EUA como no Brasil, Argentina e México, essa tem sido uma tendência nos últimos anos, com a ascensão de muitas figuras públicas identificadas pela retórica da segurança e pela defesa de medidas mais duras em relação ao combate ao crime (CHEVIGNY, 2003)¹. Ao que tudo indica, a disseminação do discurso do medo no Brasil tem repercutido na esfera política, legitimando institucionalmente a sua proposta de interpretação de mundo.

Os políticos sabem que uma grande parcela do apoio que podem receber depende da percepção pública de que o crime está sendo combatido – mais do que isso, combatido duramente. O sistema de justiça criminal e seus órgãos sofrem pressões constantes para corresponderem aos apelos punitivos do público de massa. No contexto das democracias de massa contemporâneas, a legitimidade política muitas vezes passa pela capacidade de corresponder às expectativas do público em relação ao tratamento do crime e às políticas de segurança pública (GARLAND, 2008). No Brasil, ainda que esse processo tenha também outras inflexões, parece estar ocorrendo esse deslocamento da legitimidade para a área de segurança pública² - principalmente nas esferas estaduais. Isso repercute também na apresentação pública e na atuação parlamentar dos próprios agentes da política brasileira, que ganham popularidade e

apoio eleitoral assumindo posturas francamente punitivistas e prometendo ao público eleitor soluções quase imediatas para os problemas sociais através da legislação penal.

CONCLUSÃO

As transformações associadas à pós-modernidade nas sociedades ocidentais vêm provocando rupturas e grandes impactos nas formas de sociabilidade e organização social. A sensação constante de insegurança motivada por perigos reais e simbólicos disseminados em todos os níveis da existência dos indivíduos é uma característica marcante em tais contextos.

O medo do crime tem assumido um lugar central na cultura da maior parte das sociedades democráticas atuais. Através do medo do crime o público articula as frustrações, angústias e ressentimentos em relação à sua posição diante daquilo que eles percebem como “um mundo em descontrole”. Dessa maneira, o medo do crime se torna uma perspectiva naturalizada de mundo, um enquadramento da realidade que dá sentido e coerência aos acontecimentos vividos pelos indivíduos. Nesse artigo, procurou-se analisar as implicações dessa centralidade cultural do medo do crime e da sua articulação política sobre as práticas e processos democráticos. Mais especificamente, procurou-se observar alguns efeitos da transformação do medo do crime em uma perspectiva de mundo no Brasil

O medo do crime tem se tornado um fator cada vez mais importante para a vida nas grandes cidades brasileiras. Três processos associados a essa transformação foram brevemente identificados. Primeiramente, constata-se um significativo processo identitário em torno da figura da vítima que, no Brasil, cada vez mais se torna a representação social de um público que sente que o poder público não tem sido capaz de garantir a sua segurança. Um segundo processo diz respeito à uma institucionalização da vigilância, que através de uma vasta gama de dispositivos e

¹ Para Chevigny, apesar de um discurso semelhante em relação ao crime, os efeitos das políticas de segurança pública seriam diferentes nos EUA e na América Latina. Enquanto os EUA dariam sinais de estarem se tornando um Estado de Segurança baseado num crescente complexo industrial-prisional, nos países da América Latina o sistema de justiça seria pouco desenvolvido, e a “mão pesada contra o crime” da qual falam os políticos se refletiria mais em brutalidade policial do que num sistema punitivo formal.

² Alguns autores identificam que a legitimidade do próprio Estado na pós-modernidade se desloca do fato de proporcionar bem-estar à população para o de proporcionar segurança pública (AGAMBEN, 2002; GRAY, 2004).

procedimentos tecnológicos configura um campo difuso que exerce o controle sobre os indivíduos em geral. Cabe notar que esse processo, apesar de seu forte viés totalitário, é aceito e mesmo promovido pelo público de massa em nome da segurança pública. Por fim, percebe-se uma progressiva convergência entre o discurso do medo e o discurso político, ou seja, uma aproximação cada vez maior do discurso e atuação dos agentes do campo político, por um lado, das expectativas punitivistas e revanchistas do público de massa, por outro. Essa aproximação é tão mais perigosa quanto mais ameaça os direitos e liberdades individuais consagrados em qualquer regime democrático em nome dos anseios populares por segurança pública.

Cabe ainda concluir que o debate público sobre as reformas no sistema de justiça penal e as políticas de segurança pública no Brasil parece estar fortemente atravessado pela perspectiva do medo do crime. Isso fica claro quando se percebe que é o clamor público diante de cada novo episódio criminal que informa a necessidade de se mudar a legislação, de se desenvolver políticas de segurança nesta ou naquela área, de se alterar o processo penal, etc. Cada vez mais o debate assume tons dramáticos e emotivos que caracterizam a perspectiva do medo do crime. É esse mesmo discurso, ainda, o que motiva a aceitação tão fácil dos mecanismos de controle e vigilância. Ao que tudo indica o medo do crime tem seu lugar simbólico bem consolidado na cultura democrática brasileira, e por enquanto não há sinais de mudança nessa tendência.

Por fim, é importante que se ressalte que os três processos observados no contexto brasileiro abrem importantes possibilidades para pesquisas tanto, na área da Sociologia como na do Direito, que poderão revelar muito sobre a sociedade brasileira contemporânea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, Giorgio. “Sobre a Segurança e o Terror”, in: COCCO, Giuseppe, e HOPSTEIN, Graciela. *As Multidões e o Império: entre a globalização da guerra e a universalização dos direitos*. DP&A, Rio de Janeiro, RJ, 2002.
- ALTHEIDE, David. *Terror Post 9/11 and the Media*. Peter Lang Publishing, New York, USA, 2009.
- _____. *Terrorism and the Politics of Fear*. AltaMira Press, Oxford, UK, 2006
- ALTHEIDE, David, MICHALOWSKI, R. Sam. “Fear in the News: a discourse of control”. *The Sociological Quarterly*, vol. 40, p. 475-503, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Ed. Jorge Zahar, Rio de Janeiro, RJ, 2008
- BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. ed Jorge Zahar, Rio de Janeiro, RJ, 2008.
- CHEVIGNY, Paul. “The Populism of Fear: politics of crime in the Americas”. *Punishment & Society*, vol. 5(1), p. 77-96, 2003.
- DELEUZE, Gilles. “Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle” in: *Conversações*. Ed. 34, Rio de Janeiro, RJ, 1998
- DENZIN, Norman K. *Symbolic Interactionism and Cultural Studies: the politics of interpretation*. Blackwell, Cambridge, Massachusetts, USA, 1992.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e Ordem Social na Sociedade Contemporânea*. Revan, Rio de Janeiro, RJ, 2008.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. ed. Unesp, São Paulo, SP, 1991.
- GLASSNER, Barry. *Cultura do Medo*. ed. W11, São Paulo, SP, 2003.
- GRAY, John. *Al-Qaeda e o Que Significa Ser Moderno*. Record, Rio de Janeiro, 2004. 148
- LYON, David. *Surveillance Society*.

Disponível em: <http://www.festivaldeldiritto.it/2008/pdf/interventi/david_lyon.pdf>

Acesso em 19 de novembro de 2012.

PRATT, John. "Dangerousness and Modern Society". in: *Dangerous Offenders*. Routledge, Londres, UK, 2000.

_____. *Penal Populism*. Routledge, New York, USA, 2007.

REINER, Robert. "Media Made Criminality". in: *Oxford Handbook of Criminology*. 3ª ed. London, Oxford University Press, 2004.

MEMÓRIAS DE UM SOBREVIVENTE E O DIREITO: O SISTEMA PENAL EM DISCURSO

Fernanda de Mello Goss¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo investigar a obra literária *Memórias de um Sobrevivente*, de Luiz Alberto Mendes, à luz de categorias da análise do discurso e

¹ Mestre em Direito – UFSC. fernandagoss@gmail.com

da Criminologia Cultural. O referencial teórico para o estudo da Criminologia Cultural encontra-se em Howard Becker e sua obra *Outsiders: Estudos sobre a Sociologia do Desvio*². Esta nova escola parte, ainda, da Criminologia Crítica. No entanto, com o advento de questões relacionadas à pós-modernidade, mormente a questão da cultura do controle, torna-se inevitável que tais elementos sejam utilizados para uma análise mais ampla. Nesse quadro da chamada pós-modernidade, em que a ideia de controle e sociedade de risco atingiu parâmetros inéditos, a criminologia não fica alheia às manifestações culturais que saturam as ideias de controle e crime. É nesse íterim que se tornam relevantes certos manifestos literários surgidos nas décadas de 1990 e 2000, que relatam as experiências de presos dentro dos sistemas carcerários, em especial do Estado de São Paulo. Tais publicações vieram na esteira de dois acontecimentos marcantes na sociedade brasileira: primeiramente, o assassinato de 111 presos nas dependências do Carandiru, em 1992. É nesse contexto que surge a obra objeto do presente trabalho. O autor escreve uma espécie de autobiografia, em que narra desde a sua infância até o auge do seu envolvimento com o crime, e que em grande parte remete a criminalidade recorrente no Brasil a partir da segunda metade do século XX. Isto posto, é relevante analisar o discurso da obra de Mendes a partir de algumas categorias importantes, que formam o discurso e demonstram sua complementaridade e relação com a lei e o direito, como por exemplo o testemunho, a memória e o silêncio.

Palavras-chave: *Literatura; memória; discurso; testemunho.*

² BECKER, Howard. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

ABSTRACT

The present study aims to investigate the literary *Memórias de um Sobrevivente*, Luiz Alberto Mendes, from categories of discourse analysis and Cultural Criminology. The theoretical framework for the study of Cultural Criminology is in Howard Becker and his book *Outsiders: Estudos sobre a sociologia do desvio*. This new school part also of Critical Criminology, with the advent of issues related to post-modernity, especially the issue of the culture of control, it becomes inevitable that these elements are used for a broader analysis. In the context of the so-called post-modernity, in which the idea of control and risk society reached unprecedented parameters, criminology is not alien to the cultural events that saturate the ideas of control and crime. Is that in the meantime become relevant certain literary manifests emerged in the 1990s and 2000s, reporting the experiences of prisoners within the prison systems, particularly in the São Paulo. These publications came on the heels of two significant events in Brazilian society: first, the murder of 111 prisoners on the premises Carandiru in 1992. It is in this context that the book object of this work is written. The author writes a kind of autobiography that narrates from his childhood to the pinnacle of his involvement in the crime, and that largely refers to recurring crime in Brazil from the second half of the twentieth century. That said, it is important to analyze the discourse of the work of Mendes from some important categories that form the discourse and demonstrate their complementarity and respect the law and the law, such as testimony, memory and silent.

Key words: *Literature; memory; discourse; testimony.*

1. A CRIMINOLOGIA CULTURAL: QUANDO A CRIMINOLOGIA ENCONTRA A ARTE

A referência teórica para esta nova escola encontra-se em Howard Becker e sua obra *Outsiders: Estudos sobre a Sociologia do Desvio*¹, onde analisa o consumo de maconha entre os músicos de jazz na década de 1960 nos Estados Unidos da América.

Becker inova ao afirmar que o desvio, enquanto ação coletiva – no caso específico, o consumo de maconha – é um fenômeno que demanda estudos muito mais

¹ BECKER, *op. cit.*

complexos e interdisciplinares do que simplesmente matéria de direito penal ou criminal.

Existem várias outras formas de concepção do desvio, como por exemplo, o próprio comportamento da comunidade “desviante” em relação ao ato praticado, a recepção do desvio na esfera social e como ele é percebido por grupos distintos. Ou seja, um problema muito mais complexo e interdisciplinar do que pode comportar o direito penal.

O marco inicial deste novo conhecimento vai se dar, no entanto, apenas em 1996, por meio da pesquisa de Jeff Ferrel, *Crimes of Style: Urban Graffiti and the Politics of Criminality*, em que analisa a cultura do grafite na cidade de Denver (EUA), e sua inserção dentro da cultura local, bem como sua recepção pela comunidade.

O referencial teórico utilizado pela Criminologia Cultural é sem dúvida, a Criminologia Crítica. No entanto, com o advento de questões relacionadas à pós-modernidade, mormente a questão da cultura do controle, torna-se inevitável que tais elementos sejam utilizados para uma análise mais ampla.

Mais amplamente, a noção de criminologia cultural referencia à atenção analítica que muitos criminólogos contemporâneos dão às construções culturais, e especialmente às construções da mass media sobre o crime e o controle do crime¹.

Nesse quadro da chamada pós-modernidade, em que a ideia de controle e sociedade de risco atingiu parâmetros totalmente inéditos, a criminologia não pode ficar alheia às manifestações culturais que saturam as ideias de controle e do medo do

¹ FERREL, Jeff. **Cultural criminology**. Disponível em: <<http://ponce.inter.edu/acad/facultad/jvillasr/LECTURAS/CULTURAL%20CRIMINOLOGY.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2012.

crime. “Se a mudança nas formas de violência implica mudança nos significados, o olhar curioso do pesquisador deve suscitar alteração nos rumos dos saberes que abordam tais fenômenos”².

Nesse liame, as novas políticas de controle do crime são voltadas também muito mais para condições sociais e culturais conjunturais do que estruturais.

Garland aponta duas estratégias da cultura punitiva na pós-modernidade. A primeira é a ideia de parcerias preventivas – a divisão da responsabilidade de prevenção do crime para outras instituições além do Estado; e a segregação punitiva, que utiliza mormente o isolamento prisional como forma de exclusão da sociedade³.

Sobre esta última estratégia, o autor aponta para uma “virada punitiva”⁴ no controle social contemporâneo, uma virada midiática e politizada. São construídas de forma a privilegiar a opinião pública e, especialmente, o papel de vítima. Não a vítima em si, mas uma ideia do que seja uma vítima.

O primeiro ponto a ser assentado sobre as medidas de ‘endurecimento com o crime’ é o seguinte: por mais que se engajem em um modo de ação expressivo, punir com um fim em si mesmo, canalizar o sentimento público, enfatizar objetivos punitivos – elas simultaneamente revelam uma lógica mais instrumental. Tipicamente, cada medida opera em duas dimensões distintas: uma escala punitiva, que utiliza os símbolos de condenação e sofrimento para transmitir sua mensagem; uma

² CARVALHO. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 322.

³ GARLAND, David. **A cultura do controle**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

⁴

dimensão instrumental, preocupada com a proteção do público e com a administração de riscos¹.

Nesse novo contexto da Criminologia Cultural, também a imagem do criminoso sofre um deslocamento. Mais além ainda do que a teoria do etiquetamento e da própria Criminologia Crítica, esta nova escola de pensamento estuda o comportamento humano também a partir das dinâmicas individuais e coletivas, dos traumas sociais e de suas representações culturais².

A partir daí, desaparece a imagem do criminoso fundado na nova lógica atuarial, de indeterminismo, conforme supra mencionado, tão em voga em tempos de neoliberalismo. Aquele homem racional que analisou os prós e contras, sopesou hipóteses e possibilidades e, ainda assim, optou por cometer o crime, na verdade não existe, porque a razão não é suficiente para explicar certos comportamentos humanos.

Já em 1960, Howard Becker, em sua obra definitiva *Outsiders* trouxe uma ideia do que seria a base do que se chama hoje Criminologia Cultural.

Antes de focar no tema central do trabalho, que é o uso de maconha entre músicos de jazz, o autor retoma Durkheim e delineia o que vem a ser a noção de desvio, que doravante será utilizada.

Primeiro, deve-se notar o fato central do desvio: ele é criado pela sociedade. Ou seja, somente tomando como referente determinada sociedade, comunidade ou grupo, é possível saber precisamente quais são os atos desviantes ligados a ela.

Como o desvio é, entre outras coisas, uma consequência das reações de outros ao ato de uma pessoa, os estudiosos do desvio

não podem supor que estão lidando com uma categoria homogênea quando estudam pessoas rotuladas como desviantes. Isto é, não podem supor que estas pessoas cometeram realmente algum ato desviante ou infringiram alguma regra, porque o processo de rotulação pode não ser infalível; algumas pessoas podem ser rotuladas de desviantes sem ter de fato infringido uma regra. Além disso, não podem supor que a categoria daqueles rotulados conterá todos os que realmente infringiram uma regra, porque muitos infratores podem escapar à detecção e assim deixar de ser incluídos na população de 'desviantes' que estudam. À medida que a categoria carece de homogeneidade e deixa de incluir todos os casos que lhe pertencem, não é sensato esperar encontrar fatores comuns de personalidade ou situação de vida que expliquem o suposto desvio.³

É nesse íterim que se tornam relevantes certos manifestos literários surgidos nas décadas de 1990 e 2000, que relatam as experiências de presos dentro dos sistemas carcerários, em especial do Estado de São Paulo.

Tais publicações vieram na esteira de dois acontecimentos marcantes na sociedade brasileira: primeiramente, o assassinato de 111 presos nas dependências da Casa de Detenção do Estado de São Paulo, o Carandiru, em 1992; em segundo lugar, a publicação do médico Drauzio Varella, *Estação Carandiru*⁴, em que relata suas experiências como voluntário no local. O livro foi lançado pela primeira vez em 1999 e que se tornou um fenômeno editorial no país. A narrativa também encerra no momento catártico do massacre de 1992.

¹ Idem.

² CARVALHO. **Antimanual de criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 39.

³ BECKER, *op. cit.*, p. 22.

⁴ VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

Entre as obras mais populares editadas nessa esteira estão *Diário de um detento: o livro*, de Jocenir¹; *Letras da Liberdade*, coletânea de diversos autores encarcerados; *Enjaulado: o amargo relato de um condenado pelo sistema penal*, de Paulo Negrini; *Pavilhão 9: paixão e morte no Carandiru*, de Hosmany Ramos; *Vidas do Carandiru: histórias reais*, de Prado; *Sobrevivente André Du Rap (do massacre do Carandiru)*, de André Du Rap e Bruno Zeni; e, por fim, Luiz Alberto Mendes e seu *Memórias de um sobrevivente*. É esta última obra que será analisada mais detalhadamente.

Lançado originalmente em 2001, por uma grande editora brasileira, Companhia das Letras, a obra de Luiz Alberto Mendes conta ainda com a influência e de Fernando Bonassi, roteirista e escritor brasileiro especialista na temática da violência. A partir dessas recomendações de renome (editora e escritor), o autor escreve uma espécie de autobiografia, em que narra desde a sua infância até o auge do seu envolvimento com o crime, e que em grande parte remete a criminalidade recorrente no Brasil a partir da segunda metade do século XX.

Como já anotado, diferentemente de grandes relatos da literatura brasileira e mundial sobre o cárcere, em que os relatos mantêm-se primordialmente nos tempos de reclusão de seus personagens, Luiz Alberto Mendes dá um passo além e analisa também a sociedade que o cerca, e as condições que o levaram ao crime e à prisão. Ao

contrário de muitos relatos clássicos publicados², Mendes e os outros escritores do cárcere do século XXI são criminosos comuns, e não políticos.

Isto posto, é relevante analisar o discurso da obra de Mendes a partir de algumas categorias importantes, que formam o discurso e demonstram sua complementaridade e relação com a lei e o direito.

2. A LITERATURA DE TESTEMUNHO

Nas últimas décadas, a literatura historicista tradicional, que busca ser um relato fiel de seu tempo, perdeu algum espaço para um novo tipo de registro: o testemunho³. Ele se volta não para as grandes narrativas, mas sim para singularidades dos acontecimentos, através de um ponto de vista pessoal, ainda que sobre grandes eventos da História ocidental. “Este movimento nasceu das mudanças históricas, ou seja, do acúmulo de catástrofes que não permitiu a continuidade do discurso iluminista, monológico, da historiografia tradicional”.⁴

Este novo tipo de literatura demonstra um compromisso com o real. Mas este real não deve ser confundido com a noção de “realidade” que nos trouxeram a historiografia tradicional e as escolas literárias realista e naturalista. É um real visto a

¹ “Diário de um Detento” é uma canção de rap do grupo Racionais MC's, escrita pelo ex-detento Jocenir. A letra da música aborda a rebelião do presídio do Carandiru, ocorrida em 2 de outubro de 1992, quando 111 presidiários foram mortos pela polícia em evento que ficou conhecido como Massacre do Carandiru. O nome também é título de um livro do mesmo autor. A música foi classificada em 52º lugar na lista das 100 maiores músicas brasileiras publicada pela revista Rolling Stone. Foi a única música do grupo a aparecer na lista. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Di%C3%A1rio_de_um_Detento>. Acesso em: 06 abr. 2012.

² Fiodor Dostoiévski e seu “Recordações da Casa dos Mortos”; Graciliano Ramos e “Memórias do Cárcere”; Lima Barreto e “O Cemitério dos Vivos”

³ MARCO, Valéria de. A literatura de testemunho e a violência de Estado. **Lua nova**, São Paulo, n. 62, 2004. p. 45-68. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/lnn62/904n62.pdf>. Acesso em: 13 ago 2007.

⁴ SELIGMANN-SILVA, Márcio. Violência, encarceramento, (in)justiça: memórias de histórias reais das prisões paulistas. **Revista de Letras**, São Paulo, ano 43, n. 2, p. 29-47, 2003.

partir de um evento traumático, de “um evento que justamente resiste à representação”.¹

*O testemunho tem que falar do que viu e do que se passou sem poder instalar-se no presente com a tranquilidade de referir-se a um passado, pois sua vivência não cabe no campo do finito, do acabado; ela escapa à compreensão porque está irremediavelmente marcada pelo movimento do trauma: sucessivas aproximações de narração ou evocação que padecem do adiamento em encontrar uma expressão*².

O ponto de partida em comum entre todos estes relatos é, portanto, o mesmo: um evento traumático. Mais do que o registro de um tempo, o testemunho pretende-se “um ponto de fusão entre texto e vida”³. Há sempre por trás das testemunhas um evento que desencadeou a necessidade de relatar, que os tenha oprimido de tal forma que contar é a única maneira de continuar vivendo.⁴

O testemunho não se pretende, como a historiografia historicista, ser um relato completo, fechado, dos eventos desencadeadores da narrativa. Ele vai se formando e

sendo analisado na medida em que é produzido. E ainda, sua única fonte é a memória, com seus lapsos e dramatizações.⁵

O sobrevivente, aquele que passou por um ‘evento’ e viu a morte de perto, desperta uma modalidade de recepção nos seus leitores que mobiliza a empatia na mesma medida em que desarma a incredulidade. Tendemos a dar voz ao mártir, vale dizer, a responder à sua necessidade de testemunhar, de tentar dar forma ao inferno que ele conheceu – mesmo que o fantasma da mentira ronde suas palavras”⁶.

Dito isto, são dois os grandes campos de aparição deste tipo de relato: a primeira delas, nos testemunhos de sobreviventes do Holocausto, também chamado *Shoah*; e a segunda, os testemunhos hispano-americanos⁷.

Uma evolução de ambos, com elementos característicos, é registrado através das memórias de presidiários brasileiros, que ganharam espaço no mercado editorial brasileiro e na crítica literária nos anos 1990 e 2000.

3. OS TESTEMUNHOS DAS PRISÕES PAULISTAS

Segundo Seligmann-Silva, o interesse por esse tipo de obra tem também conexão com a preocupação cada vez mais crescente do público brasileiro por tudo que diz respeito a sua segurança, “em uma sociedade que se torna cada vez mais

¹ SELIGMANN-SILVA, Márcio. O testemunho: entre a ficção e o “real”. In: SELIGMANN-SILVA (Org.). **História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 377.

² MARCO, Valéria de. *op.cit.*

³ FELMAN, Shoshana. Educação e crise ou as vicissitudes do ensinar. Tradução de Cláudia Valladão de Mattos. In: NESTROVSKI, Arthur; SELIGMANN-SILVA, Márcio (Org.). **Catástrofe e representação**. São Paulo: Escuta, 2000. p. 14.

⁴ FELMAN, *op. cit.*, p. 18.

⁵ Idem.

⁶ SELIGMANN-SILVA, Márcio. O testemunho: entre a ficção e o “real”. In: SELIGMANN-SILVA (Org.). **História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003. p. 379-80.

⁷ MARCO, *op. cit.*

polarizada entre os ricos encastelados em seus ‘bunquers’ e os pobres sendo perseguidos e enviados para as cadeias superlotadas”.¹

Esses relatos, por abrangerem um grande espaço de tempo, acabam traduzindo aspectos do envolvimento dos jovens brasileiros com o crime nas regiões pobres do Brasil através do século 20.

Ainda que encontremos as principais características da literatura de testemunho já vistas, como o momento do trauma que o desencadeia, há algumas particularidades que não permitem que os relatos das prisões paulistas se alinhem nem com a tradição do *testimonio* latino-americano, nem com os relatos do Holocausto.

*Esta modalidade de escritura da memória apresenta uma imagem radical – mas não por isso menos fiel e terrificante – da situação do homem contemporâneo esmagado por uma fantástica máquina de exploração social e econômica chamada Globalização*².

Primeiramente, há, aqui, uma posição mais radical em relação à mediação. Ao contrário dos relatos anteriores, não há a figura tradicional do mediador como vemos, por exemplo, no testemunho de Rigoberta Menchú, que foi escrito por Burgos-Debray a partir de um depoimento oral. São os próprios presos que organizam seus relatos.

Mesmo quando há um organizador/coordenador legitimado (dentro dos padrões de literatura formal), como no caso de André du Rap, que é Bruno Zeni, ele não é o

mediador estandardizado. Na apresentação do livro, informa que as alterações na forma foram somente as estritamente necessárias: “Na edição do texto, procurei ser o mais fiel possível às particularidades da fala de André – mantive inclusive suas incongruências e incorreções – por acreditar que não se pode separar a forma e o conteúdo daquilo que se diz, se escreve ou se cria”.³ Na verdade, André du Rap “gravou” seu livro, e Bruno Zeni foi responsável pela transcrição.

O escritor (ou transcritor) chega, nessas obras, a uma despersonalização quase absoluta, não passando de um veículo para o testemunho.⁴

O mediador é o responsável pela manutenção das relações de poder. Se estes homens não podem falar por eles, carecem de legitimidade perante o saber constituído, o mediador aparece e fala por eles. O mediador é o intelectual, “(...) o mediador tem uma função decisiva na constituição das relações de poder. Ser mediador, no domínio do discurso, é fixar sentidos, é organizar as relações e disciplinar os conflitos”.⁵

Eliminando-se o mediador, configura-se a subversão dessas obras. Homens que não deveriam falar, cuja voz não se ouve, chegam e dominam espaços que a eles não pertenciam.

De outro lado, livros como *Memórias de um sobrevivente* e *Diário de um detento*, foram escritos, respectivamente, por Luiz Alberto Mendes e Jocenir durante sua estada na prisão.

³ ZENI, Bruno (Coord). **Sobrevivente André du Rap: do massacre do Carandiru**. São Paulo: Labotexto, 2002. p. 9.

⁴ PENNA. Este corpo, esta dor, esta fome: notas sobre o testemunho hispano americano. In: SELIGMANN-SILVA (Org.). **História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes**. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.p. 299.

⁵ ORLANDI, Eni Puccinelli. **A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso**. 4. ed. Campinas: Pontes, 1996. p. 275.

¹ SELIGMANN-SILVA. Violência, encarceramento, (in)justiça: memórias de histórias reais das prisões paulistas. **Revista de Letras**, São Paulo, ano 43, n. 2, p. 32, 2003.

² SELIGMANN-SILVA, Márcio. Violência, encarceramento, (in)justiça: memórias de histórias reais das prisões paulistas. **Revista de Letras**, São Paulo, ano 43, n. 2, p. 31, 2003.

Trata-se de uma tentativa do sujeito atuar na compreensão do trauma individual de forma social, procurando compreender, numa relação de estranhamento, o que permitiu numa sociedade, a existência de uma situação extrema e absurda, e a convivência dos outros indivíduos com a mesma situação vivida.¹

Vemos, em todos esses casos, que não se trata de escritores que foram presos, como Fiodor Dostoiévski, Jean Genet, Graciliano Ramos e Lima Barreto², mas sim de homens cuja condição de presidiários precede e dá causa ao ato de escrever. São, em verdade, presidiários autores, e não autores na prisão.³ É a noção do trauma como desencadeador do testemunho. “Mas eu acho que tenho que falar. Mesmo que eles venham me matar, a verdade tem que ser contada”.⁴

Tais textos inovam quando, pela primeira vez, trazem narradores não legitimados dentro dos espaços formais da produção de conhecimento. Por isso, são vistos por parte da crítica literária como um produto menor.⁵

Para uma vertente da crítica, que considera superada a relação entre literatura e testemunho, [...] trata-se, afinal, a maior parte, de má literatura. Não seria o caso de expulsá-la do campo

¹ SILVA, *op. cit.*, p. 25

² Todos escreveram relatos sobre seu período de encarceramento. O primeiro, *Recordações da Casa dos Mortos*, o segundo, *Nossa Senhora das Flores*, o terceiro, *Memórias do Cárcere*, e o último, *Cemitério dos Vivos*, onde se nota um trocadilho com o título do romance do autor russo.

³ HOSSNE, Andréa Saad. Autores na prisão, presidiários autores. Anotações preliminares à análise de *Memórias de um sobrevivente*. **Literatura e sociedade**, São Paulo, n. 8, p. 126-139, 2005.

⁴ ZENI, Bruno. *op. cit.*, p. 104.

⁵ MARCO, *op. cit.*

literário, mas de colocá-la nas suas franjas, como o que é mal feito ou mesmo o que é sublitteratura e possui apenas, quando muito, valor documental.⁶

Eles se alinham, ainda, com o conceito que Walter Benjamin⁷ atribui ao narrador: alguém que viveu a experiência a ser narrada. Desta forma, estabelece-se um pacto entre escritor e leitor: o de não deixar morrer a história. É importante assegurar sua reprodução.⁸

Os narradores, no caso, têm um estilo excessivamente despojado, preocupados mais com o relato dos fatos do que uma possível formalidade estilística.

Seligmann-Silva⁹ aponta quatro subtemas possíveis deste tipo de relato:

a) *literatura do real*, ou seja, a narrativa heróica é substituída pela do trauma e das perdas constantes. A dor física é um elemento indissociável desse tipo de narrativa, que apresenta o real “como (des)encontro com a outridade, violento e fundador”¹⁰;

b) *literatura como inscrição do eu* – assim como na literatura do Holocausto, escrever é a única forma de continuar vivendo, ou “mais que simplesmente estar vivo” como explica Luiz Alberto Mendes, em seu *Memórias de um sobrevivente*¹¹;

⁶ HOSSNE, Andréa Saad. *op. cit.*, p. 130.

⁷ BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas**: Magia e técnica, arte e política. v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 197-201.

⁸ Ibidem. p. 210.

⁹ SELIGMANN-SILVA, Márcio. Violência, encarceramento, (in)justiça: memórias de histórias reais das prisões paulistas. **Revista de Letras**. São Paulo, ano 43, n. 2, p. 29-47, 2003.

¹⁰ Idem.

¹¹ MENDES, Luiz Alberto. **Memórias de um sobrevivente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 478.

c) *literatura e compromisso social* – esse tipo de relato tende a ser um catalisador em processos de mudança da sociedade, como os *testimonios*. Cumpre um papel de denúncia, pretende evitar que aquele tipo de fato se repita. Por isso, faz sentido que haja um entrelaçamento natural com a cultura *hip hop*.¹;

d) *Literatura, Leis e Justiça* – essa literatura narra o esforço de seus personagens para vencer o sistema penal implacável, e que em nada se assemelha ao que eles entendem por “Justiça”.

Tal literatura tira sua conotação de denúncia não apenas das situações de violências sofridas pelos presos – e elas não são poucas. O que impressiona mais é a crueza com que são descritas as violências praticadas por eles e com o enorme desamparo que vive a camada mais pobre da população brasileira. Demonstram que a pátria e democracia, no Brasil, são conceitos tão frágeis que chegam a ser inexistentes.²

[...] nessas obras vislumbramos, portanto, uma reflexão entre os limites do humano e do animal. A violência extrema sofrida pelos prisioneiros desencadeia um processo de desumanização. Nesse sentido, também aparecem com força nessa literatura os temas da vergonha, do desnudamento, da redução do ser

¹ O *hip hop* é formado por quatro elementos: o grafite; o *break*, dança de rua; o MC, cantor de *rap*, e o DJ, que faz a base instrumental para a canção *rap*. Surgido nos Estados Unidos nos anos 1960, é hoje uma das formas mais populares de expressão e auto-afirmação das classes baixas, negros em especial, no Brasil. In: TOCHA, Daniel. **A cultura hip-hop**. Disponível em: <www.overmundo.com.br/overblog/historia-da-cultura-hip-hop>. Acesso em: 02 out. 2007.

² HOSSNE, *op. cit.*, p. 129.

*humano à animalidade e à massa de tecidos do corpo sem vontade própria via humilhação, onipresença do olhar, exposição à falta de higiene e tortura*³.

Essa tendência da literatura brasileira vem ao encontro de outra, a cultura *hip hop*. Juntas, essas duas correntes surgem com o objetivo de dar voz àqueles que durante toda a história brasileira sempre foram “contados”, e nunca “contadores”.

São, conforme Foucault⁴, os *homens infames*, ou seja, aqueles que são apenas noticiados, têm vidas sem singularidade ou visibilidade, existências-relâmpago.

É aí que entra o poder do *hip hop* e da nova literatura de violência no Brasil. Ela traz para o “asfalto” (como em oposição à “morro”) a singularidade e particularidade desses seres, seus problemas e aflições, como ninguém de fora poderia fazer. Traz visibilidade a estes humanos.

4. O DISCURSO

O discurso da obra de Luiz Alberto Mendes pode ser analisado sob vários aspectos literários, dos quais se elegeu os mais relevantes para o tema.

Inicialmente, há a questão da formação discursiva. Os discursos são diferentes, porque a forma que se está falando é diferente, ainda que o conteúdo seja igual. Mendes pode falar exatamente a mesma coisa que disse Varela, ou que dizem as correntes pós-modernas da Criminologia – e o faz – mas o que muda é a força de seu discurso.

³ Ibidem. p. 39.

⁴ FOUCAULT, Michel. **Estratégia, poder-saber**. Organização de Manoel de Barros Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 203-222. (Ditos & Escritos, 4).

É um discurso da empiria, que reforça e ultrapassa o da teoria. Reforça porque tem o condão de romper com o *status quo* da dogmática penal, e das políticas criminais. Ultrapassa, por outro lado, por que traz consigo o abjeto, o violento, o sofrido, o temível. É a realidade ali, escancarada, a verdade com suas falhas, o discurso enquanto forma de superar, catarticamente, a vida pregressa.

Assim, o que se produz na verdade é um discurso do preso, que em, sua base empírica e de vivência, em muito se assemelha àquele da Criminologia, conforme se verá adiante.

*Falar em discurso é falar em condições de produção, e em relação a essas condições (...), são formações imaginárias, e nessas formações contam a relação de forças (os lugares sociais dos interlocutores e sua posição relativa no discurso), a relação de sentido (o coro de vozes, a intertextualidade, a relação que existe entre um discurso e os outros) a antecipação (a maneira como o locutor revela as representações do seu interlocutor e vice-versa).*¹

A passagem acima explicita que o discurso traz em si a ilusão de que ele emana unicamente do sujeito falante, quando na verdade ele é um amálgama de outros discursos anteriormente recebidos por este, e é formado de acordo com diversos fatores.

Neste sentido, a narrativa é bifrontal, porque marcada pela ambivalência. Com foco no passado, servirá como instrumento de análise para novos processos sociais

relacionados ao crime na contemporaneidade. É um discurso que serve tanto para o passado como para o presente.²

5. MEMÓRIA

A questão da memória é central para a análise da obra de Mendes. A começar pelo título, *Memórias de um sobrevivente*. Mendes deixa claro, já neste primeiro momento, que o ali relatado está sujeito ao seu processo de lembrança e abstração dos momentos passados de sua vida. Há um compromisso apenas com a *sua* verdade. São as absolutas expressões da verdade dele próprio.

Pode-se deduzir, assim, que as memórias têm uma variante ficcional, já que é improvável que alguém consiga reter em sua memória lembranças de décadas atrás exatamente como aconteceram. É por isso que o formato do romance melhor se enquadra ao relato de Mendes, porque permite uma maior liberdade estilística e maiores possibilidades de selecionar os fatos.³

Ainda que se argumente que as *Memórias de um sobrevivente* não teriam caráter ficcional, o que é discutível, conforme já sublinhado acima, o fato do longo período de tempo abrangido pela narrativa acaba forçando a perda do compromisso com a verdade (aqui entendida a existência real do acontecimento passado, em todas as suas nuances e circunstâncias). Além do mais, é evidente que o relato acaba por ser contaminado pelo estado em que o autor se encontra no momento da escrita. Não quer dizer que ele tenha mentido, apenas que a verdade não mais existe. A verdade passa a ser outra, do momento em que ele narra o acontecimento memorizado.

Nesse sentido é que é fundamental revelar que a memória é sempre polissêmica. Ela é afetada simultaneamente por dois sentidos: o do momento

¹ ORLANDI, *op. cit.*, p. 158.

² SILVA, *op. cit.*, p. 109.

³ *Ibidem*, p. 25.

vivenciado e o do momento do relato. Ela é inacabada, não é fechada, mas sim dispersa e justamente sujeita ao momento em que é revivida. “Esta concepção de movimento de sentidos, de polissemia como composição, pode dar conta das diferenças entre linhas que chamaríamos de ideológicas na aferição dos distintos valores dos objetos simbólicos”.¹

A memória é, assim, constituída de esquecimento também, que determina a direção que se toma e a posição política do discurso. Existem questões de memória que deixam de fazer sentido em função do tempo decorrido, não há mais como fazer ponte ou como relacionar com qualquer acontecimento do presente.

Sobre a complexidade da memória, Orlandi destaca:

*Como materialidade, ela não é algo imóvel e sem forma, mas é feita, assim como a língua, de jogo: não trabalhamos com conteúdos, porém com relações de formas de linguagem que têm corporidade histórica. Nessa perspectiva, podemos dizer que o esquecimento é um dos modelos do político se marcar na relação com a memória, ideologicamente. Na perspectiva dos trabalhos de discurso em geral (cf. Michel Pecheux e a noção do esquecimento) e de meus trabalhos em particular (cf. As formas do silêncio), falar é esquecer.*²

Desta forma, a autora pontua que o esquecimento é constitutivo da memória. Ou seja, o que cala, na memória, é tão ideologicamente programado pela memória que

¹ ORLANDI, Eni Pucinelli. **Língua e conhecimento linguístico:** para uma história das ideias no Brasil. São Paulo: Cortez, 2002. p. 26.

² Idem, p. 50.

acaba por se tornar revelador. Ou seja, o silêncio é fundamental para a memória, e Mendes trabalha esta categoria em sua obra.

Não há compromisso com a fala, porque o que cala também é revelador, tanto quanto o que fala. Não se pode ignorar a necessidade de contar, sempre de acordo com seu ponto de vista muito particular, o da lembrança, o trauma que viveu. Ele precisa falar, de forma a poder seguir adiante.³ Não há compromisso com a realidade, apenas com o que ocorreu da sua maneira particular de vivenciar.

Não obstante essa clara ausência de compromisso, o real está lá, o tempo todo, incomodando e tornando-nos cúmplices e algozes, ao mesmo tempo, daquele homem infame⁴.

E a realidade, que se denota através da *necessidade* de falar, se revela muito em função da violência. Os momentos de tortura, de cometimento de crimes, são vividamente relatados, enquanto os de sexo com envolvimento emocional são relatados de forma tímida e até recatada.⁵ Eles não são tão relevantes para a formação discursiva de seu autor como os primeiros.

Em relação à memória, há formações discursivas que desaparecem: são regiões que deixam de estar configuradas para fazerem sentido. As delimitações entre uma formação

³ Em entrevista posterior, Mendes informa que não há como se arrepender dos seus atos pregressos porque para ele, é como se fosse outra pessoa, que não existisse mais. Disponível em: <<http://revistatrip.uol.com.br/tv-trip/luiz-alberto-mendes.html>>. Acesso em: 24 mar..2012.

⁴ FOUCAULT, **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 32. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

⁵ O Autor escreveu, posteriormente, outro livro sobre a questão do sexo, *Tesão e Prazer: memórias eróticas de um prisioneiro*, publicado em 2004 pela Geração Editorial.

discursiva e outra são necessárias para a significação. São a inscrição necessária do político, simbolizado.¹

É nesse ínterim que Michel Pecheux informa que, para que haja a memória é necessário que o acontecimento a ser relatado saia da indiferença. É somente um acontecimento não-insignificante que é capaz de gerar uma memória, de ser relatado.²

Assim, a partir da fala da memória, permite-se o esquecimento, esquecimento do momento narrado, permitindo que doravante, dele surjam novos sentidos. Permitindo, inclusive, que surja o silêncio.

6. SILÊNCIO

O silêncio, conforme já observado, é outra categoria importante da análise do discurso estabelecido por Mendes.

Para Orlandi, o silêncio é “um lugar de recuo necessário para que se possa significar, para que o sentido faça sentido”.³

Constitutivo da memória, além da falha, é o esquecimento. “Falando de história e de política, não há como não considerar o fato de que a memória é feita de esquecimentos, de silêncios. De sentidos não ditos, de sentidos a não dizer, de silêncios e silenciamentos”⁴.

O silêncio, no caso, tem um estatuto explicativo. Tudo o que o autor deixa de dizer também explica sobre o suas opções discursivas e sua verdade.

¹ ORLANDI. **Língua e conhecimento linguístico**: para uma história das ideias no Brasil. São Paulo: Cortez, 2002.p. 59.

² PECHEUX, Michel. *et al.*. **Papel da memória**. Campinas: Pontes, 2010. p. 25.

³ ORLANDI. **Língua e conhecimento linguístico**: para uma história das ideias no Brasil. São Paulo: Cortez, 2002. p. 13.

⁴ ORLANDI. **Papel da memória**. São Paulo: editora pontes, [19--].p. 59.

Diríamos que o sentido está sempre no viés. Ou seja, para se compreender um discurso é importante se perguntar: o que ele não está querendo dizer ao dizer isto? Ou: o que ele não está falando, quando está falando isto?⁵.

Também o silêncio é uma imposição do exercício do poder: o que pode ser dito e o que não deve? E o não dito leva em conta não só o Autor, mas também seu destinatário, o leitor.

O silêncio também se revela como categoria na obra nos momentos de tortura sofridos pelo Autor e que são vividamente relatados. Seu silêncio ante os torturadores é sua forma de resistência.

7. IDENTIDADE E SUBJETIVIDADE

Também estas são categorias relevantes para a formação do sentido do texto de Mendes. A identidade, no caso, é tanto a do falante quanto a do leitor. Ambas são fundamentais para a análise do texto.

Primeiramente, há um evidente conflito interno no autor. Ele escreve para definir quem foi, quem é, e quem será dali para frente. É para exorcizar os seus conflitos internos, para externar sua dor, da melhor maneira que sabe⁶.

⁵ ORLANDI. **A linguagem e seu funcionamento**: as formas do discurso. 4. Ed. Campinas: Pontes, 1996. p. 275.

⁶ “Escrever é sempre mais fácil do que falar”. Frase postada no Twitter do autor. Disponível em: <<http://twitter.com/#!/luizmendes>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

*Em outras palavras: a identidade não é idêntica a si mesma, não é sempre discernível em sua especificidade. Depende da história da sua constituição. E isso nos leva à questão mais interessante para esta nossa reflexão: a do funcionamento da memória na constituição da identidade das línguas.*¹

É o sujeito em formação, através do seu discurso, permeado pela ideologia do momento em que escreve.

E é relevante também para a formação discursiva o destinatário, o leitor. Conforme já referido, a obra foi publicada por uma das maiores editoras do país, que tem foco na chamada “alta literatura”. A edição da obra, se não chega a ser luxuosa, é bem acabada, e é um grande livro (são quase 600 páginas). Ou seja, pode-se imaginar sem muito esforço que seu público consumidor tenha origem social bem diferente da do autor. E sem dúvida essa deve ser uma preocupação do autor, a penetração em outras classes sociais, de forma que através de sua vida jamais conseguiu.

Luiz Alberto Mendes é, sob a visão da classe dominante, um homem fora de lugar: criminoso desde muito jovem, oriundo das classes subalternas, possui, no entanto, um admirável interesse pela literatura, que foi adquirido dentro da prisão, e um inegável talento para a escrita. Ele é um *outsider*, e talvez por isso seja objeto de interesse.

No interior do discurso que propõe o acesso ao conhecimento detido pela classe dominante – ou que se atribui a ela – viaja o discurso do poder e da exclusão. Nesse discurso, ou se tem o saber menos abstrato, menos rigoroso, rebaixado, o da

¹ ORLANDI, **A linguagem e seu funcionamento**. : as formas do discurso. 4. Ed. Campinas: Pontes, 1996. p. 24.

*facilidade. Saber nenhum, portanto. Cria-se assim, um falso dilema, pois se torna categórica a distância entre saber e não-saber, entre ser igual ou menos, etc.*²

Nesse ponto o autor é revolucionário, pois quebra com a expectativa do leitor médio, que espera comprar uma boa edição, de uma grande editora, e encontrar um falante igual a si. Mendes quebra a expectativa. Ele é o diferente, o estranho, o alheio.

O autor prova que é possível a utilização de um formato mais afeito à alta literatura e às classes dominantes para disseminar o seu saber, ligado à empiria e alheio à educação formal. As palavras respondem pelo homem que as usa, não se pode dizer que elas falam por si. Elas revelam o *locus* do falante.

E, em última instância, seu testemunho é uma tentativa desesperada de superar o trauma, de criar empatia com seu público e, assim, fazer com que os outros lhe compreendam. As memórias estão criando um compromisso com o leitor.

*O século XX, como uma Era de Catástrofes (...) é também o século da cristalização da memória e de uma certa inversão no sentido da produção histórica. A voz do oprimido, a sua escrita, a sua imagem podem ser registrados com alguma plenitude, arquivados, evidenciados, como nunca antes. Não é possível ser mais ingênuo, nem mais justificar a opressão e o vencedor dos processos históricos impunemente. A fala do testemunho é a fala do sobrevivente*³ (grifo do original).

² ORLANDI. **Língua e conhecimento linguístico**. : para uma história das ideias no Brasil. São Paulo: Cortez, 2002. p. 208.

³ SILVA, *op. cit.*, p. 49.

A sua fala preserva junto ao público a memória do que lhe aconteceu. É por isso, que, se a escrita formal e dentro de altos padrões estéticos pode ajudar a atingir o público mais amplamente, Mendes não se furta a utilizá-la. É um narrador “que não integra os espaços de conhecimento considerados legítimos, mas cuja experiência, ao ser contada e registrada, constitui um novo saber que modifica o conhecimento sobre a sociedade até então produzido”¹.

Ele é um homem que sobreviveu onde muitos sucumbiram, sua narrativa é, por isso, exemplar.

8. SOBREVIVÊNCIA E MUDANÇA SOCIAL

Também fundamental para a análise da obra é a questão da condição de sobrevivente do autor. Mais uma vez, é uma categoria que se coloca de maneira óbvia e natural – faz parte do título.

E, mais uma vez, a questão da sobrevivência é uma ponte clara com o testemunho do *Shoah*.

*Pensemos, então, na figura do sobrevivente. Ele é a síntese do plural no singular. Uma questão muito forte de sobrevivência está aqui colocada. A testemunha narra a partir de um ponto de vista individual um fenômeno de grupo, da sociedade ou uma história secular*².

Assim, a linguagem é condição para afastamento da morte, para sentir-se vivo, conforme acima salientado por Seligmann-Silva. A escrita, aqui, não é apenas um

lugar de diversão e alívio, mas uma necessidade premente de aproximar-se da dor, da morte, e, por isso, superá-la.

Sobreviver, aqui, é ainda ressuscitar. Mendes escreve ainda na prisão, e quer reviver, quer liberdade, quer felicidade – e não se conformará com menos do que isso.

*Principalmente preciso dizer que ainda estou na luta, que ainda quero ser feliz, e mesmo que não seja, jamais me conformarei com menos. Vou morrer tentando. Claro que agora mais maduro, mais sofrido e mais experiente, não que isso signifique muita coisa (...), mas não vou seguir caminhos que já se provaram – exaustivamente – de dor. Mas também não vou dar mole, quero mais do que simplesmente estar vivo.*³

Assim, como os demais testemunhos de presos, Luiz Alberto Mendes alia a escrita ao compromisso social com a mudança. Não se fala em arte pela arte, mas sim com o uso da arte e do espaço formal de produção literária que conquistou/lhe foi concedido para trazer a proposta de mudança de acordo com sua vivência empírica.

Nesse sentido, a obra literária vem agregar e falar, de forma diferente, tudo aquilo que o sistema penal latino-americano cala, propositadamente.

9. DIREITO E ARTE

Assim, as fronteiras entre a ciência e a arte tornam-se mais frágeis, permitindo que “o investigador mergulhe nos contextos urbanos onde os desvios efetivamente

¹ MARCO, *op. cit.*

² SILVA, *op. cit.*, p. 49

³ MENDES, *op. cit.*, p. 478.

acontecem, realizando o que poderia ser denominado como *criminologia de aproximação* ou de *escuta*¹.

É nesse contexto que a criminologia, a partir da perspectiva cultural, vai se aproximar de manifestações dos sujeitos (desviantes), das relações de poder travadas, códigos sociais e comportamento geral perante o grupo.

Conforme já apontado, a Criminologia Cultural parte do *labelling approach* e da Criminologia Crítica para a sua elaboração teórica.

Para além da preocupação macrosociológica da criminologia crítica com a atuação das agências formais e informais de controle social nos processos de criminalização das condutas dos grupos desviantes, a criminologia cultural, sob intensa inspiração antropológica dos estudos culturais, direcionará sua lente para a observação dos atores que constituem e se constituem em determinadas tribos desviantes. A preocupação da criminologia cultural estará voltada, portanto, para a construção das identidades desviantes; para compreensão deste sujeito no encontro com as pessoas do seu cotidiano; para a percepção das formas pelas quais esta identidade vivida será representada pela sociedade e pelas instituições².

Revela-se, então, a importância das obras escritas por presos e de *Memórias de um sobrevivente* em particular.

¹ CARVALHO. Das subculturas desviantes ao tribalismo urbano (itinerários da Criminologia Cultural através do Movimento Punk). In: **Criminologia cultural e rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 162.

² Ibidem, p. 174.

Luiz Alberto Mendes traça, a partir de sua própria vivência empírica, um panorama do estado em que se encontram as prisões brasileiras: abandono total. Tendo, em 27 anos³, estado menos de cem dias livre, somente sua experiência pode atestar o genocídio do sistema penal latino-americano a que Zaffaroni se refere:

Nos países centrais as atitudes não teóricas possivelmente não merecem atenção. No entanto, em nossa região marginal estas reações são sumamente importantes e requerem atenção preferencial, uma vez que, aqui, o exercício do poder dos órgãos nem sempre gera um saber que se explicita em um discurso elaborado no estilo dos discursos centrais qualificados de teóricos, mas, ao contrário, limita-se frequentemente a atitudes discursivamente confusas⁴.

O autor coloca a importância de manifestações outras, a que chama de *atitudes*, onde se pode situar a literatura, como de extrema importância para a deslegitimação do sistema penal na América Latina, tanto quanto aquelas emanadas da teoria.

Isso ocorre, ainda segundo Zaffaroni, porque o modelo das prisões na América Latina não veio de Jeremy Bentham, mas sim de Cesare Lombroso. A própria ideia inicial das colônias já era “lombrosiana”. Os habitantes das colônias eram seres biologicamente inferiores.

Assim, as prisões na América Latina são os locais destinados para os inferiorizados dentre os que já são biologicamente inferiores. Por isso, os argumentos

³ Até o ano 2000. Ao todo, Luiz Alberto Mendes ficou preso por 31 anos. Foi libertado em 2004 e publicou mais dois livros (*Tesão e prazer* e *Às Cegas*, já em liberdade).

⁴ ZAFFARONI. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 74.

sobre as prisões vindo do centro, tanto de legitimação quanto de desconstrução, são inservíveis para a realidade local.

Nesse contexto, os testemunhos de presos nas prisões paulistas, expõe o que a dogmática falha em explicar e o que a opinião pública é treinada para ignorar: como realmente funciona o sistema penal, mas desta vez pela ótica do próprio encarcerado. Verifica-se, pois, que há um certo tipo de literatura que consegue, sim, preencher os vazios deixados pela dogmática, que ultrapassa os lugares comuns repetidos em outros lugares sobre a prisão e que confirma aquilo que as correntes criminológicas recentes detectaram.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIN, Walter. O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. In: BENJAMIN, Walter. *Obras escolhidas: magia e técnica, arte e política*. v. 1. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Das subculturas desviantes ao tribalismo urbano (itinerários da criminologia cultural através do Movimento Punk). In: *Criminologia cultural e rock*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FELMAN, Shoshana. Educação e crise ou as vicissitudes do ensinar. Tradução de Cláudia Valladão de Mattos. In: NESTROVSKI, Arthur; SELIGMANN-SILVA, Márcio (Orgs.). *Catástrofe e representação*. São Paulo: Escuta, 2000.

FERREL, Jeff. *Cultural Criminology*. Disponível em:

<<http://ponce.inter.edu/acad/facultad/jvillasr/LECTURAS/CULTURAL%20CRIMINOLOGY.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

FOUCAULT, Michel. *Estratégia, poder-saber*. Organização de Manoel de Barros Motta. Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 203-222. (Ditos & Escritos volume 4).

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 32. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2006.

GARLAND, David. *A cultura do controle*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

HOSSNE, Andréa Saad. Autores na prisão, presidiários autores. Anotações preliminares à análise de *Memórias de um sobrevivente*. *Literatura e sociedade*, São Paulo, n. 8, p. 126-139, 2005.

MARCO, Valéria de. A literatura de testemunho e a violência de Estado. *Lua nova*, São Paulo, n. 62, 2004.

Disponível em: <www.scielo.br/pdf/lnn62/904n62.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2007.

MENDES, Luiz Alberto. *Memórias de um sobrevivente*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *A linguagem e seu funcionamento: as formas do discurso*. 4. ed. Campinas: Pontes, 1996.

_____. *Língua e conhecimento linguístico: para uma história das ideias no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2002.

PENNA, João Camillo. Este corpo, esta dor, esta fome: notas sobre o testemunho hispano americano. In: SELIGMANN-SILVA (Org.). *História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes*. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

PECHEUX, Michel et al. *Papel da memória*. Campinas: Pontes, 2010.

SELIGMANN-SILVA, Márcio. Violência, encarceramento, (in)justiça: memórias de histórias reais das prisões paulistas. *Revista de Letras*, São Paulo, ano 43, n. 2, p. 29-47, 2003.

_____. O testemunho: entre a ficção e o “real”. In: SELIGMANN-SILVA (Org.). *História, memória, literatura: o testemunho na era das catástrofes*. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

VARELLA, Drauzio. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010

ZENI, Bruno (Coord). *Sobrevivente André du Rap: do massacre do Carandiru*. São Paulo: Labotexto, 2002. p. 9.

RESUMOS EXPANDIDOS

A CRIMINALIZAÇÃO E OS POVOS INDÍGENAS: O SISTEMA JUDICIÁRIO NA AMAZÔNIA

Gerbson Cordeiro Nascimento¹

Eneida Corrêa de Assis²

RESUMO

As Organizações Indígenas, por meio da COIAB- Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e da COICA- Coordenadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazônica com algumas organizações parceiras buscam, entre outras coisas a efetivação dos direitos indígenas por meio de Políticas de Reconhecimento e reduzir a criminalização sobre as lideranças do Movimento Indígena. A respeito de um tipo de invisibilidade, o estudo de Bruce Miller reflete com clareza alguns aspectos distintos da política de não reconhecimento no que se refere aos povos indígenas, ao qual se nomeia de invisibilidade étnica e legal. O presente artigo pretende investigar a atuação que as organizações indígenas, a COICA e COIAB, ao articular com outras organizações parceiras e instituições tais como, a CNPI, APIB, Comissão de Direitos Humanos e sua relação com o sistema judiciário na

¹ Mestrando em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Pará, Brasil. Orientando da Prof.^a Dr.^a Eneida Assis.

² Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e do Programa de Pós-Graduação em Ciências sociais da Universidade Federal do Pará.

Amazônia. Para tanto, será observado o papel dos meios de comunicação na abordagem destes conflitos. A seguir, será analisado como o Estado concebe a criminalização através da responsabilização atribuída aos indígenas nos casos de assassinatos e demais crimes ocorridos, principalmente, na luta pela terra. Para o desenvolvimento deste trabalho partiu-se da abordagem teórica analítica com aporte da teoria do reconhecimento, que nos permite construir os referenciais que nos indique as estratégias destas organizações na região Amazônica, bem como, contemplar um estudo de caráter jurídico sociológico. A pesquisa está em seu estágio inicial, contudo tem como hipóteses a evidência de um cenário atual favorável a um pluralismo, mas sem avanço significativo na efetivação dos direitos indígenas garantidos constitucionalmente. Assim, podemos supor uma ambígua relação entre a retórica sobre os direitos indígenas e a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas.

Palavras-Chave: *criminalização; povos indígenas; sistema judiciário na Amazônia.*

ABSTRACT

The Indigenous Organizations, through COIAB-Coordination of Indigenous Organizations of the Brazilian Amazon and the Coordinadora de las COICA-Indigenous Organizaciones de la Cuenca Amazon with some partner organizations seek, among other things, the fulfillment of indigenous rights through policies and Recognition reduce the criminalization of the leaders of the Indigenous Movement. Regarding a kind of invisibility, the study by Bruce Miller clearly reflects some different aspects of the policy of non-recognition with regard to indigenous peoples, which is named invisibility of ethnic and legal. This article investigates the role that indigenous organizations, COICA and COIAB, to coordinate with other partner organizations and institutions such as the CNPI, APIB, Human Rights Commission

and its relationship with the judiciary in the Amazon. To do so, it looks at the role of media in addressing these conflicts. The following will be considered as the state sees the criminalization through accountability attributed to indigenous cases of murders and other crimes that occurred mainly in the struggle for land. To develop this work started from the theoretical approach with analytical contribution of theory of recognition, which allows us to build the references that indicate the strategies these organizations in the Amazon region, as well as contemplating a sociological study of legal character. The research is in its infancy, yet has hypotheses as evidence of a current scenario favorable to pluralism, but without significant advance in the realization of indigenous rights constitutionally guaranteed. Thus, we can assume an ambiguous relationship between the rhetoric on indigenous rights and the lack of an effective system of rules to protect the rights and interests of indigenous peoples.

Keywords: *criminalization; indigenous peoples in the Amazon judiciary.*

INTRODUÇÃO

As Organizações Indígenas por meio da COIAB- Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira e da COICA- Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazônica, e demais organizações parceiras, buscam entre outras coisas, a efetivação dos direitos indígenas por meio de ações que possam pressionar o Poder Público no cumprimento do que anuncia a Lei Maior, assim como, combater a criminalização que recai sobre as lideranças do Movimento Indígena.

O presente trabalho discute a atuação que as organizações indígenas, COICA e COIAB, ao articular com organizações parceiras como a CNPI (por extenso), APIB (idem) e Comissão de Direitos Humanos (de onde?), se relaciona com o sistema judiciário na Amazônia ao se defrontar com questões do âmbito do sistema penal. Um dos caminhos que permite vislumbrar o tema ainda pouco discutido por aqueles que se dedicam aos estudos com/sobre povos indígenas é observar a abordagem dos meios de comunicação nestes conflitos. Além disso, a forma como o Estado concebe a criminalização do movimento social através da responsabilização atribuída aos indígenas sejam nos casos trágicos decorrentes da luta pela terra, que podem resultar em assassinatos ou aqueles que envolvem destruição do patrimônio o indicam uma tendência a deslegitimar esse tipo de manifestação política.

1. TEORIA DO RECONHECIMENTO

Algumas linhas da política contemporânea gravitam sobre as demandas de reconhecimento oriundas de grupos considerados subalternos como as mulheres, gays, ambientalistas, negros e índios. O processo organizativo que se traduziu através de

ações que se estenderam para além da esfera local, caracterizadas por estarem fora de instituições consagradas como os sindicatos e outros organismos, calcadas na afirmação de suas identidades coletivas, na exigência do reconhecimento de suas existências e reivindicação seus direitos, passaram a ser chamados de novos movimentos sociais (SCHERER-WARREN, 2006; GOHN, 1997). Esse tipo de ação política baseada no pacifismo, nas questões de gênero ou de etnia, na melhoria das condições de vida, colocava em pauta a noção de diferença, sem busca de poder, mas de lugar, de visibilidade (INGLEHART, 1971), caracterizando um aprendizado democrático principalmente a partir das demandas da diversidade contemporânea.

Na discussão sobre reconhecimento, a teoria crítica a partir de Honeth e Taylor, implicou na inclusão de categorias que permitissem explicar mais adequadamente as novas formas de luta política e de mobilização cultural que ampliaram os sentidos da emancipação e configuraram atualmente os dilemas e os desafios da democracia contemporânea.

Axel Honeth (2003) em sua abordagem sobre o reconhecimento aponta algumas formas de desrespeito como as que afetam a integridade corporal dos sujeitos, e por sua vez, a autoconfiança, como por exemplo, a recusa de direitos que aniquila a autoestima, favorecendo ao sujeito o sentimento de não possuir o *status* de igualdade, especialmente quando há referência negativa ao valor de certos indivíduos e grupos.

Tais formas de desrespeito, segundo Honneth, impedem a realização plena do indivíduo e liberam impulsos que motivariam lutas sociais, pois evidenciam os obstáculos impostos por outros atores sociais, sempre que o contexto político e cultural seja favorável.

Ao contrário do que postula Honneth sobre a luta por reconhecimento ser exclusivamente moral e normativa, alguns pensadores discordam desta linha de raciocínio como Charles Taylor (1989) ao afirmar que esta luta vai além de aspectos

desta natureza, mas é uma necessidade humana vital. Ao analisar a Política de Reconhecimento chama atenção para a importância na política moderna, defendendo a ideia de que nossa identidade é moldada em grande parte pelo reconhecimento social ou pela sua ausência.

Com efeito, o autor afirma que há sentido em falar de uma política de reconhecimento enquanto prática que visa minorar as consequências resultantes de uma desigual distribuição de poder na sociedade, uma vez que o não reconhecimento ou o reconhecimento imperfeito, ou mesmo incompleto, de um determinado grupo por outro grupo detentor de poder social, acarreta a criação de impedimentos à sobrevivência, à autonomia, ou, no mínimo, à ascensão social do grupo minoritário.

Na concepção de Taylor, as condições necessárias para a atribuição de respeito e autoestima, passam a ser o mote para a percepção dos conflitos no mundo atual.

2. O PAPEL DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO NESTE CONFLITO

A mídia é usualmente compreendida como um veículo de transmissão ideológico da classe dominante, contribuindo, assim, para a criminalização dos movimentos sociais, como ocorre com o movimento indígena, pois seus membros, na maioria das vezes são considerados uma ameaça à ordem social, e identificados como indivíduos nocivos a qualquer convivência em sociedade.

Comumente, os movimentos sociais suscitam uma aliança estratégica entre os veículos de comunicação, o poder executivo e judiciário. Os primeiros apresentam uma perspectiva negativa dos movimentos sociais, identificando-os como baderneiros e depredadores do patrimônio público. O Estado, por meio de seu aparelho jurídico condena a conduta dos ativistas.

Nesta perspectiva, Noam Chomsky e Edward Herman (1979) analisam o papel dos veículos de comunicação como executores de uma violência simbólica praticada pela mídia na distorção dos fatos.

De acordo com Rocha (2008), o modelo habermasiano vem exercendo uma considerável influência nos estudos sobre a imprensa, combinando elementos das visões radicais e liberais.

Rocha observa que, além dos atores institucionais poderosos das grandes corporações do mercado e do sistema político, o conceito de esfera pública, revisto por Habermas, reconhece relativa autonomia aos jornalistas e profissionais da mídia, mediante a influência que o público exerce na visibilidade midiática como espectadores das “galerias”, bem como dos atores coletivos periféricos à estrutura de poder que, nos momentos de crise quando se verifica maior mobilização na esfera pública, podem, a despeito das desvantagens estruturais, prevalecer na definição da pauta da agenda midiática, formando opinião e vontade capaz de se transformar em poder comunicativo e, assim, definir a atuação do Estado sobre as questões tematizadas (2008, pg. 51).

Diante deste cenário, o enfrentamento das populações indígenas às pressões exercidas pelos diversos segmentos da sociedade nacional tais como, madeireiros, garimpeiros, setores do agronegócio, hidroelétricas, conduz o Movimento Indígena articular com outras organizações parceiras e instituições tais como, a CNPI- Conselho Nacional de Política Indigenista, APIB- Associação dos Povos Indígenas do Brasil, Comissão de Direitos Humanos e Minorias, MPF- Ministério Público Federal e os deputados da Frente Parlamentar em Defesa dos Povos Indígenas e Quilombolas, por participação mais efetiva no jogo democrático e nas arenas políticas em busca de soluções por suas demandas.

É possível verificar o espaço destinado às populações indígenas na mídia, sobretudo em eventos envolvendo povos indígenas como, por exemplo, os debates em torno do Movimento Indígena e sua mobilização contra a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 215/2000, a construção da Hidroelétrica de Belo Monte, a revogação da Portaria 303/2012 da Advocacia Geral da União (AGU) que viola direitos indígenas, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ou a ameaça à demarcação de suas terras. Notícias como estas, contêm os estereótipos que vão desde a imagem do bom selvagem de Rousseau até a de criminosos que cometem graves delitos.

3. JUDICIÁRIO NA AMAZÔNIA

Ao observarmos a estrutura da decisão jurídica, podemos afirmar que o papel do Poder Judiciário na Amazônia não contribui o bastante para reduzir a criminalização dos movimentos sociais, principalmente no que se refere à luta pela terra, demonstra claramente que as decisões jurídicas se definem no papel do controle dos conflitos sociais, muito distante da solução destes.

As relações entre as populações indígenas e os Estados Nacionais são caracterizadas pela tendência em manter a invisibilidade destes povos, obstruindo diversas possibilidades de reconhecimento por parte da sociedade envolvente.

A respeito de um tipo de invisibilidade, o estudo de Bruce Miller (2003) no livro “Invisible Indigenes: the politics of recognition”, reflete com clareza alguns aspectos distintos da política de não reconhecimento no que se refere aos povos indígenas, ao qual se nomeia de *invisibilidade étnica e legal*.

Como exemplo, observa que o não reconhecimento de povos indígenas no Canadá e nos Estados Unidos da América apresenta-se na forma de mecanismos

estatais em rejeitar demandas dos povos indígenas, cujo maior resultado significa apagar a diversidade étnica no interior das fronteiras nacionais.

Ao considerar as argumentações de Miller, Crithian Teófilo (2007) retoma a discussão feita por este autor em seu trabalho intitulado “The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of indigenes from a brazilian perspective”, retomando as questões sobre invisibilidade e a política de não reconhecimento a partir de uma perspectiva brasileira.

Sua argumentação consiste em complementar àqueles fornecidos por Miller no sentido de compreender o não reconhecimento de índios invisíveis sob a ótica de fenômenos heterogêneos relacionados a preceitos legais em contextos nacionais distintos.

Decisões subjetivas e a fragilidade na verificação dos delitos que comprovem a sua existência, constituem os aspectos que conduzem à criminalização dos movimentos sociais distorcendo a luta por direitos humanos e considerando como ameaça à ordem pública e ação meramente de baderna. Não obstante, o discurso jurídico, reflete o caráter das elites políticas e econômicas, sob uma forte carga ideológica de temor da realização de um pleno estado democrático e de direito, com bases num pluralismo jurídico, tal qual preconizado pela Constituição de 1988.

Assim, o Estado, na atuação do Poder Judiciário por meio do Sistema Penal, se ocupa muito mais em criminalizar condutas do que solucionar conflitos que envolvem o Movimento Indígena quando busca soluções para suas demandas, agravadas pelas pressões sobre as terras indígenas provocadas pelos diversos segmentos da sociedade envolvente.

A partir da relação entre a retórica sobre os direitos indígenas e a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas, o Movimento Indígena da Amazônia brasileira por meio da COIAB-

Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira cria estratégias para o enfrentamento de seus problemas.

Uma delas é possibilitar a articulação entre as organizações locais e de base e os diversos fóruns e eventos coletivos de caráter regional e nacional tais como, a Assembleia Geral da COIAB, reuniões coletivas como o evento Abril Indígenas realizadas em Brasília na Praça dos Três Poderes, momentos nos quais são discutidas as problemáticas que afetam estas populações e as alternativas para garantir a defesa de seus povos e territórios;

O movimento indígena tem buscado a participação nas arenas decisórias para poder incluir na agenda nacional e internacional suas demandas por Políticas de Reconhecimento, no interior dos Estados Nacionais e também no Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas, que incluem o direito dos povos indígenas, a inserção das questões referentes às mulheres indígenas, globalização, biodiversidade, mudanças climáticas. A inclusão desses temas nos ODM's - Objetivos de Desenvolvimento do Milênio, cujas metas contempla prazos e indicadores estabelecidos, e, portanto, almejadas por diversos órgãos de direitos humanos e programas, fundações e agências da ONU¹, faz parte das expectativas do Movimento.

¹Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) surgem da Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotada pelos 191 estados membros no dia 8 de setembro de 2000. Criada em um esforço para sintetizar acordos internacionais alcançados em várias cúpulas mundiais ao longo dos anos 90 (sobre meio-ambiente e desenvolvimento, direitos das mulheres, desenvolvimento social, racismo, etc.), a Declaração traz uma série de compromissos concretos que, se cumpridos nos prazos fixados, segundo os indicadores quantitativos que os acompanham, deverão melhorar o destino da humanidade neste século. Os Objetivos do Milênio estão sendo discutidos, elaborados e expandidos globalmente e dentro de muitos países. Entidades governamentais, empresariais e da sociedade civil estão

No âmbito nacional apresentam demandas às agências estatais, como a FUNAI-Fundação Nacional do Índio, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Instituto Brasileiro de Meio Ambiente, Fundação Nacional da Saúde, assim como ao MPF- Ministério Público Federal que tem sido as mediadoras das relações entre índios/Estado/atores sociais e institucionais. Em relação à comunidade internacional as demandas são apresentadas em fóruns, coordenados por organismos internacionais como a OEA- Organização dos Estados Americanos e a ONU- Organização das Nações Unidas, e o FPQI- Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas, sob a forma de relatórios e denúncias sobre o retrocesso e ameaça da efetivação de seus direitos.

As mobilizações são outro tipo de estratégia utilizada pelo Movimento Indígena com vistas às ações de protesto, marchas, plantões, formação de alianças,

procurando formas de inserir a busca por esses Objetivos em suas próprias estratégias. O esforço no sentido de incluir vários desses Objetivos do Milênio em agendas internacionais, nacionais e locais de Direitos Humanos, por exemplo, é uma forma criativa e inovadora de valorizar e levar adiante a iniciativa. Concretas e mensuráveis, os 8 Objetivos – com suas 22 metas (24 no Brasil) e 48 indicadores – podem ser acompanhadas por todos em cada país; os avanços podem ser comparados e avaliados em escalas nacional, regional e global; e os resultados podem ser cobrados pelos povos de seus representantes, sendo que ambos devem colaborar para alcançar os compromissos assumidos em 2000. Também servem de exemplo e alavanca para a elaboração de formas complementares, mais amplas e até sistêmicas, para a busca de soluções adaptadas às condições e potencialidades de cada sociedade. Meta 1 erradicar a pobreza extrema e a fome; Meta 2 atingir o ensino básico universal; Meta 3 promover a igualdade entre os sexos e autonomia das mulheres; Meta 4 reduzir a mortalidade infantil; Meta 5 melhorar a saúde materna; Meta 6 combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; Meta 7 garantir a sustentabilidade ambiental; Meta 8 estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. Informações disponibilizadas no site www.objetivosdomilenio.org.br.

coalizões e fortalecimento de parcerias com diversos atores sociais (estatais ou não estatais) em escalas regional, nacional e internacional no enfrentamento de diversos segmentos da sociedade envolvente, tais como, setores do agronegócio, madeireiro, mineração, energético e mesmo as decisões de governo como no caso brasileiro, a PEC 215/2000¹ que traduz os interesses partidários do poder colocando em riscos direitos assegurados pelos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

4. Considerações Finais

A pesquisa está em seu estágio inicial, se conduzindo a partir algumas hipóteses: A evidência de um cenário atual favorável a um pluralismo, contudo, sem avanço significativo na efetivação dos direitos indígenas garantidos constitucionalmente.

A ambígua relação entre a retórica sobre os direitos indígenas e a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas, cujo discurso do Poder Judiciário por meio do Sistema Penal torna evidente. Não obstante, o Movimento Indígena busca superar tais obstáculos através de parceiros e aliados, indigenistas, estatais e não-estatais na esperança de que seus direitos constitucionais sejam efetivados.

¹ Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. (www.camara.gov.br).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, República Federativa. *Constituição de 1988*. Capítulo II – Dos Direitos Sociais: artigos 6º ao 11º. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos Movimentos Sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo, Edições Loyola, 1997.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

INGLEHART, R. *The silent revoltion in post-industrial societies*. American Political Science Review, nº 65, 1971.

MILLER, Bruce. *Invisible Indigenes: the politics of recognition*. 2003.

ROCHA, Heitor Costa Lima da. *Habermas e a Teoria do Jornalismo: A Manipulação Ideológica no Jornalismo como Distorção Sistemática da Comunicação*. *Estudos em Comunicação* no4, 41-57 Novembro de 2008. Disponível em http://www.ec.ubi.pt/ec/04/pdf/04-Heitor_Rocha

SCHERER-WARREN, Ilse. *Das mobilizações ás redes de movimentos sociais*. Sociedade e Estado. v. 21, nº 1 Brasília jan/abr. 2006

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self*. São Paulo: Loyola, 1999.

TEÓFILO, Cristhian. *The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of indigenes from a Brazilian perspective*. 2007.

A MULHER COMO SUJEITO (IN)SUBORDINADO

Magali Gláucia Fávaro de Oliveira¹

RESUMO

Esta pesquisa tem por escopo central analisar a violência doméstica como forma de negativa da liberdade do outro, bem como verificar a relação existente entre sujeitos dominados e dominadores e a perpetuação [e quebra] de todas as construções de gênero, criadas socialmente. Por meio da obra “A Dominação Masculina” de Pierre Bourdieu, investigar-se-á a lógica da dominação masculina, que é passada de geração em geração e é exercida em nome de um princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante quanto pelo dominado, por meio da linguagem, do estilo de vida ou de propriedades corporais. Investigando os papéis socialmente determinados para cada sexo, percebe-se sempre a predominância da ótica masculina, como a mais viril e perfeita, e em contrapartida, uma inferiorização da mulher de forma naturalizada, nunca natural. Através da utilização do método dedutivo e pesquisa bibliográfica verifica-se que a violência doméstica é praticada em uma rede intrincada e complexa onde os sujeitos, cada um a seu modo, são vítimas e autores ao mesmo tempo. Partindo então desta hipótese, conclui-se que a mulher, sujeito da relação violenta, ainda que de forma dominada, também perpetua a dominação masculina através de seus modos e atos, que são expressão de reconhecimento da dominação e submissão.

Palavras-chave: *Violência Doméstica; Gênero; Dominação Masculina.*

RESUMEN

Esta investigación es analizar el alcance de la violencia doméstica como una forma fundamental de la libertad negativa de otro, y para verificar la relación entre dominadores y dominados por los sujetos y la perpetuación [e incumplimiento] de todas las construcciones de género, socialmente creados. A través del libro "La Dominación Masculina" Pierre Bourdieu, se investigará la lógica de la dominación masculina, que se transmite de generación en generación y se imparte en nombre de un principio simbólico conocido y reconocido por ambas dominante como dominado por, través del lenguaje, estilo de vida o las propiedades físicas. La investigación de los roles socialmente determinados para cada sexo siempre percibe el predominio de la perspectiva masculina, ya que más varonil y perfecta, y en contraste, la inferioridad de la mujer tan naturalizada, no natural. A través del uso del método deductivo y la búsqueda de la literatura muestra que la violencia doméstica se practica en un intrincado y complejo donde los sujetos, cada uno a su manera, son víctimas y victimarios al mismo tiempo. A partir de entonces esta hipótesis, llegamos a la conclusión de que la mujer, sujeto de la relación violenta, aunque dominada, también perpetúa la dominación masculina a través de sus caminos y sus obras, que son una expresión de reconocimiento de la dominación y la sumisión.

Palabras clave: *Violencia doméstica, de género, la dominación masculina.*

¹ Mestranda em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há diferenças sexuais, naturais, entre os corpos feminino e masculino. Contudo, essas diferenças têm sido (re)produzidas na sociedade brasileira como diferenças de gênero, de forma a diminuir a mulher em relação ao homem, criando os papéis que cada um pode/deve exercer.

Esta alteração, que é muito mais remota do que possamos imaginar, e na sociedade brasileira é ainda mais acentuada, atribui ao homem o papel de varão viril, poderoso, influente, o cabeça do lar, que comanda, dá ordens, tendo total poder sobre seus subordinados, inclusive a mulher.

À esta, resta o “status” de frágil, dócil, sensível e fêmea procriadora, que tem como finalidades principais da vida, ser uma boa mãe, tendo quase total responsabilidade pelo caráter que terão os seus filhos, e uma boa esposa, serva sexual que deve estar pronta sempre que o marido procurá-la para satisfazer suas necessidades.

Neste palco social dramático, a violência de gênero, a qual situa a mulher em posição inferior e desigual ao homem, é pré-concebida invisivelmente na sociedade, que inculca essa superioridade masculina em seu inconsciente e nos meios mais simplórios de organização do pensamento e da linguagem, naturalizando a dominação masculina.

A dominação, na forma como é imposta e vivenciada, torna-se o exemplo por excelência da submissão paradoxal, resultante da violência simbólica, que é descrita por Pierre Bourdieu como violência suave, insensível e invisível às próprias vítimas. Para ele, a lógica da dominação masculina é exercida em nome de um princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante quanto pelo dominado, através da linguagem, do estilo de vida ou de propriedades corporais. É partindo de tal premissa que no presente trabalho questiona-se: é possível afirmar que

a mulher é apenas vítima da relação violenta ou ela seria também sujeito da relação, ainda que de forma dominada?

2. ENTENDENDO A DOMINAÇÃO MASCULINA

A dominação masculina, na forma como é imposta e vivenciada, torna-se o exemplo por excelência da submissão paradoxal, resultante da violência simbólica, que segundo Pierre Bourdieu é a violência suave, insensível e invisível às próprias vítimas. Para o autor, a lógica da dominação masculina é exercida em nome de um princípio simbólico conhecido e reconhecido tanto pelo dominante quanto pelo dominado, através da linguagem, do estilo de vida ou de propriedades corporais.

A dominação é realizada através de processos de transformação da história em natureza (história incorporada), do arbitrário cultural em natural. Sua força se evidencia no fato de que ela dispensa justificção, uma vez que o próprio corpo humano, com sua realidade biológica, constrói as diferenças existentes entre os sexos, fazendo assim que a divisão socialmente construída entre masculino e feminino, esteja “na ordem das coisas” (Bourdieu, 2011), como algo normal, natural e inevitável, tanto quanto a dessemelhança dos órgãos sexuais.

Através do corpo, cria-se disparidades pertencentes a homens e mulheres, sempre associando o que é mais forte e poderoso ao mundo masculino e o que é mais frágil e delicado ao universo feminino.

A virilidade, em seu aspecto ético, quer dizer, como “questão de honra”, mantém-se indissociável da virilidade física, principalmente por meio das provas de potência sexual. Por tal razão, o homem é tido como ser mais poderoso, pois seu órgão

sexual é visto com mais “vigor” em relação ao órgão sexual feminino, que é interno, para dentro, fechado.

Contudo, apesar dos processos naturais do mundo, sempre há uma luta cognitiva entre as realidades sexuais, oferecendo aos dominados uma possibilidade de resistência contra o efeito de imposição simbólica, como por exemplo, quando as mulheres tiram proveito do estado minimizado do sexo masculino para afirmar sua superioridade feminina, fazendo chacota do membro sexual do homem que perde seu vigor com o tempo, enquanto a mulher permanece como “uma pedra bem soldada” (BOURDIEU, 2011, p. 23).

Em que pese Bourdieu (2011, p. 32/33) trabalhar a ideia de que as diferenças aparentes entre os corpos masculinos e femininos “que, sendo percebidas e construídas segundo os esquemas práticos da visão androcêntrica, tornam-se o penhor mais perfeitamente indiscutível de significações e valores que estão de acordo com os princípios desta visão”, por outro lado, ele afirma que não é o pênis ou a vagina que fundamentam a visão androcêntrica de mundo, mas sim, a visão de mundo que é organizada pela divisão existente entre os gêneros relacionais, masculinos e femininos que pode instituir o “falo”, símbolo de virilidade do ponto de honra tipicamente masculino.

O trabalho de construção simbólica se realiza em uma transformação profunda e duradoura dos corpos, ou seja, em um trabalho de construção prática que “impõe uma definição diferencial dos usos legítimos do corpo, sobretudo os sexuais, e tende a excluir do universo do pensável e do factível tudo que caracteriza pertencer ao outro gênero” (BOURDIEU, 2011, p. 33).

O *nómos* arbitrário que institui as duas classes na objetividade é verificado pela somatização das relações sociais de dominação, realizado de forma coletiva,

difusa e contínua, instituindo assim um *habitus* diferenciado pelo princípio de divisão dominante.

O *habitus* se refere à capacidade de uma estrutura social ser incorporada pelos indivíduos através de percepções, apreciações e ações. O autor se utiliza do termo “*habitus*”, e não de “hábito”, uma vez que acredita que este último é estático e acaba não demonstrando com fidedignidade a capacidade criadora, inventiva e adaptativa dos indivíduos, diferente do que o termo “*habitus*” traz.

No que se refere à dominação masculina, o *habitus* é entendido como o produto de um trabalho social de inculcação, que ao fim, acaba sendo reconhecido por todos, de forma a inscrever-se em uma natureza biológica e se tornar uma “lei” social incorporada.

Essa aprendizagem do *habitus* social é eficaz, segundo Bourdieu, por se manter tácita, como a moral feminina, que se impõe, sobretudo através de uma disciplina incessante as partes do corpo, bem como pela coação quanto aos trajes e penteados que lhe mantém a ética. Assim, da mesma forma em que a moral do homem pode ser imposta pela sua forma de enfrentar, olhar para frente com uma postura ereta, assim como um militar, à mulher, naturalmente lhe é imposto o contrário, qual seja, o dever de inclinar-se e submeter-se à docilidade que lhe é conveniente.

3. INCORPORANDO A RELAÇÃO DE DOMINAÇÃO

Uma vez que a dominação masculina encontra reunidas todas as condições de seu pleno exercício, ela é implementada de forma eficaz. A violência simbólica se institui por intermédio da adesão do dominado ao dominante, incorporando a relação de dominação, vendo-a como natural.

O efeito da dominação masculina, conforme dito, é exercido através do *habitus*, logo, essa submissão feminina, que é espontânea e extorquida só pode ser

compreendida quando nos atentamos aos efeitos duradouros que ela produz. Bourdieu (2011) entende que a violência simbólica não pode ser vencida apenas com as armas da consciência e da vontade, mas sim, com a transformação das estruturas de que tais disposições são resultantes.

O patriarcado, segundo Saffioti (1987) é o mais antigo sistema de dominação/exploração. É uma estrutura, um sistema masculino de opressão das mulheres; um conjunto de relações sociais no qual há relações hierárquicas entre homens, e solidariedade entre eles, que os possibilitam a controlar as mulheres. Estas, por sua vez, são educadas para se tornarem suas auxiliadoras, exercendo um papel secundário nas relações familiares (GOMES; FREIRE, 2005).

Santos e Moré (2011) alegam que o patriarcado, ainda que não mais dominante na sociedade brasileira, é elemento constitutivo sobre a qual se sustentam as desigualdades de gênero. Esse sistema familiar que prega o homem como único chefe de família, acaba por legitimar o seu uso da força na resolução dos conflitos, uma vez que ele é a maior autoridade do lar. Ainda que implicitamente, há uma escala de importância entre os membros da família, sendo que os últimos devem respeito e obediência aos que estão acima de si, o que legitima o poderio do homem.

Em busca da manutenção do modelo patriarcal de família, os homens continuam a impor suas vontades no lar, como se fossem as únicas legítimas. Contudo, com a modernidade da sociedade e com os novos modelos familiares, seu papel de chefe familiar já não tem sido visto com tanta validade ou temor e até mesmo têm sido questionado e contrariado por outros membros do lar, entre eles, a mulher.

Saffioti alega que tal atitude feminina causa um mal-estar nos homens, uma vez que as mulheres sempre foram socializadas para coviver com a impotência, enquanto eles, que continuamente são vinculados à força, só são preparados para o exercício do poder. Eles “convivem mal com a impotência” (SAFFIOTI, 1999, p. 87).

Uma vez questionado por uma mulher, que nunca pode lhe dirigir a palavra com um volume de voz um pouco alterado, pois esta lhe devia respeito; uma vez questionado por essa mulher que sempre foi figura secundária no âmbito doméstico e que ao contrário de lhe indagar, devia-lhe satisfações, o homem se vê em um momento de impotência e por não saber lidar bem com ela, pratica atos violentos.

A afirmação se confirma em alguns estudos que demonstram com base em dados parciais, que a violência doméstica aumenta em função do desemprego masculino (SAFFIOTI, 1999). Vendo o homem que não consegue manter sozinho o lar, ou até mesmo que necessita ser sustentado pela mulher, acaba por lhe gerar um sentimento de impotência e dessa forma, usa a violência para demonstrar que acima de tudo, ainda é ele “quem manda em casa”.

A violência, segundo Marilena Chauí (1999), é a conversão da diferença numa relação desigual, que tem por objetivo a dominação, a exploração e a opressão do outro, por meio de sua coisificação, tratando seres racionais e sensíveis, detentores da linguagem e da liberdade, como se fossem coisas, seres irracionais, passivos e mudos.

Explicitando de forma didática, Gregori traz uma distinção brilhante de Marilena Chauí entre os conceitos de relações de força, violência e poder, sendo a violência uma das formas das relações de força e ambos implicam o desejo de mando e opressão do outro. A diferença está no desejo do opressor, que quando faz uso das relações de forças, deseja aniquilar o outro, e quando utiliza a violência, busca somente dominar as vontades e ações do dominante.

Já o poder, para Chauí, seria a capacidade de tomar decisões referentes à existência pública de uma coletividade, almejando a justiça, a criação de direitos e garantias, sem qualquer coação. A violência e a força seriam então a ausência de poder.

Cortez e Souza (2008) compreendem a violência utilizada pelo marido ou companheiro contra a mulher, como uma tentativa de reaver/manter o controle que tem sobre ela, resistindo assim, à transição de gênero. Blay (2011) enfatiza que esse comportamento violento se reproduz entre os integrantes das próprias famílias, num ciclo sem fim, fortalecido, inclusive, pela mídia que ressalta ações violentas contra a mulher nas novelas, nas músicas e principalmente na desqualificação do corpo feminino.

Entendendo então, a violência, como forma de negar o outro e fazer impor suas vontades e desejos, mantendo-se sempre na posição superior, no comando da situação, é possível levantar a hipótese de que a violência entre os casais é alimentada pela necessidade de dominação e controle do parceiro.

A agressão permeia aonde a palavra não tem mais lugar. Nos termos de Caldeira (2003, p. 138/139), é um instrumento usado quando as pessoas “perdem a paciência e não têm outros meios de expressar sua exasperação com o que consideram estar errado”. Assim também o é na violência doméstica, especificamente a conjugal, praticada pelo companheiro ou ex contra a mulher, sendo a violência empregada quando os pares não conseguem mais dialogar entre si.

Normalmente, o que se percebe é que as opiniões se divergem basicamente acerca dos papéis que cada qual possui dentro da relação conjugal. Há um machismo presente na sociedade brasileira, bem como uma inferiorização da mulher e um pré-estabelecimento de papéis sociais destinados a cada parte.

Os papéis que a mulher pode exercer ao olhar de uma sociedade machista são aqueles que se relacionam com a passividade, subordinação, sensibilidade, e obediência (SANTI; NAKANO; LETTIERE, 2010). Em outra ponta, encontra-se o homem, o macho, o chefe de família, que tem a obrigação de ser o mantenedor do lar, o audacioso, o labutador, o corajoso e que, de forma alguma, pode demonstrar seus

sentimentos ou fragilidades, vez que tais sentimentos acabam por ferir o conceito social de masculinidade.

Normalmente, a violência impera quando a mulher se opõe a seus “papéis naturais”, como por exemplo, quando ela não aceita manter relações sexuais – mesmo que seja simplesmente por falta de vontade, quando usa uma roupa mais curta ou com decote maior, deixando seu corpo em evidência, ou simplesmente, quando na visão do companheiro, não cumpre com perfeição seus afazeres domésticos ou cuida de forma inapropriada dos filhos. Também não é raro que ocorram agressões à mulher, em razão desta manifestar seu desejo de estudar ou trabalhar fora do lar.

4. A MULHER IN (SUBORDINADA)

As mulheres, no entendimento de Gregori, foram criadas sujeitas à vontade de outrem, no caso, à vontade dos homens. Isso significa dizer que foram constituídas sem autonomia no falar, pensar ou agir, o que as tornam “seres para os outros e não como seres com os outros” (1993, p. 132). Em razão de seu corpo biológico, que foi formado para dar vida a outrem, tudo o que se refere à mulher acaba por ser naturalizado, fazendo com que a imagem feminina seja construída sempre ligada à natureza, através do instinto, do amor, da abnegação frente aos outros e da fragilidade.

A mulher vive para os outros e almeja que todos tenham um destino como o seu, o que as torna agentes de violência contra si mesmas e contra o próximo, pois consentem e reproduzem um mesmo padrão de dependência, zelando pelos que estão sob sua guarda de tal forma, como se esses fossem incapazes (GREGORI, 1993). Aqui está um paradoxo no que se refere à violência perpetrada em âmbito doméstico, vez que, segundo Caldeira (2003, p. 138) “a violência pode ser usada não apenas pelos poderosos, mas também pelos “fracos””.

Gregori (1993) ensina que em 1970 foi introduzido na academia, por Simone de Beauvoir, um trabalho referencial para o movimento feminista que trazia a ideia de que a mulher não é sujeito constituinte da situação ou destino, mas apenas vítima das circunstâncias. De acordo com esse entendimento, a mulher sempre é sujeito passivo da condição que a define como gênero, inclusive quando ela age contra os outros. Por exemplo, quando ela bate nos filhos, o faz em razão do fato da violência ser “contagiosa” e da lei do mais forte sempre se estabelecer como “regra admitida”.

A oposição entre vítima passiva e algoz ativo, segundo Gregori, não tem lugar. Aceitar o vitimismo feminino sobre o fenômeno da violência é desconsiderar que “nas relações familiares as mulheres, mesmo partilhando uma condição de subalternidade, agem, condenam, exigem e, por vezes, agridem” (GREGORI, 1993, p. 131). Já dizia Bourdieu (2011, p. 52) que “o poder simbólico não pode se exercer sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder”.

Para o sociólogo, toda vez que o dominado aplica a outrem aquilo que o domina, ou seja, toda vez que reproduz os pensamentos e percepções estruturados em conformidade com as vontades do dominador, seus atos de conhecimento nada mais são que atos de reconhecimento e submissão. Rosa *et al.* (2008) também alega que a violência é praticada em um rede intrincada e complexa onde os sujeitos, cada um a seu modo, são vítimas e autores ao mesmo tempo.

Dessa forma, o poder, necessariamente, implica numa relação de dominação, basicamente do homem contra a mulher. Entretanto, pensar esta dinâmica como unilateral, ou seja, como uma barbárie masculina é incorrer no erro da vitimização e o que podemos perceber é que não se pode negar que a mulher também é sujeito da relação violenta, em grande parte, sujeito dominado e não autônomo, mas sujeito.

A pretensão aqui, não é responsabilizar as mulheres pela violência sofrida no âmbito doméstico, como se a “culpa” por apanhar fosse delas. Bem longe de apontar quem é o culpado dessa história, o que se busca é esclarecer que não é possível afirmar sempre que o homem é o culpado e que a mulher é a vítima, mas sim, entender que os relacionamentos conjugais são de parceria e que ainda que seja uma forma perversa, a violência se faz presente como instrumento de comunicação entre parceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLAY, Eva Alternam. Um caminho ainda em construção: a igualdade de oportunidades para as mulheres. *Revista da USP*, n. 49, mar./abr./mai. 2001, p. 82-97.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de Muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2003.

CHAUÍ, Marilena. Uma ideologia perversa. *Folha de São Paulo*, Caderno Mais, publicado em 14 mar. 1999, p. 5. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fol/brasil500/dc_1_4.htm>. Acesso em 25 ago. 2012.

CORTEZ, Mirian Béccheri; SOUZA, Lídio de. Mulheres (in)Subordinadas: o Empoderamento Feminino e suas Repercussões nas Ocorrências de Violência Conjugal. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 24, n. 2, 2008, p. 171-180.

GOMES, Nadirleene Pereira; FREIRE, Normélia Maria. Vivência de violência familiar: homens que violentam suas companheiras. *Revista Brasileira de Enfermagem*, n. 58(2), mar./abr. 2005, p. 176-179.

GREGORI, Maria Filomena. *Cenas e queixas: um estudo sobre mulheres, relações violentas e a prática feminista*. Rio de Janeiro: Paz e terra; São Paulo: ANPOCS, 1993.

ROSA, Antonio Gomes da, *et al.* A violência conjugal contra a mulher a partir da ótica do homem autor da violência. *Saúde soc.*, São Paulo, v. 17, n. 3, set. 2008.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Já se mete a colher em briga de marido e mulher*. São Paulo: Perspec. vol.13, n.4, oct./dec. 1999.

_____. *O poder do macho*. São Paulo: Moderna, 1987.

SANTI, Liliane Nascimento de; NAKANO, Ana Márcia Spanó; LETTIERE, Angelina. Percepção de mulheres em situação de violência sobre o suporte e apoio recebido em seu contexto social. *Texto Contexto Enfermagem*, Florianópolis, n. 19(3), jul./set. 2010, p. 417-424.

SANTOS, Ana Cláudia Wendt dos; MORÉ, Carmen Leontina Ojeda Ocampo. Impacto da violência no sistema familiar de mulheres vítimas de agressão. *Psicol. cienc. prof.*, Brasília, v. 31, n. 2, 2011.

SEXUALIDADE CRIMINALIZADA: CRÍTICA A TUTELA PENAL DOS COSTUMES NO INJUSTO PENAL DE RUFIANISMO

Camilla de Magalhães Gomes¹

Heitor Brandão Dorneles Júnior²

INTRODUÇÃO À NOSSA (DES) CONHECIDA SEXUALIDADE.

Uma análise a respeito do Direito Penal Sexual deve ter por base a apreciação sociológica da sexualidade, isso porque construções sociais são elementos centrais nessa espécie de estudo, de onde se extrai substrato para estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é imposto.

Ao se falar em sexualidade como construção sexual ou ainda como construção social, quer se dizer ser ela uma obra cultural humana definida de acordo com o contexto cultural em que está inscrita a sexualidade e que “extrai sua importância política daquilo que contribui, em retorno, para estruturar as relações culturais das quais depende, na medida em que as ‘incorpora’ e representa”³.

Como tal, portanto, cada sociedade estabelece um mínimo de valoração sobre a diferença entre o que é “certo” ou “errado” no tema. Ocorre, no entanto, que falar de construções e relações sociais, um componente deve ser avaliado: as relações de poder que condicionam ou impregnam essas construções. Relações de poder como um sistema de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre outros e cujos efeitos perpassam um corpo social, mas muito mais, como a “multiplicidade de correlações de

força imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de uma sociedade”⁴. Em outras palavras, devem ser consideradas e compreendidas as estratégias em que os aparelhos estatais, as leis e as hegemonias sociais se originam⁵. Estratégias que, no tema da sexualidade, ao impor padrões ou mesmo conceitos comportamentais, constitui a chamada repressão sexual, como um “sistema de normas, regras, leis e valores explícitos que uma sociedade estabelece no tocante a permissões e proibições nas práticas sexuais genitais”⁶.

Duas importantes manifestações dessas táticas, estratégias, valores e procedimentos sociais utilizados como controle são o Direito e a Religião. As estratégias que o *poder* se utiliza para exercer o controle social da sexualidade, ao contrário do que parece, não são exclusivamente as técnicas do silêncio e da censura. Todos os elementos negativos – proibições, recusas, censuras, negações – que a hipótese repressiva agrupa em um mecanismo destinado a dizer “não”, sem dúvida, são somente peças que tem uma função local tática numa técnica de poder. O *poder* entra em jogo com táticas polimorfas e paradoxais de colocação da sexualidade em discurso⁷. A incitação discursiva da sexualidade é o artifício através do qual o *poder* se utiliza para dizer “não” a sexualidade.

A repressão da sexualidade e o do seu exercício pelas religiões cristãs⁸ não é

⁴ FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I: a vontade de saber**, v.1 São Paulo: Graal, 2010, p.102.

⁵ FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I: a vontade de saber**, v. 1. São Paulo: Graal, 2010, p. 103.

⁶ CHAU, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 77.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I: a vontade de saber**, trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. São Paulo: Graal, v. 1. 2010, p.19.

⁸ Examina-se aqui apenas a influência do cristianismo nos conceitos sobre sexualidade na sociedade brasileira, uma vez serem as religiões cristãs as dominantes em números no país.

¹ Professora de Direito Penal da FAESA. Mestre em Direito pela UFES.

² Acadêmico em Direito da FAESA.

³ BOZON, Michel. **Sociologia da Sexualidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p.13

apenas um dado histórico. São comuns manifestações conservadoras das religiões no tema: enciclopédias papais proibindo os anticoncepcionais, condenando o aborto, o adultério, a homossexualidade, o divórcio, a atribuição de males e doenças em virtude do prazer carnal. No entanto, para que fatos como esse ocorram é preciso que uma concepção da sexualidade informe essas ideias e atitudes.

Nas religiões cristãs, as construções em torno do sexo vão desde uma associação desse com a perda da imortalidade a partir da narração do pecado original, com o sexo identificado como mal por significar a perpetuação da finitude¹, passando pela elevação da castidade como um estado superior que possibilitava o conhecimento da fé e das vontades humanas^{2,3}, até a apropriação da sexualidade pelo discurso religioso com a defesa do matrimônio,⁴ o controle e a submissão sobre as mulheres⁵ e a prática da confissão que identificava tanto no exercício da sexualidade quanto no pensamento sexual um pecado.⁶ Com esse patrocínio da confissão, a religião reduz o sexo ao discurso, e com isso obtém o domínio do sexo ao nível da linguagem, punindo, até mesmo, o pensamento. Consegue, com isso, a padronização de comportamentos e, no Brasil colonial, a catequese se impunha a civilizar, educando nos princípios cristãos, os pensamentos e os movimentos, com normas que regiam as práticas dos

¹ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 87

² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

³ DEL PRIORE, Mary. **Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2001, p. 44.

⁴ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 90

⁵ CHAUI, Marilena. **Repressão sexual – essa nossa (des)conhecida**. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 99

⁶ FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I: a vontade de saber**, v. 1. São Paulo: Graal, v. 1. 2010, p. 67.

casados, com o propósito de cercear a sexualidade, reduzindo ao mínimo as situações de prazer.⁷

A religião também fez parte das instituições sociais responsáveis por construções em torno do exercício da prostituição. A análise do exercício da prostituição na história evidencia um panorama que vai desde a sacralidade em alguns períodos, tendo inclusive sentido religioso,⁸ até a condenação e a contraposição entre a esposa boa e a prostituta má.⁹

Diante da história de sobrevivência da prostituição, entre o sexo considerado sagrado; depois perseguição e repressão sexual; sexo comércio estatal, percebe-se que a sexualidade sempre esteve no limbo, entre a aceitação, tolerância e aversão. Ocorre que diante de tantas provações a sexualidade prevaleceu e o comportamento das sociedades ocidentais contemporâneas sobre a verdade do sexo tem sido cada vez mais próximo da *ars erotica* de FOUCAULT¹⁰. Pelos novos paradigmas, há um afastamento das moralidades religiosas e científicas herdadas da História em desfavor da sexualidade.

⁷ DEL PRIORE, Mary. **Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil**. São Paulo. Ed. Planeta do Brasil, 2001, p. 42-43.

⁸ PEREIRA, Patrícia. **De deusas à escória da sociedade**. Texto disponibilizado em 25 de set. de 2011. Disponível em: <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/artigo119600-1.asp>>. Acesso em 25 de set. de 2011.

⁹ PEREIRA, Patrícia. **De deusas à escória da sociedade**. Texto disponibilizado em 25 de set. de 2011. Disponível em: <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/artigo119600-2.asp>>. Acesso em 25 de set. de 2011

¹⁰ Foucault assevera que historicamente existem dois grandes procedimentos para produzir a verdade sobre o sexo: *ars erotica* e *scientia sexualis*. Na *ars erotica* a verdade é extraída do próprio prazer, o prazer que é levado em consideração, segundo sua intensidade, qualidade, duração. É o saber da própria prática sexual. FOUCAULT, Michel. **Historia da Sexualidade I: a vontade de saber**, v. 1. São Paulo: Graal. 2010, p. 65-66.

A condenação da prostituição revela-se um verdadeiro anacronismo e há hoje, na verdade uma real aceitação social da prática da prostituição, não mais uma mera tolerância. Mais do que isso, há que se discutir sua natureza, inclusive, como trabalho. ELISIANE PASINI¹, utilizando de analogia, defende a prostituição como trabalho. A autora, partindo de sua própria compreensão acerca do conceito da atividade da prostituição, defende que, além da atividade configurar “um trabalho em que durante um certo período de tempo se trocam serviços sexuais por um bem e, assim, se estabelece uma relação econômica”, o que realmente está a venda não é o corpo da prostituta na relação comercial da prostituição, mas sim o serviço sexual prestado.

É cediço que a moral social sobre o comportamento sexual sempre influenciou o Direito Penal na tutela das condutas sexuais. Por isso é que a intervenção estatal jurídica sempre esbarrou na polêmica existente em se estabelecer a distinção entre direito e moral. Sendo assim, até que ponto o comportamento sexual da prostituta, do proxeneta e do rufião reflete concepções morais? Há alguma danosidade social suficiente para merecer a tutela penal? E por último: é legítima a criminalização de condutas ofensivas, exclusivamente, à moral social sexual?

1. DIREITO PENAL SEXUAL

O Direito Penal é a mais violenta das formas de controle social. E por certo a sexualidade também foi objeto de controle por esse braço violento do Estado. ANDERY² lembra que os crimes com teor sexual estão previstos desde as Ordenações

do Reino. Lembra, ainda, que naturalmente as previsões legais dessa época eram mais radicais que todas as outras que a sucederam. Nas ordenações previam-se crimes que hoje seriam considerados absurdos, como por exemplo, prostituição e adultério, e outras consideradas mais drásticas e conservadoras como, gravidez de mulheres do clero e relação sexual com mulher órfã. Com o tempo tais normas incriminadoras caíram em desuso e foram desaparecendo nos ordenamentos seguintes.

Ocorre, de fato, que a *moral* tem um papel definidor sobre o comportamento sexual de cada época, assim influenciando, além da sociedade como um todo, o Direito Penal na tutela das condutas sexuais e por isso muitas das proibições relativas ao tema continham uma pretensão de padronização de comportamentos aceitos aos olhos da moral, ao contrário de uma verdadeira proteção da sexualidade e do seu livre exercício.

Qual o objetivo de um Estado ao estabelecer um sistema normativo que ameaça a execução de determinadas condutas com a aplicação de pena – em especial em se tratando de condutas relacionadas ao sexo? A afirmação de que o Estado tem o direito de aplicar a pena não é suficiente para incriminar uma conduta. Se assim fosse, facilmente o Estado se converteria em instituição autoritária. A idéia é “que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil que garanta então a cada um tanto a proteção estatal necessária como a liberdade individual possível”³.

Dessa forma a missão essencial do Direito Penal é a proteção de bens mais importantes e necessários a sobrevivência pacífica da sociedade, nas palavras de ROXIN:

A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas

¹ PASINI, Elisiani. **Prostituição e a liberdade do Corpo**. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Elisiane.pdf>> Acesso em: 27 de outubro de 2011.

² ANDERY, Fernanda Rezek. **A incidência jurídica sobre as questões de teor sexual A atuação do Direito Penal e da Criminologia Acerca dos Crimes Sexuais Direito e Sexualidade**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 27 de outubro de 2011

³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.17.

*metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo minha opinião, como entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla.*¹

Assim, o Direito Penal deve manter o cuidado de não ultrapassar suas possibilidades na busca de idéias irrealizáveis no escasso âmbito que lhe pertence (seu caráter limitado). Deve pautar-se sempre dentro dos princípios do Direito Penal mínimo e de intervenção fragmentária para proteger os bens jurídicos essenciais ao convívio pacífico da sociedade.

Destarte, partindo da base que o Direito Penal só pode proteger determinados bens, como a vida a integridade corporal, a honra., tem-se uma outra consequência da concepção acima delineada “a imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados.”²

A relação do Direito Penal com a moral é tema polemico. Aqui limitamo-nos à discussão a respeito da observação sobre a legitimidade da proteção dos conteúdos morais pelo Direito Penal sexual.³

No campo da sexualidade, HENKEL assevera, que no Direito, no caso da “ética superior” o que se combate é a má-fé, a insinceridade, o sexualmente escandaloso. Já na moral “o centro da gravidade do julgamento da moral não reside na

motivação que impeliu a conduta (...), mas sim o comportamento externo, vale dizer, a motivação imoral como tal só é levada em conta quando transcende publicamente”.⁴

Dessa forma, não se poderia ilustrar o Direito e a moral como dois círculos concêntricos, representando o Direito como o círculo menor. Mas, sim, deve-se ilustrar com a representação de dois círculos, separados de tal forma que haja um cruzamento entre ambos. Desta forma, haverá uma região do Direito que não está coberto pela moral social, sendo moralmente irrelevante.

Entretanto, há um amplo espaço do comportamento moralmente relevante de que o Direito não se ocupa, ou não deveria se ocupar caso agisse dentro dos seus limites. Essa é a tarefa da política criminal “encontrar os limites fixados para evitar sua transposição e perda de legitimidade na aplicação da pena.”⁵

O que não se pode negar é que o Direito recebe grande parte de sua orientação normativa a partir da moral que se converteu em um patrimônio comum. Por sua vez, o Direito reflete na moral social, cimentando-a e reforçando-a ao estabelecer suas formulações lingüístico-conceituais e conteúdos normativos da moral social. Dessa forma, corre-se o risco de adotarem-se as exigências de um dever ser da moral social por meio de imposição coercitiva do Direito.⁶

Desta forma, no sentido de assimilar o afastamento da punição de meras imoralidades que, sob o aspecto sexual, é de suma importância, é imperativo estabelecer a concepção de bem jurídico e a importância deste dentro do direito penal.

¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.17.

² ROXIN, Claus. **Estudos de direito Penal**. 2ª Ed. Rio de Janeiro. Renovar. 2008, p. 37.

³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 35.

⁴ HENKEL, Heinrich. **Introducción a La filosofía del Derecho : Fundamentos del derecho**. Madrid: Taurus. 1968. Citado por, GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36

⁵ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 36

⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37

ROXIN parte da idéia de que o limite da autorização de intervenção jurídica-penal deve resultar de uma função social do Direito Penal. E, em consequência, o que está fora disto não deve ser objeto de tutela do Direito Penal. O referido autor defende que o conceito sustentado em sua teoria é uma crítica à legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima¹. Assim, ROXIN define bem jurídico como sendo: “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada uma na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.²

ROXIN entende que não é necessário para ser bem jurídico que o bem possua “realidade material” elas necessitam é de ser “parte integrante de uma realidade empírica”, em outras palavras, liberdade de opinião religiosa, autodeterminação sexual não são necessariamente bens corpóreos, tampouco administração da justiça e sistema monetário. Mas todos “realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos.”³

O referido autor elucida a diferença entre realidade e finalidade constante no seu conceito de bem jurídico. Esclarece o autor que “circunstâncias reais dadas”

seriam, por exemplo, a vida humana e finalidades seriam bens criados pelo legislador, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário.⁴

No tocante à discricionariedade do legislador ao criar normas e conseqüentemente delimitar um determinado bem jurídico, o autor pretende demonstrar os limites impostos ao legislador, para que este não persiga um fim qualquer ao criar a lei penal senão buscar pressupostos imprescindíveis para uma existência pacífica e segura em uma dada sociedade. ROXIN, critica, a atuação do legislador, anotando, alguns pontos de vista que julga importante no âmbito de limitação do poder legislativo, para o tema cabem as que levitam sobre a criminalização da sexualidade:

Em, primeiro lugar, é claro que são inadmissíveis as normas jurídico- penais unicamente motivadas ideologicamente ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos. A punibilidade de, por exemplo, expressões críticas ao regime, de uniões matrimoniais de pessoas pertencentes a distintas raças atentaria contra o princípio da liberdade de expressão ou contra o princípio da igualdade, respectivamente.

(...)

Em terceiro lugar, os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico.

(...)

¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal** / Claus Roxin;org. e trad. Andre Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. porto alegre: Livraria do Advogado. 2009.p. 16.

² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal** / Claus Roxin;org. e trad. Andre Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª Ed. porto alegre: Livraria do Advogado. 2009.p. 18-19.

³ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª Ed. porto alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 18-19.

⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª Ed. porto alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.19.

*Em oitavo lugar, as regulamentações de tabus tampouco são bens jurídicos, e por isso não devem ser protegidas através do Direito Penal.*¹

No que tange a proibição penal de meras imoralidades ROXIN entende que “imoralidade ou a reprovabilidade ética de um comportamento não podem legitimar uma proibição penal, se os pressupostos de uma convivência pacífica não forem lesionados”.² O exposto vale também para condutas consideradas criminosas como, prostituição, rufianismo, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, por que apenas tratam de tutelar meras imoralidades, além de serem condutas praticadas dentro da esfera privada dos sujeitos.

Ainda, ROXIN defende que, o conceito de bem jurídico deve ser inferido da Constituição, operando-se como se fossem diretivas político criminais.³ Nota-se que ter-se a Constituição como limitadora do bem jurídico implica o reconhecimento de que imoralidades, contrariedades éticas e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal.

Embora normativo, o conceito de bem jurídico defendido por ROXIN não é estático e está aberto a mudanças sociais, por que “é justamente tarefa da proteção de bens jurídicos levar a juízo tais convicções populares e submetê-las a um questionamento crítico.”⁴

¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 20-23.

² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

³ ROXIN, Claus. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.184

⁴ ROXIN, Claus. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.190

2. CRÍTICA A INCRIMINAÇÃO DA CONDUTA DO RUFIANISMO

O rufianismo pode ser descrito como a atividade do agente que explora economicamente uma ou mais pessoas que praticam a prostituição, tirando proveito total ou parcial de tal atividade.⁵ Verifica-se, portanto, que a conduta incriminada consiste em *tirar proveito* da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem exerça. *Tirar proveito* significa auferir vantagem, aproveitar-se economicamente de quem exerça a prostituição. O legislador reprime duas formas de aproveitamento: *a participação direta nos lucros obtidos pela pessoa prostituída* ou o de *se fazer sustentar, no todo ou em parte, por ela*.⁶

Nota-se no discurso dos doutrinários da área penal uma carga moral enorme. Pré-conceitos como “a prostituição é uma fatalidade da vida social”⁷, “meretrício por ser um estado perigoso em relação à vida sexual normal e decente que se realiza por meio do casamento ou, inclusive de ligações estáveis.”⁸ e “rufianismo é a mais sórdida atividade criminosa que gravita em torno da prostituição”⁹, provam a confusão que há

⁵ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial**, arts. 184 a 288.4 ed. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2006, p.281

⁶ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial**, arts. 184 a 288.4 ed. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2006, p.280-281

⁷ JESUS, Damásio E. **Direito Penal: Parte Especial. Vol. 3**. 15ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2002, p. 161.

⁸ MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal: parte especial. Vol.2**. 21ª Ed. São Paulo. p.459

⁹ PRADO, Luis Regis. **Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial**, arts. 184 a 288.4 ed. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2006, p.279

entre moral e direito. Nesse sentido, PAULO QUEIROZ, adverte, mencionando Hungria:

*Nelson Hungria, por exemplo, escreveu, a propósito da exploração da prostituição: “E esta é uma nota comum entre proxenetas, rufiões e traficantes de mulheres: todos corvejam em torno da libidinagem de outrem, ora como mediadores, fomentadores ou auxiliares, ora como especuladores parasitários. São moscas da mesma cloaca, vermes da mesma podridão (...). De tais indivíduos se pode dizer que são os espécimes mais abjetos do gênero humano. São ténias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais.”*¹

A previsão da proibição do rufianismo, no entanto, se afigura incompatível com todas as facetas efêmeras da realidade. De certa forma, o reconhecimento das mudanças observadas pela sociedade e pelo direito motivou reformas na e, dessa forma, as alterações promovidas pela Lei nº 12015, em especial, a substituição do Título IV, “Dos crimes contra os costumes”, pela denominação “Dos Crimes contra a dignidade sexual” faz a alternância entre uma proteção da moral para o reconhecimento do bem jurídico da dignidade sexual como decorrência da dignidade da pessoa humana.

A dignidade sexual, na vertente da liberdade sexual tem sido o bem jurídico aventado pela doutrina como sendo o único objeto da tutela nos crimes sexuais, por

¹ QUEIROZ, Paulo. **Sentido, fins e limites dos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/sentido-fins-e-limites-dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 27 de outubro de 2011.

não apresentar conotação moral. Consequentemente é o bem jurídico penalmente tutelado no crime de rufianismo.

A tarefa do Direito Penal Sexual deve ser garantir a maior liberdade possível nos comportamentos sexuais e esses só poderão ser incriminados quando gravemente atentem contra a liberdade pessoal de outros indivíduos. Vale dizer, sua liberdade sexual, “ou a livre determinação sexual do ofendido, privando-o da disposição de um dos aspectos mais intimamente ligados à sua autorrealização pessoal é a actividade sexual,”²

Somente elegendo a liberdade sexual como único bem jurídico digno de tutela nos crimes sexuais que se evitará a tutela de meras imoralidades, se alcançará a “convivência livre a pacífica dos cidadãos”, por que, “ele exclui o moralismo puro (por ex. a punição do homossexualismo entre adultos, de atos sexuais com animais (...))”³ e, ainda, a prostituição, o rufião e etc. isso porque, em todos esses casos, nem terceiro, tampouco a coletividade e lesionada. Como afirma ROXIN:

*O fato de que alguém se sinta ofendido por um desses comportamentos não basta para legitimar a pena. ‘Não pertence às condições de desenvolvimento da pessoa que ela não seja molestada em suas convicções pessoais de valor moral. Em nossa sociedade pluralista [...] tais perturbações anímicas tem de ser suportadas.’*⁴

² GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **Crimes contra a dignidade sexual**. São Paulo: Atlas, 2010, p.53

³ ROXIN, Claus. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.187

⁴ ROXIN, Claus. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.187

Dessa forma, a conduta de rufianismo não pode ser considerada delituosa quando não envolver menores e nem violência, grave ameaça ou fraude à pessoa, uma vez que, em tais casos, não se enxerga ofensa a qualquer bem jurídico. O rufianismo pode ser uma forma de proteção à pessoa que presta serviços sexuais, ao tempo em que desestimula a prostituição nas ruas deixando de produzir todos os riscos a ela inerentes. Criminalizar a conduta do empresário do sexo, que age sem violência ou grave ameaça à pessoa, é uma medida socialmente contraproducente. A sociedade e o ordenamento, ao penalizar condutas utilizando de um moralismo exagerado de proibir qualquer forma de agenciamento ou condução empresarial da atividade, fecham os olhos ao problema de manter a prostituta nas ruas, sem proteção e vítima da violência, em lugar de lhe permitir o abrigo em estabelecimentos próprios, fiscalizados pelo Estado, agenciados por empresários, com garantia tanto ao profissional do sexo quanto à clientela. Enquanto se mantém na criminalidade a figura do rufião, que não se vale da violência ou grave ameaça, está-se incentivando a prostituição desregulada, degradada e desprotegida, pois a atividade do comércio sexual já faz parte da sociedade plural atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERY, Fernanda Rezek. *A incidência jurídica sobre as questões de teor sexual A atuação do Direito Penal e da Criminologia Acerca dos Crimes Sexuais Direito e Sexualidade*. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 27 de outubro de 2011
- BOZON, Michel. *Sociologia da Sexualidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p.13
- CHAUÍ, Marilena. *Repressão sexual – essa nossa (des)conhecida*. São Paulo: Brasiliense, 1984
- DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo. Ed. Planeta do Brasil, 2001, p. 42-43.
- FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I: a vontade de saber*, v.1 São Paulo: Graal, 2010
- GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010.
- HENKEL, Heinrich. *Introducción a La filosofía del Derecho : Fundamentos del derecho*. Madrid: Taurus. 1968. Citado por, GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo: Atlas, 2010

JESUS, Damásio E. *Direito Penal: Parte Especial*. Vol. 3. 15ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2002.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. Vol.2. 21ª Ed. São Paulo.

PASINI, Elisiani. *Prostituição e a liberdade do Corpo*. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/pdf/Elisiane.pdf>> Acesso em: 27 de outubro de 2011.

PEREIRA, Patrícia. *De deusas à escória da sociedade*. Texto disponibilizado em 25 de set. de 2011. Disponível em: <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/artigo119600-1.asp>>. Acesso em 25 de set. de 2011.

PRADO, Luis Regis. *Curso de direito penal brasileiro, vol. 3: parte especial*, arts. 184 a 288.4 ed. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Paulo. *Sentido, fins e limites dos crimes contra a dignidade sexual*. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/sentido-fins-e-limites-dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 27 de outubro de 2011

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2ª Ed. porto alegre: Livraria do Advogado, 2009

ROXIN, Claus. *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

**A CONSTRUÇÃO DA POLÍCIA NO BRASIL IMPÉRIO: SEUS REFLEXOS
NO USO DA FORÇA PELA SEGURANÇA PÚBLICA NO SÉCULO XXI**

Fernando de Alvarenga Barbosa¹

Dilermando Amaro²

RESUMO

Este artigo busca compreender a construção da Polícia, suas funções e objetivos, podendo melhor compreender seus efeitos hoje: o uso da força. Para tanto, observar-se-á registros históricos no Rio de Janeiro - em especial nos documentos da Academia de Polícia Civil/ACADEPOL - capital da monarquia portuguesa e também nos tratados sobre o tema, ratificados pelo Estado brasileiro na contemporaneidade. Em um Brasil ainda colônia portuguesa, D. João preocupado com a segurança da Corte que acabava de chegar a terras selvagens “tupiniquins”, visando precaver-se contra espiões e agitadores franceses diante de uma possível disseminação destas ideias liberais de 1789, que vorazmente atravessaram o Atlântico, criou o cargo de intendente-geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil. Àquela época, a Polícia não representava um mecanismo repressor de crimes comuns, mas uma proteção para a Corte. O desejo do Príncipe Regente era dispor de um Corpo Policial principalmente político, que

¹ Doutorando pela *Universidad de Burgos/Espanha*, em Direito e Relações Internacionais. Professor de Direito Público da UNESA/RJ. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

² Especialista em Educação pela UNESA/RJ. Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

amparasse a Corte, desse informes sobre o comportamento do povo e principalmente, de agitadores de ideias liberais. Esta Polícia, além de dar cobertura política a D. João, foi à estrutura básica da atividade policial no Brasil. Hoje, a segurança pública é tema discutido nas primeiras linhas da imprensa escrita e falada, já que esta é a informadora dos direitos e da democracia.

Palavras-chaves: Estado; Polícia; Segurança Pública.

ABSTRACT

This article seeks to understand the construction of Police, its functions and objectives, and can better understand their effects today: the use of force. To do so, it will observe historical records in Rio de Janeiro - in particular documents the Civilian Police Academy/ACADEPOL - capital of the Portuguese monarchy and also the treaties on the subject, ratified by the Brazilian contemporary. In the Portuguese colony Brazil, D. John worried about the safety of the court who had just arrived to wild lands "tupiniquins" in order to guard against spies and agitators French and facing a possible spread of these liberal ideas of 1789, which voraciously crossed the Atlantic, created the post of intendant general of Police and the State Court of Brazil. At the time, police did not represent a mechanism repressor of common crimes, but a protection for the Court. The desire of the Prince Regent was given a Police Corps mainly political, legal supporting that the Court, these reports on the behavior of the people and especially the ideas of liberal agitators. That Police, besides giving political cover to D. John was the basic structure of policing in Brazil. Today, security is a subject discussed in the first lines of spoken and written press, as this is the informant's rights and democracy.

Keywords: State; Police; Public Security.

INTRODUÇÃO

Desde a formação do Estado Moderno, com a Paz de Vestefália, em 1648¹ e hoje, com o Estado Democrático de Direito, no caso brasileiro, previsto no artigo 1º da Constituição da República Federativa do Brasil,² o homem vem buscando melhores formas de viver em sociedade, percebendo ou não os limites sociais estabelecidos para a convivência entre seus pares. Quando ultrapassa seus limites, o Estado interfere para dar segurança.

Hodiernamente a Segurança Pública é tema discutido nas primeiras linhas de toda imprensa escrita e falada, já que ela é o elo informador dos direitos e da democracia.³ Melhor ainda, ela promove a divulgação dos direitos sociais e ao mesmo

¹Esta paz reorganizou o mapa religioso e político da Europa Central. Na primeira fase – 1618/29, os Habsburgos e seus partidários católicos eliminaram o protestantismo na Boêmia, Moravia, Áustria e Estíria, e exigiram as terras da Igreja na Alemanha, tomadas pelos governos protestantes – Editto da Restituição. Isto provocou a invasão do rei Gustavo Adolfo da Suécia, apoiado por subsídios franceses e por diversos príncipes do norte da Alemanha – 1631/32. Somente a intervenção do poderoso exército espanhol, em 1634, impediu o reavivamento protestante. Após mais 14 anos de lutas, com a Paz de Vestefália os participantes concordaram em conceder tolerância perpétua aos cultos luterano e calvinista, sempre que fossem adotados por governantes e permitir aos Estados alemães autonomia política e religiosa. Para conhecer mais, ver *Atlas da História do Mundo*. Ed. Folha de São Paulo, 1995, p.178.

²Art. 1º, CRFB/1988: 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: (...).

³A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos

tempo cobra atitudes dos governos,⁴ que por sua vez, muitas vezes dela se utiliza como plataforma, para “promover” seu trabalho. Trabalhar para a sociedade que o forma deve ser a regra e não sua “alavanca promocional” para a manutenção do Estado Democrático.⁵

considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado ‘poder social da imprensa’.” (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.) No mesmo sentido: ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011.

⁴“(…) O Min. Carlos Britto frisou que a imprensa livre contribuiria para a realização dos mais elevados princípios constitucionais, como o da soberania e da cidadania, e que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, manteria com a democracia a mais arraigada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Por ser visualizada como verdadeira ‘irmã siamesa’ da democracia, a imprensa passaria a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados, até porque essas duas categorias de liberdade individual também seriam tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela própria imprensa. (...)”. (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-04-2009, Plenário, Informativo 544).

⁵ “O Estado de Direito viabiliza a preservação das práticas democráticas e, especialmente, o direito de defesa. Direito a, salvo circunstâncias excepcionais, não sermos presos senão após a efetiva comprovação da prática de um crime. Por isso usufruímos a tranquilidade que advém da segurança de sabermos que, se um irmão, amigo ou parente próximo vier a ser acusado de ter cometido algo ilícito, não será arrebatado de nós e submetido a ferros sem antes se valer de todos os meios de defesa em qualquer circunstância à disposição de todos. (...) O que caracteriza a sociedade moderna, permitindo o aparecimento do Estado moderno, é, por

A sociedade civil por si, não tem primariamente uma preocupação com a formação dos servidores públicos que atuarão na área de segurança, mas certamente se pronunciará de imediato em caso de erro do agente estatal, seja este erro por dolo, negligência ou imperícia, exigindo do ente público a efetiva punição do agente.¹ Por sua vez, o Estado ao ser demandado, entra com ação de regresso para cobrar de seu servidor a responsabilidade pelo ato, já que por ser pessoa jurídica, não responde pelos atos daquele que o representa.² Explicita o tema a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988:

um lado, a divisão do trabalho; por outro, a monopolização da tributação e da violência física. Em nenhuma sociedade na qual a desordem tenha sido superada, admite-se que todos cumpram as mesmas funções. O combate à criminalidade é missão típica e privativa da Administração (não do Judiciário), através da polícia, como se lê nos incisos do art. 144 da Constituição e do Ministério Público, a quem compete, privativamente, promover a ação penal pública (art. 129, I).” (HC 95.009, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 6-11-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.).

¹RIO: Cinco dos seis policiais envolvidos na blitz em que um juiz federal e duas crianças foram baleadas, na noite de sábado passado, na Estrada do Pau Ferro, em Jacarepaguá, atuam há apenas três meses nas ruas. Recém-formados, eles passaram por seis meses de treinamentos na Academia de Polícia Civil (ACADEPOL), antes de serem lotados em delegacias do Rio. Disponível em <http://oglobo.globo.com/rio>. Publicado em 04out2010, 23:41h.

² “Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem: a) a alteridade do dano; b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público; c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional; d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Em casos onde houver “falha” na prestação do serviço de segurança pública, aí sim, virão perguntas como: qual a qualidade da formação do policial que atua nas ruas do Estado? O tempo de formação é suficiente? O ensino é adequado? Os professores são qualificados? A formação do policial está ligada às necessidades sociais? O ensino busca a adequação com a questão jurídico-constitucional e em maior peso, com a proteção dos direitos, zelando pelo princípio da dignidade humana?³ Mas o que

comportamento do agente e o *eventus damni*, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor a Constituição e o Supremo - Versão Completa: STF - Supremo Tribunal Federal

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp>[05/12/2011 15:13:45] prejuízo sofrido pelo ofendido.” (RE 481.110-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-2-2007, Segunda Turma, DJ de 9-3-2007.) No mesmo sentido: AI 299.125, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 5-10-2009, DJE de 20-10-2009; RE 109.615, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-5-1996, Primeira Turma, DJ de 2-8-1996.

³A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição –

inquieta neste momento e poderá oferecer respostas adequadas para tais perguntas é: Até que ponto a construção de uma Instituição, vista por um prisma histórico, influencia em sua atividade primária: proteger o social e aplicar a lei?

1. A ATIVIDADE DE POLÍCIA NO BRASIL COLÔNIA

Recém-descoberto, o Brasil ainda Colônia, tem como legislação aplicada, a mesma de Portugal, baseada na herança romana. As Ordenações Afonsinas (1446 a 1521),¹ Manuelinas (1521 a 1603)² e Filipinas (1603 a 1867-1916),³ foram as

encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011.

¹Sob o reinado de Afonso V, nasce a primeira compilação com características eminentemente portuguesas. Cabe lembrar que a imprensa ainda não existia. Os exemplares eram manuscritos e não entravam em choque com as *Decretais* do Papa Gregório IX. Começou a ser feita no reinado de D.João I, que colocou a dinastia de Avis no poder de Portugal por quase dois séculos, após vencer a chamada *Revolução de Avis*, em 1385. Ascendeu então ao poder o grupo mercantil urbano, que teve seus interesses transformados em objetivos nacionais. Por vários motivos, o trabalho só foi concluído em 1446, dividido em cinco livros: 1º Livro: Administração do país e organização da Justiça. 2º Livro: Normas aplicáveis aos clérigos, ao Rei, aos estrangeiros e à

ordenações do Reino, as Ordenações Portuguesas, que vigoraram no Brasil, cada uma a seu tempo. A que mais se estende é a Filipina, cujo Livro IV sobre Direito Civil, vigeu até a promulgação do Código Civil brasileiro, de 1916.

Há muitos relatos da história inicial, poucos documentos, o que em absoluto, significa que não teve importância. Muitos já se encontravam aqui, como desertores,

nobreza. 3º Livro: processo civil. 4º Livro: Direito comercial (incluído o Direito marítimo, pois já eram tempos das *Grandes navegações*). 5º Livro: Direito e processo penal (o livro mais temido. Sua tática era manter o temor da população e resguardar a imagem do Rei como homem justo, pois ele perdoava muitas penas, que em muitos crimes, era a pena capital). Para saber mais: CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 8ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pág. 270 e 271. PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág.314 e 315.

²D.Manuel I, o Venturoso, governou Portugal de 1495 a 1521. Em seu reinado, o país teve enorme desenvolvimento econômico e “descobriu” formalmente o Brasil. Ele ordenou, em 1505, que se recolhessem as leis posteriores às Ordenações Afonsinas e, junto com elas, fosse promulgado outro diploma que superasse a legislação anterior, pois com a expansão comercial e marítima, havia a necessidade de um novo corpo de leis. O cargo de *Juiz de fora* foi criado nessas Ordenações e somente o formado em Direito poderia ocupar essa função. Para saber mais: PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág.315 e 316.

³Filipe II (1527 a 1598) era II da Espanha e Filipe I de Portugal. Era o tempo da União Ibérica (1580 a 1640). Como é de se supor, novas ordenações foram escritas. Eram compilações revisadas das Manuelinas e do Código Sebastião, uma atualização das Manuelinas, no reinado de D.Sebastião, de 1568 a 1578. As Ordenações Filipinas, de 1603, foram amplamente aplicadas no Brasil. Tinham a marca dos conquistadores e visavam a Metrópole, atingindo por reflexo os povos dominados. Mantinham a mesma estrutura de cinco Livros das Ordenações Afonsinas. Até o princípio do século XX eram aplicadas aqui, em razão de lacuna legislativa (veja o Código Civil de 1916). Para saber mais: PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Pág.317 e 320.

náufragos, degredados e também os que se “deliciaram” com a visão da terra tropical, quando então vieram os primeiros donatários.

Portugal só transfere sua atenção para o Brasil após o mapeamento da costa brasileira, pela expedição de Martim Afonso de Sousa, entre 1530 e 1532, que marcou os pontos principais da imensa costa, chegando ao sul do que hoje é o Uruguai e também em razão da perda do monopólio das especiarias vindas da Ásia. A partir de então, é necessário administrar a “antiga Colônia esquecida”, pois franceses e holandeses, não satisfeitos com o domínio espanhol e português no Novo Mundo do século XVI, começaram suas investidas em terras “tupiniquins”¹.

A Colônia teve duas fases iniciais de governo: a dos capitães donatários, de 1534 a 1549, sistema que já havia sido utilizado nas Ilhas da Madeira e em Cabo Verde e a dos Governadores-Gerais, de 1549 a 1572, com o vice-reinado e a organização judiciária, a estilo do Livro Primeiro das Ordenações Manuelinas.

A cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro só foi fundada em 1º de março de 1565, por Estácio de Sá entre o morro Cara de Cão e o do Pão de Açúcar, em um plano bem abaixo deste e, já no ano seguinte, contou com o seu primeiro funcionário policial, quando foi designado o alcaide-carcereiro da cidade, Francisco Fernandes, por provisão de 15 de setembro de 1566².

¹Nicolas Durant, cavaleiro de Villegagnon, chegou ao Rio de Janeiro em 1555, erguendo o forte de Coligny, em uma ilha da baía de Guanabara (onde hoje está instalada a Escola Naval) e, onde é a praia do Flamengo, funda o sonho da França Antártica: a vila que chamou de Henriville. DORIA, Pedro. 1565, *Enquanto o Brasil nascia: A aventura de portugueses, franceses e negros na fundação do país*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012. Pág. 78.

²BARRETO FILHO, Mello e LIMA, Hermeto. *História da Polícia do Rio de Janeiro: Aspectos da cidade e da vida carioca*. 1565-1831. Vol. I. Rio de Janeiro: A Noite, 1939. Pág.24.

Os serviços policiais eram exercidos por "alcaides", funcionários encarregados de reprimir as infrações penais, investigando e efetuando prisões, sempre acompanhados de um escrivão, que do ocorrido lavrava um auto, caracterizando-se como os *primeiros agentes de polícia judiciária*. Os "almotacés",³ que apreciavam litígios sobre servidão urbana e crimes praticados por funcionários corruptos, estavam sob a fiscalização dos Juizes de Fora. Posteriormente, a legislação previa o cargo de "Quadrilheiro" ⁴, moradores da cidade encarregados do seu policiamento, por quarteirões ou quadras, daí o nome que receberam, onde em todas as cidades e vilas prendiam os malfeitores. Cada "quadrilheiro" tinha vinte homens para manter a ordem.

As pequenas funções policiais e judiciárias passaram então a ser regidas pelas Ordenações Filipinas (1603), surgindo em 1619 a Ouvidoria-Geral do Rio de Janeiro, competindo-lhe, além da administração da justiça, eleger os juizes ordinários ou da terra, examinar prisões e abrir devassas (inquéritos).

Um forte câmbio no Sistema de Justiça Criminal brasileiro vem com a descoberta de minério e sua posterior expansão na atividade de mineração do ouro, mudando o foco da coroa portuguesa na Colônia além-mar. De uma produção açucareira no Nordeste, desde a cidade de Salvador, para o ouro das *Minas Geraes*

³No Brasil, os almotacés passam a atuar no âmbito da criação das câmaras municipais. De acordo com o que determinavam as ordenações portuguesas, supervisionavam o mercado, os aspectos construtivos e sanitários, de cidades e vilas. Disponível em <http://pessoal.educacional.com.br/up/20021/1111376/t1328.asp>. 02jan2013.

⁴Tinham suas funções consignadas no Livro I, Tit. 73, das Ordenações Filipinas. In BARRETO FILHO, Mello e LIMA, Hermeto. *História da Polícia do Rio de Janeiro: Aspectos da cidade e da vida carioca*. 1565-1831. Vol. I. Rio de Janeiro: A Noite, 1939. Pág.28.

apoiado na mudança da capital e do aparato burocrático para a cidade do Rio de Janeiro.

A exploração do ouro impunha nova lida com o controle das riquezas e da tributação desta mineração enriquecedora. O engenho de açúcar necessitava de grande investimento e força de trabalho na construção do maquinário, plantação da cana, colheita, processamento e exportação do açúcar e, portanto, carecia de muitos anos para o retorno do investimento. Já o minério, em especial o ouro, apresentava outra demanda de produção, bem diversa, mais barata e menos intensiva e, em razão de sua característica, oferecia novos problemas para a questão da ordem colonial.

A construção de instrumentos para a manutenção da ordem pública e do monopólio do exercício legítimo da violência por parte das autoridades coloniais foi fundamental na consolidação da exploração colonial na época do ouro, pois “os cativos fugidos formavam também bandos armados que atraíam forros, homens brancos pobres e fora-da-lei, tanto criminosos, quanto desertores das milícias e regimentos¹. Este desenvolvimento foi profundamente marcado, de um lado, pelas características do Estado patrimonialista português e de outro, pela resistência e rebeldia de vários setores da população, especialmente entre aqueles que detinham poder econômico ou militar.

2. A FORMAÇÃO DA POLÍCIA NO BRASIL DO SÉCULO XIX

¹ANASTASIA, Carla Maria Junho. *A geografia do crime: violência nas Minas setecentistas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005. Pág.17.

Os problemas que a Corte portuguesa enfrentava em Portugal no início do século XIX, muito em razão do Bloqueio Continental (1806/1812),² fizeram com que a mesma se transferisse para o Brasil, ideia que já havia sido ventilada pelo marquês de Pombal em 1750, em razão das crises econômicas que assolavam o país. D. João abalado pelas incertezas enfrentadas em solo pátrio fez uma série de mudanças, sendo a mais drástica, transplantar os órgãos públicos do Estado Português para o Brasil.

Em 1808, o Príncipe Regente D. João, preocupado com a segurança da Corte que acabava de chegar a terras selvagens “selvagens”, visando precaver-se contra espiões e agitadores franceses diante de uma possível disseminação destas ideias liberais de 1789, que vorazmente atravessaram o Atlântico, criou o cargo de intendente-geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil,³ não representando essa organização, na realidade de então, um mecanismo repressor de crimes comuns, mas uma proteção para a Corte. O Alvará que a cria, era similar ao de Portugal,⁴ conforme estabelecido em 10 de maio daquele ano.

²Foi a proibição imposta por Napoleão I da França, que consistia em impedir o acesso a portos dos países então submetidos ao seu domínio (1804/1814), a navios do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda.

³O desejo de D. João era dispor de um Corpo Policial principalmente político, que amparasse a Corte, desse informes sobre o comportamento do povo e principalmente, de agitadores das ideias liberais francesas. Essa polícia, além de dar cobertura política a D. João, foi à estrutura básica da atividade policial no Brasil.

⁴ O Alvará da criação da intendência de polícia era de 1760, com a mesma estrutura estabelecida para Portugal. A abrangência das atividades policiais citadas no Alvará deixa perfeitamente clara a ideia de tratar-se de atividade de polícia judiciária, além de outras próprias da polícia administrativa. (...) IV - Ficarão debaixo da Inspeção do mesmo Intendente Geral todos os Crimes de armas proibidas, insultos, conventiculos, sedições, ferimentos, latrocínios, morte; e bem assim todos os delitos, cujo conhecimento por minhas Ordenações, e Leis Estravagantes, pertence aos Corregedores, e Juizes do

Alvará de 10 de Maio de 1808: Crêa o logar de Intendente Geral da Policia da Corte e do Estado do Brazil.

Eu o Principe Regente faço saber aos que o presente Alvará virem, que tendo consideração á necessidade que ha de se crear o logar de Intendente Geral da Policia da Côrte e do Estado do Brazil, da mesma forma e com a mesma jurisdição que tinha o de Portugal, segundo o Alvará da sua criação de 25 de Junho de 1760, e do outro de declaração de 15 de Janeiro de 1780; sou servido creal-o na sobredita maneira com o mesmo ordenado de 1:600\$000, estabelecido no referido Alvará de declaração. (...) Dado no Palacio do Rio de Janeiro em 10 de Maio de 1808. PRINCIPE com guarda. D. Fernando José de Portugal. Alvará por que Vossa Alteza Real é servido crear no Estado do Brazil um Intendente Geral da Policia; na forma acima declarada. Para Vossa Alteza Real ver. João Alvares de Miranda Varejão o fez.

O cargo de primeiro Intendente-Geral de Polícia foi ocupado pelo Desembargador Paulo Fernandes Viana, português de origem, Ouvidor-Geral do

Crime dos Bairros de Lisboa: Para promover os ditos Corregedores, e Juizes do Crime a cumprirem sumaria, e diligentemente com as suas obrigações, preparando os Processos, e diferindo ás Partes, ou remetendo os Autos para a Casa da Suplicação, nos casos em que assim o deverem fazer, na fórmula abaixo declarada. (...) V - Logo que os ditos Corregedores, e Juizes do Crime derem parte ao mesmo Intendente Geral de qualquer delito cometido na Corte, e receberem dele as Instruções, e Ordens necessárias para o procedimento, que devem ter na averiguação, e captura dos Reós do delito que se houver cometido; passarão (em beneficio do socego público da Corte, que deve prevalecer a toda, e qualquer outra contemplação particular) ao exame, e prisão dos mesmos Reós (...).

Crime e membro da ordem de Cristo, que exerceu o cargo por doze anos, sendo considerado o fundador da Polícia Civil no Brasil. Ele passa a organizar a administração policial nos moldes da de Lisboa. O Alvará de natureza tipicamente policial, não previa funções de administrador municipal para o Intendente Geral. Porém, a inadequada administração portuguesa no Rio de Janeiro, a escassez de recursos e os poderes quase infinitos do Cargo, formaram um conjunto de motivos para fazer com que o Intendente Viana passasse a empreender uma série de obras públicas, que se faziam necessárias para tornar habitável e viável a nova capital do Reino.

Desta forma, sua intervenção no espaço urbano incluiu uma enormidade de benfeitorias como: a construção do Real Teatro São João (hoje o Teatro João Caetano, que se encontra no mesmo local), o aterramento e arruamento de vários manguezais, o calçamento de ruas como a dos Inválidos, a de Mata-cavalos (hoje a Rua do Riachuelo), a do Catete, a do Conde (hoje a Rua Frei Caneca em conjunto com a Rua Visconde do Rio Branco), a do Catumbi, a de Santa Luzia, a do Sabão e a de São Pedro (incorporadas à Avenida Presidente Vargas), a Estrada Velha da Tijuca, entre outras.

Foi responsável também, pela construção de pontes; o abastecimento de água potável com a canalização do Rio Maracanã e Rio do Barro Vermelho, que por sua vez, propiciou a construção de bicas e chafarizes. Uma fábrica de lâmpões para a iluminação pública foi autorizada, a arborização de praças, a limpeza permanente de ruas e a construção do Cais do Valongo (o atual Cais do Porto). Em muitas dessas obras o Intendente Geral angariou a contribuição dos comerciantes locais e de outras pessoas de considerável fortuna, o que foi prática por muitos anos ainda, já que os governos não se preocupavam com as necessárias melhorias na Instituição, pois cabe lembrar, ela foi criada para proteger a Corte, não a sociedade. Assim, ao criar a

Intendência-Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil, o Príncipe regente, em um só ato, instituiu a Polícia da Capital e a Polícia do País. A criação da Intendência-Geral de Polícia é considerada o marco histórico da Polícia no Brasil, sendo compartilhado pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro e pela Polícia Civil do Distrito Federal. A esta época, os dois municípios eram um só.

Além da Intendência Geral de Polícia, instituiu o Supremo Conselho Militar e da Justiça, fundou o Tribunal da Mesa e do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, instaurou o cargo de Juiz conservador da Nação Britânica¹ e deu à Relação do Rio de Janeiro a categoria de Casa de Suplicação (Era a Casa da “última súplica”, comparando-se ao STF hoje no Brasil, como última instância).² Estas mudanças buscavam uma solidez maior do sistema jurídico da época. As modificações vieram da imposição e da vontade dos governantes, não da vontade popular.

¹Alvará de 4 de Maio de 1808: Crêa nesta cidade o logar de Juiz Conservador da Nação Ingleza. Eu o Príncipe Regente faço saber aos que este Alvará virem, que tendo consideração á representação que me fez e Consul da Nação Ingleza: hei por bem crear nesta Cidade um Juiz Conservador para que processe e sentencie as causas que pertencerem á mesma Nação, na forma que praticava o Juiz Conservador que havia em Lisboa. Dado no Palácio do Rio de Janeiro em 4 de Maio de 1808. PRINCIPE com guarda. D. Fernando José de Portugal. Alvará por que Vossa Alteza Real ha por bem crear nesta Cidade um Juiz Conservador da Nação Ingleza; na fôrma acima declarada. Para Vossa Alteza Real ver. João Alvares de Miranda Varejão o fez.”

²CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 8ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Pág.325.

É importante lembrar que o Rio de Janeiro, a cidade de São Sebastião, foi uma das principais cidades do Brasil Colônia e a capital do Império,³este um Estado unitário (centralizado, sem divisões de poder).

(...) Nas “Anotações” à sua biografia, Vasconcelos Drumond dá conta das missões que, em nome de José Bonifácio, desempenhou durante a Independência, com o declarado intuito de assegurar a unidade nacional, garantindo a adesão de Pernambuco à causa da emancipação, exatamente por causa desse temor. Esse medo não era infundado, nem persistiu apenas durante e logo após a Independência. Nas condições que redigiu para assumir a Regência, mais de dez anos depois do 7 de setembro, Feijó, com o seu conhecido pessimismo e com a sua proclamada obstinação, fez incluir uma cláusula, segundo a qual tudo se faria para preservar a união das províncias do sul, se as do norte se separassem. Devemos nos lembrar que ainda em meados do século XVIII, tal como ainda ocorria na América Espanhola no século XIX, sequer tínhamos unidade linguística. Em vastas regiões do Brasil, como em São Paulo e na Amazônia, a língua corrente e dominante ainda era a chamada “língua

³Brasília, hoje o Distrito Federal, ainda que conste previsão constitucional de sua construção na primeira Constituição da República, a de 1891, ainda Estados Unidos do Brasil, só foi concebida na década de 1950, com inauguração em 1961. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. (...) Art. 3º Fica pertencendo à União, no planalto central da República, uma zona de 14.400 quilômetros quadrados, que será oportunamente demarcada, para nela estabelecer-se a futura Capital Federal. Parágrafo único. Efetuada a mudança da capital, o atual Distrito Federal passará a constituir um Estado.

geral”, o tupi-guarani. Todas essas preocupações deviam estar presentes no rigoroso centralismo que a Carta de 1824 estabeleceu, ao criar um Estado Unitário em que, a rigor, não havia poder local. Toda autoridade era rigorosamente centralizada na capital do Império e nos poderes que a Constituição criou e dos quais derivavam todas as emanções da força do Estado. O rigor desse unitarismo se estabelecia exatamente a partir de uma vigorosa centralização política e administrativa.¹

2.1. O império

Já declarado Império por seu filho Pedro, aqui proclamado D. Pedro I, em 1822, o Estado brasileiro teve no ano de 1824, um ano considerado excelente para a Polícia. Assumiu o comando o senhor Francisco Alberto Teixeira de Aragão, nascido em Lisboa, em 1788.

Teixeira de Aragão foi magistrado luso-brasileiro e sexto Intendente Geral de Polícia da Corte e do Estado do Brasil. Formou-se em Direito, pela Universidade de Coimbra, em 1813. Iniciou a carreira como Juiz de Fora da Vila do Torrão, transferindo-se para o Brasil em 1824, sendo nomeado por Resolução de 16 de março do mesmo ano, Ouvidor do Rio de Janeiro e, interinamente, para o cargo de Intendente Geral de Polícia, no qual foi efetivado após sete meses, pelo Decreto de 14 de outubro. Em 23 de outubro, o imperador elevou-o ao cargo de Conselheiro do Paço.

Por seu trabalho primoroso a frente da Polícia, historiadores consideram o período da sua administração como "a idade de ouro da polícia do Rio de Janeiro".

¹NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. Pág. 28 e 29.

Entre tantos feitos é possível destacar a efetivação do Corpo de Comissários de Polícia, criado em 25 de maio de 1810 e tornado efetivo pela Portaria do Intendente, de 4 de novembro de 1825. Essa medida assegurou para as chefias dos distritos policiais, nos termos da portaria, um quadro de autoridades de "conhecida honra, probidade e patriotismo." Fixou também um melhor tratamento para os escravos, proibindo os castigos ministrados por particulares (os troncos domésticos) e obrigando os seus proprietários a trajá-los com decência.²

Pensando em como coibir a prática de crimes como roubos, furtos e até assassinatos ocorridos, estabeleceu, por Edital de 3 de janeiro de 1825, "a proibição da população permanecer parada nas ruas da cidade após as 22 horas, durante o verão e, após as 21 horas, durante o inverno, até a alvorada, devendo as portas de residências e tavernas serem fechadas ao anoitecer." ³ Para avisar do início do horário de recolhimento compulsório, os sinos da Igreja de São Francisco de Paula e do Mosteiro de São Bento badalavam pelo espaço de meia hora sem interrupção.⁴

Muitas legislações do Império trouxeram para a instituição policial diversas transformações. Em 1832, o Código do Processo Criminal de Primeira Instância do Império do Brasil, estabeleceu em cada município e província da Corte os Inspetores de Quarteirão:

²Ele já pensava que a função da Polícia, seu moto, é algo mais do que prender e aplicar a lei.

³O "toque de recolher" aqui é atitude sensata. Hoje, com os problemas em cidades do Estado de São Paulo e Santa Catarina, ele seria necessário, mas seria aceito, entendido? Parece que mudamos a noção de liberdade, em detrimento da necessidade de manutenção da ordem.

⁴Este "toque de recolher" passou a ser conhecido como o "toque do Aragão" e o sino da Igreja de São Francisco foi apelidado de "o Aragão."

Código de Processo Criminal/1832: (...) Art. 3º Na Provincia, onde estiver a Côrte, o Governo, e nas outras os Presidentes em Conselho, farão quanto antes a nova divisão de Termos, e Comarcas proporcionada, quanto fôr possível, á concentração, dispersão, e necessidade dos habitantes, pondo logo em execução essa divisão, e participando ao Corpo Legislativo para ultima approvação. Art. 4º Haverá em cada Districto um Juiz de Paz, um Escrivão, tantos Inspectores, quantos forem os Quarteirões, e os Officiaes de Justiça, que parecerem necessarios. (...) Art. 16. Em cada Quarteirão haverá um Inspector, nomeado tambem pela Camara Municipal sobre proposta do Juiz de Paz d'entre as pessoas bem conceituadas do Quarteirão, e que sejam maiores de vinte e um annos. Art. 17. Elles serão dispensados de todo o serviço militar de 1ª linha, e das Guardas Nacionaes; e só servirão um anno, podendo escuzar-se no caso de serem immediatamente reeleitos. Art. 18. Competem aos Inspectores as seguintes attribuições: 1º) Vigiar sobre a prevenção dos crimes, admoestando aos comprehendidos no art. 12, § 2º para que se corrijam; e, quando o não façam, dar disso parte circunstanciada aos Juizes de Paz respectivos. 2º) Fazer prender os criminosos em flagrante delicto, os pronunciados não afiançados, ou os condemnados á prisão. 3º) Observar, e guardar as ordens, e instrucções, que lhes forem dadas pelos Juizes de Paz para o bom desempenho destas suas obrigações.

A reforma do Código de Processo Criminal 1841 trouxe importante reorganização, modificando a feição do aparelho policial. Criou-se a figura do Chefe

de Polícia para o Município da Corte do Rio de Janeiro (já separada da província do Rio de Janeiro) e para as Províncias (os atuais Estados) e a divisão policial em distritos, sob a chefia de delegados e subdelegados.

Lei Nº 261, de 3 de dezembro de 1841: Art. 1º Haverá no Municipio da Côrte, e em cada Provincia um Chefe de Policia, com os Delegados e Subdelegados necessarios, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiaes são subordinadas ao Chefe da Policia. Art. 2º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a acceitar. Art. 3º Os Chefes de Policia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao trabalho, ainda quando não accumulem o exercicio de um e outro cargo. Policia. Art. 4º Aos Chefes de Policia em toda a Provincia e na Côrte, e aos seus Delegados nos respectivos districtos compete: § 1º As attribuições conferidas aos Juizes de Paz pelo art. 12 §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º e 7º do Código do Processo Criminal. § 2º Conceder fiança, na fôrma das leis, aos réos que pronunciarem ou prenderem. § 3º As attribuições que ácerca das Sociedades secretas e ajuntamentos illicitos concedem aos Juizes de Paz as leis em vigor. § 4º Vigiar e providenciar, na fôrma das leis, sobre tudo que pertence á prevenção dos delictos e manutenção da segurança o tranquillidade pública. § 5º Examinar se as Camaras Municipaes tem providenciado sobre os objectos do Policia, que por Lei se achão a seu cargo,

representando-lhes com civilidade as medidas que entenderem convenientes, para que se convertão em Posturas, e usando do recurso do art. 73 da Lei do 1º de Outubro de 1828, quando não forem attendidos. § 6º Inspeccionar os Theatros e espectaculos publicos, fiscalizando a execução de seus respectivos Regimentos, e podendo delegar esta inspecção, no caso de impossibilidade de a exercerem por si mesmos, na fôrma dos respectivos Regulamentos, ás Autoridades Judiciarias, ou Administrativas dos lugares. § 7º Inspeccionar, na fôrma dos Regulamentos as prisões da Provincia. § 8º Conceder mandados de busca, na fôrma da Lei. § 9º Remetter, quando julgarem conveniente, todos os dados, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delicto, com uma exposição do caso e de suas circunstancias, aos Juizes competentes, a fim de formarem a culpa. Se mais de uma autoridade competente começarem um processo de formação de culpa, proseguirá nelle o Chefe de Policia ou Delegado, salvo porém o caso da remessa de que se trata na primeira parte deste paragrapho. § 10. Velar em que os seus Delegados, e Subdelegados, ou subalternos cumprão os seus regimentos, e desempenhem os seus deveres, no que toca a Policia, e formar-lhes culpa, quando o mereção. § 11. Dar-lhes as instrucções que forem necessarias para melhor desempenho das attribuições policiaes que lhes forem incumbidas (...).

A instituição do Inquérito Policial (Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871), moderna concepção da apuração das infrações penais e sua autoria, singularizou este

período da história da Polícia, sendo instituído, como requisito para o exercício do cargo de Chefe de Polícia, o “notável saber jurídico”.

3. O ESTADO BRASILEIRO APÓS A PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA.

DECRETO Nº 1, DE 15 DE NOVEMBRO DE 1889. Proclama provisoriamente e decreta como a forma de governo da Nação Brasileira a República Federativa, estabelece as normas pelas quais se devem reger os Estados Federais.

(...) Art. 5º Os Governos dos Estados federados adaptarão com urgência todas as providências necessárias para a manutenção da ordem e da segurança pública, defesa e garantia da liberdade e dos direitos dos cidadãos, quer nacionais, quer estrangeiros.

(...) Sala das Sessões do Governo Provisório, 15 de novembro de 1889. - 1º da República. Marechal Manoel Deodoro da Fonseca, chefe do Governo Provisório -Silveira Lobo — Ruy Barbosa - Quintino Bocayuva - Benjamin Constant -Eduardo Wandenolk.¹

As origens militares do golpe de 15 de novembro de 1889 traziam tendência a instalar no regime brasileiro, germes do militarismo das repúblicas hispano-americanas da vizinhança no continente, afastando do modelo desejado, o dos Estados Unidos.² Desde o primeiro dia, os positivistas que tinham infiltrações nos círculos de jovens

¹O decreto que instituiu o governo provisório, já estabelecia a proteção do cidadão, com medidas necessárias à manutenção da Segurança Pública. Constituição da República de 1891. Ed. Senado Federal, pág. 17.

²Esta tendência e por assim dizer “perigo”, estará presente na história da República brasileira, até a ditadura de 1964, quando de fato se consuma.

militares, os "cadetes filósofos", procuraram implantar no País a "ditadura científica" das ideias filosóficas e políticas de Augusto Comte.¹

Com a Proclamação da República, as atividades de polícia passam a ser regulamentadas por leis estaduais, como atribuição aos governadores,² sendo que, em 1902, o Presidente da República, Francisco de Paula Rodrigues Alves (quinto presidente do Brasil), reformou o serviço policial da capital. A Lei nº 947 de 1902, autorizou o governo a criar a Polícia Civil do Distrito Federal, tendo o Chefe de Polícia, por obrigatoriedade do cargo, ser bacharel em Direito. Esta Lei e outras complementares, além de darem à Polícia a sua primeira grande estrutura, influenciaram todas as reorganizações posteriores.

O começo do Estado republicano no Brasil do início do século XX encontra um estado em construção social e física. A primeira Constituição republicana, a de 1891, é cópia da Constituição americana, pois se precisava de um “espelho”, mas não era possível fundamentar todos os direitos previstos lá, pois cá, “ainda não estamos preparados para lidar com eles”.

¹Isidore Auguste Marie François Xavier Comte, francês, foi filósofo e sociólogo do século XIX. É considerado o criador do Positivismo e da disciplina Sociologia. Tem como lema: "O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim."

² "DECRETO Nº 7, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1889. Dissolve e extingue as assembleias provinciais e fixa provisoriamente as atribuições dos governadores dos Estados. (...) Art. 2º Até a definitiva constituição dos Estados Unidos do Brasil, aos governadores dos mesmos Estados competem as seguintes atribuições: (...) § 8º Criar a força policial indispensável e necessária, e providenciar sobre seu alistamento, organização e disciplina, de acordo com o Governo Federal." In BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. Pág. 20.

A sociedade brasileira da época é predominantemente agrária e de espírito individualista, vivendo ainda sob a égide das Ordenações Filipinas de 1603, vindas de Portugal, já que dele éramos Colônia de exploração desde 1500, no que tangencia os direitos civis. É ambiente extremamente patriarcal e machista, sendo a continuidade dos costumes do colonizador, tido dentro da própria Europa como a mais arcaica sociedade, no quesito comportamento social e religiosidade, tema que se reflete nas letras pátrias, de meados do século XIX.³

A primeira tentativa de redação de um Código Civil brasileiro, em uma busca de uma legislação eminentemente nacional, foi feita no Segundo Reinado. Um código civil é instrumento do Direito para garantir o exercício da cidadania. Não havia à época, condições sociais e políticas para construí-lo. O estudioso Augusto Teixeira de Freitas foi incumbido da tarefa. Inicialmente fez um levantamento das leis existentes e a seguir, sistematizou um novo documento. O documento ficou conhecido como Esboço Teixeira de Freitas. O advogado abandonou a tarefa e foi substituído por Nabuco de Araújo, ex-ministro da Justiça.

Outra vez a tarefa não foi terminada, sendo retomada já sob o sistema republicano. O responsável foi Clóvis Beviláqua que, inspirado pelo documento anterior, pelo Código Civil Napoleônico, pelo Código Civil Português e o Alemão, conclui a tarefa em 1900. Após 16 anos de tramitação, demora esta por diversas razões, inclusive inveja entre os parlamentares, finalmente passa a vigorar em 1º de janeiro de 1917.

Patriarcalismo, conservadorismo e patrimonialismo eram as marcas do novo Código. O homem possuía o pátrio poder (cabeça do casal) e a mulher era considerada

³Uma das explicações por este “atraso social” é a posição geográfica de Portugal, distante do meio geográfico, político e social da Europa de então.

relativamente incapaz; o casamento era indissolúvel e o regime era o da comunhão total de bens, restringindo-se a pessoas ligadas por vínculo de consanguinidade, abraçando aqueles que possuem a mesma carga genética. A função principal da mulher era cuidar do lar, do marido e dos filhos. Os ex-escravos estavam ainda à deriva desde sua liberdade dada pela Lei Áurea, assinada pela princesa Isabel, em 1888, pois ainda faltavam-lhes direitos, documentos, ensino e saúde, entre outros.

Em resumo, era uma sociedade marcada por profundas diferenças, com graves problemas sociais, que ainda trabalhava para criar o conceito de saúde pública, quando a cidade estava imersa no caos falta de higiene. Para tanto, o trabalho quase “bélico e ditatorial” do sanitarista Oswaldo Cruz, foi de primordial importância.¹ O Estado não

¹Oswaldo Gonçalves Cruz (1872/1917) foi cientista, médico, bacteriologista, epidemiologista e sanitarista. Pioneiro no estudo das moléstias tropicais e da medicina experimental no Brasil. Fundou em 1900 o *Instituto Soroterápico Nacional* no bairro de Manguinhos/RJ, transformado em Instituto Oswaldo Cruz. Em 1896, estagiou durante três anos no Instituto Pasteur, em Paris, sendo discípulo de Émile Roux, seu diretor. Organizou o combate ao surto de peste bubônica registrado em Santos (SP) e em outras cidades portuárias. Demonstrou que a epidemia era incontrolável sem o emprego do soro adequado. Como a importação era demorada, propôs ao governo a instalação de um instituto para fabricá-lo. Coordenou as campanhas de erradicação da febre amarela e da varíola, no RJ. Organizou os batalhões de “mata-mosquitos”, encarregados de eliminar os focos dos insetos transmissores. Convenceu Rodrigues Alves a decretar a vacinação obrigatória, o que provocou a rebelião de populares e da Escola Militar (1904) contra o que consideraram uma invasão de suas casas e uma vacinação forçada, o que ficou conhecido como Revolta da Vacina. A cidade era uma das mais sujas do mundo, pois dos boletins sanitários da época se lê que a Saúde Pública em um mês vistoriou 14.772 prédios, extinguiu 2.328 focos de larvas, limpou 2.091 calhas e telhados, 17.744 ralos e 28.200 tinhas. Lavou 11.550 caixas automáticas e registros, 3.370 caixas d’água, 173 sarjetas, retirando 6.559

atentava para a educação pública, daí a distância abissal de classes, principalmente dos recém-libertos. A discriminação e o racismo eram palavras cotidianas, o que certamente se refletia nas atividades de Segurança Pública.

4. O CAMINHAR DA POLÍCIA NO SÉCULO XX.

A Polícia Civil do Distrito Federal passa a denominar-se Departamento Federal de Segurança Pública, em 1944, artifício legal para poder estender as suas atribuições a todo o território nacional, no tocante à polícia marítima e de fronteiras e à polícia política e social. Entretanto, permanecendo a mesma instituição continuou a exercer, com prioridade, a polícia judiciária e demais serviços de segurança pública no território do Distrito Federal.

O Presidente da República Eurico Gaspar Dutra (décimo sexto presidente), instituiu o dia 21 de abril de 1946, como dia das polícias civis e militares e, como patrono da instituição, o Alferes Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes. No decorrer do governo de Getúlio Vargas (décimo sétimo presidente no seu segundo mandato), a Polícia Civil do Distrito Federal foi transformada em Departamento Federal de Segurança Pública (DFSP), que no governo Juscelino Kubitschek (vigésimo

balde de lixo e dos quintais de casas e terrenos 36 carroças de lixo, gastando 1.901 litros de petróleo (Dados do livro: GUERRA, Egidio Sales: *Oswaldo Cruz*. Rio de Janeiro: Casa Editora Vecchi, 1940). Houve um momento em que foi apontado como “inimigo do povo”, nos jornais, nos discursos da Câmara e do Senado, nas caricaturas e nas modinhas de Carnaval. Houve uma revolta, tristemente célebre: a revolta do “quebra-lampeão”, em que todos foram quebrados pela fúria popular, alimentada criminosamente durante meses pela demagogia de fanáticos e ignorantes. Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Oswaldo_Cruz.

primeiro presidente), com a mudança da Capital Federal em 1961, transferiu sua sede para Brasília e incorporou servidores da Guarda Especial de Brasília (GEB).

Vindo a mudança da capital federal para Brasília, a Polícia Civil do Estado da Guanabara, agora na esfera da administração estadual, passa a integrar a estrutura da Secretaria de Segurança Pública. A reorganização da força policial copiou a anterior e manteve o padrão de eficiência com o aproveitamento de quase a totalidade do efetivo.

Com o governo de Humberto de Alencar Castelo Branco (vigésimo sexto presidente), em 1964, o DFSP foi reorganizado, sendo acrescida à sua estrutura a Polícia do Distrito Federal, que contava com a Divisão de Polícia Judiciária (DPJ). Em 1965, foram promovidas alterações adicionais, em especial a implantação do Regime Jurídico dos Policiais Cíveis da União e do Distrito Federal, iniciando a era contemporânea da Polícia Civil do Distrito Federal.

A fusão do Estado da Guanabara com o Estado do Rio de Janeiro, em 1975, ensejou a união das polícias civis de ambos, com aumento da área de atuação territorial e a adoção do nome de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Na década de 1980, conferiu-se autonomia à instituição, com a criação da Secretaria de Estado da Polícia Civil, extinta em 1995. Nesse ano, foram reunidos os órgãos da segurança pública sob a direção da nova Secretaria de Estado de Segurança Pública, entre eles a PCERJ.¹ Atualmente, a Polícia Civil é dirigida por delegados de polícia de carreira e possui a incumbência, ressalvada a competência da União, de exercer as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, conforme estabelecido na Constituição Federal.²

¹ Disponível em http://pt.wikipedia.org/wiki/Pol%C3%ADcia_Civil_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro.

5. A ACADEPOL

Entre as inovações iniciais do período republicano, destacam-se a polícia de carreira, o concurso público, o desenvolvimento da polícia técnica (perícias), a organização da Guarda Civil do Distrito Federal em 1904, que era uma corporação de policiais uniformizados que faziam o policiamento da Cidade do Rio de Janeiro e a criação da Escola de Polícia em 1912.

A Academia da Polícia Civil do Rio de Janeiro, foi instituída em 2 de fevereiro de 1912, por Instrução do Chefe de Polícia do Distrito Federal, sob a denominação de Escola de Polícia Científica do Rio de Janeiro e destinava-se a formação profissional dos agentes do Corpo de Segurança Pública, os investigadores da época. Ocupava uma área localizada no antigo Palácio da Polícia, na Rua da Relação.

O Museu da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, também fundado em 1912, com a finalidade de ser um meio auxiliar de ensino da Escola de Polícia, integrou um projeto desenvolvido pelo governo federal para reformar e modernizar a Polícia Civil do Estado, substituindo os métodos empíricos de investigação pelas técnicas mais novas em uso na Europa, apoiadas nas perícias criminal e médico-legal. O primeiro Diretor foi o Professor Elísio de Carvalho, criminologista respeitado internacionalmente, que se perfilhou ao movimento reformador da Polícia estadual, no sentido de criar uma polícia judiciária verdadeiramente democrática, cujas

² CRFB/1988: Art. 144, § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

investigações realizadas dentro dos limites da lei recebessem o apoio do conhecimento científico fornecido pelos órgãos periciais.

Em 1913, o Dr. Edmond Locard, criminologista francês, cumprimentou a polícia da cidade do Rio de Janeiro pela iniciativa de fundar uma Escola de Polícia, tendo em vista as pouquíssimas escolas de polícia existentes no mundo. Elogiou o programa da Escola que compreendia cinco cursos: criminalística, curso prático do Código Penal, processo criminal e polícia administrativa, curso de identificação, curso de fotografia judiciária, curso de elementos de medicina legal e o de assistência de urgência (primeiros socorros). Na oportunidade recomendou a criação de estabelecimentos similares em outros países porque "uma tal escola é uma necessidade social de primeira ordem".¹

Em 1944, com a mudança do nome da Polícia Civil do DF para Departamento Federal de Segurança Pública, reorganiza-se a Escola de Polícia, em razão do trabalho do Delegado Silvio Terra, Diretor da Divisão de Polícia Técnica. Instalada no prédio da Rua Joaquim Palhares, na Cidade Nova, atualizou e ampliou as atividades destinadas à formação de todos os quadros policiais, como Comissários, Peritos, Escrivães, Investigadores, Datiloscopistas, Guardas Civis e outros servidores.

Com o novo Estado da Guanabara, em 1960, muda o nome para Academia de Polícia e é instalada na Rua Frei Caneca, onde permanece, desdobrando as atividades curriculares para o Centro de Instrução Prática do bairro do Caju. a Lei nº 761, de 29 de junho de 1984, transforma o nome da instituição para Academia Estadual de Polícia Silvio Terra, conhecida como ACADEPOL.

¹Centro de Referência/História da República Brasileira. Ordem Interna - A Escola de Polícia do Rio de Janeiro.

A ACADEPOL é responsável pelos processos seletivos para a admissão de policiais nos quadros da corporação. Após aprovados em concursos públicos de provas ou de provas e títulos, os candidatos às carreiras policiais divididas em: Grupo I - Autoridades Policiais: Delegado de Polícia; Grupo II - Agente de Polícia Estadual de Apoio Técnico Científico: Auxiliar Policial de Necrópsia Engenheiro Policial de Telecomunicações, Papiloscopista Policial, Perito Criminal, Perito Legista e Técnico Policial de Necrópsia, Grupo III - Agentes de Polícia Estadual de Investigação e Prevenção Criminais: Comissário de Polícia, Inspetor de Polícia, Investigador Policial, Oficial de Cartório e Piloto Policial, fazem o Curso de Formação Profissional, que ainda faz parte do concurso público a que se submeteram e se aprovados, os habilita à nomeação para os cargos policiais.

Além dos cursos de formação, a ACADEPOL ministra cursos de aperfeiçoamento e especialização para todas as especialidades policiais. Os Delegados de Polícia, em nível de altos estudos, podem fazer o Curso Superior de Polícia Integrado (CSPI), instituído em 1994 pelo antigo Diretor da ACADEPOL, Cyro Advincula da Silva, que habilita as autoridades policiais para o desempenho dos cargos mais elevados da instituição.

Em 1997 foi criada, ainda no primeiro governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (trigésimo quarto presidente), a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), órgão de assessoramento do Ministro da Justiça na definição e implementação da política nacional de segurança pública, em especial no desenvolvimento de ações de modernização do aparelho policial e estímulo à capacitação dos profissionais da área de segurança pública. A Polícia Civil tem buscado o aprimoramento dos processos investigativos, das áreas de inteligência policial e de polícia técnica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil tem uma história interessante e peculiar, como muitos Estados. A construção de sua gente, sua cultura e suas Instituições, hoje democráticas, foi trabalho incessante de índios, portugueses, mestiços e estrangeiros (a exceção dos índios, todos eram). Uma busca constante de ser país livre e soberano.

Hoje, projeta-se no palco internacional, como grande país, que sempre foi, mas alçou voos maiores, com uma economia mais forte, ainda que não tão dinâmica. Com seu vasto território e uma brava gente, trabalha por seu “lugar ao sol”. Com os olhares voltados para os próximos anos, o país está cada vez mais ciente de sua responsabilidade internacional, agregando-se aos tratados sobre as grandes questões, como a proteção da população civil e o não abuso do Estado, em seu poder legítimo do uso da força. Força esta que foi mal utilizada nos governos ditatoriais aqui, nas Américas e no mundo.

Afigura-se inegável constatar que, após o longo período ditatorial, durante o qual a Polícia, melhor dizendo, as Polícias atuavam primordialmente, como garantidoras da segurança do Estado e não dos cidadãos, esse quadro teve uma forte reversão, passando as forças policiais, em especial as Polícias Civis, a inserirem-se em um contexto de entes de Estado e não de Governo, agindo, portanto, com maior ênfase na defesa da sociedade e buscando, ao contrário do que ocorria anteriormente, melhor aceitação no meio social.

Essa busca, contudo, dadas não só as raízes históricas de sua criação, como também a sua natureza intrínseca de caráter conservador e repressor, vem sendo marcada por uma série de percalços e alguns retrocessos, os quais, somente em época bem recente, têm sido superados em boa parte, graças aos esforços integrados de uma parcela cada vez maior de policiais e de atores sociais os mais diversos, com destaque para o meio acadêmico, que, felizmente, em boa hora, vem nos últimos tempos dando

voz aos que labutam na área policial, ouvindo-lhes as preocupações e anseios e dedicando-se ao estudo do contexto, quase sempre desfavorável, em que desempenham suas atividades.

Quanto à Imprensa, hoje plenamente livre, ao contrário dos tempos da ditadura (e esta liberdade, por certo, é uma das maiores conquistas da redemocratização brasileira), embora pautada pela pressão da importância jornalística da divulgação de notícias que envolvam a criminalidade, tem desempenhado um relevante papel na discussão dos rumos da Segurança e, por via de consequência, dos organismos policiais em nosso país.

Caso fosse dado apontar os caminhos para um estudo isento da atuação da Polícia na Sociedade, com vistas a um balizamento para o emprego do monopólio da força pelos órgãos policiais e, fundamentalmente, para a elaboração de propostas para o aperfeiçoamento da relação cidadão-policial, por certo seria sugerido o estabelecimento de um diálogo cada vez maior entre o meio acadêmico e os servidores policiais. Isto sem preconceitos e prejulgamentos de ambas as partes.

Seria fático também, haver a participação indispensável de governantes e parlamentares e a ampla divulgação na imprensa, abordando-se, entre outros temas de magna relevância, a criação da Polícia única, civil e de carreira, o fortalecimento das Ouvidorias e das Corregedorias, a alocação de recursos orçamentários específicos para a área da Segurança, com a participação da Sociedade organizada no emprego desses recursos, e a autonomia administrativa e financeira da Instituição Policial.

Haveria ênfase, como corolário dessa discussão, na valorização do profissional de Polícia, de quem muito seria exigido, por força da importância de suas funções e responsabilidades, mas a quem, em razão disso, o Poder Público, como representante da Sociedade, daria o reconhecimento na mesma medida.

Reconhecer seu papel e valor de ente social, de participante ativo do contexto de uma sociedade, é parte do sucesso do trabalho policial e, certamente, da atividade de Segurança pública, garantia constitucional. A formação acadêmica do policial, nos cursos de formação profissional, prima por esta busca, para que não se repita o contexto inicial da criação da Polícia: uma Polícia para a Corte.

Naquele tempo, ela foi concebida para a Corte, para dela cuidar. Nada mais era importante, pois se deixavam todas as mazelas a ela, Polícia, não havendo preocupação com outros componentes sociais como educação, saúde, etc. Caso houvesse distúrbios, problemas, a Polícia cuidava. O que não podia acontecer, eram estes problemas atingirem a Corte.

Este cenário não pode e não deve se repetir, sob pena de se arcar com mazelas sociais cada vez maiores. O Ministério da Justiça editou a portaria nº 4226, de 31 de dezembro de 2010, com a finalidade de estabelecer “Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública”, listando os tratados que o Brasil ratificou sobre o tema. O Judiciário, em trabalho conjunto com o Poder Executivo, tem buscado alinhamento com a sociedade internacional.

Este país tem seus revezes, sim. Há subclasses sem oportunidade, sim, não cabe negar. Mas também há reponsabilidade coletiva e nisto, a Polícia Civil pode e deve ser sujeito ativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANASTASIA, Carla Maria Junho. *A geografia do crime: violência nas Minas setecentistas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2005.

ATLAS da História do Mundo. São Paulo: ed. Folha de São Paulo, 1995.

BARRETO FILHO, Mello e LIMA, Hermeto. *História da Polícia do Rio de Janeiro: Aspectos da cidade e da vida carioca*. 1565-1831. Vol. I. Rio de Janeiro: A Noite, 1939.

BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

CASTRO, Flávia Lages de. *História do Direito: Geral e Brasil*. 8ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DORIA, Pedro. *1565, Enquanto o Brasil nascia: A aventura de portugueses, franceses e negros na fundação do país*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PEDROSA, Ronaldo Leite. *Direito em História*. 6ª Ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

AS POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS EM MATÉRIA DE DROGAS ILÍCITAS COMO ALTERNATIVA AO PROIBICIONISMO PENAL

Vivian Von Hertwig Fernandes de Oliveira¹

RESUMO

A partir da identificação do modelo proibicionista de controle penal das drogas como uma política criminal globalizada caracterizada pela criminalização da produção, do comércio e do consumo de substâncias psicoativas consideradas ilícitas, faz-se um breve estudo dos danos que decorrem da lógica proibicionista. Os efeitos primários produzidos pelas drogas, derivados de sua própria natureza, diferenciam-se dos efeitos secundários, chamados de “custos sociais da criminalização da droga”, que são causados pelo processo de criminalização e pela reação social negativa às drogas ilícitas. Em seguida, após superficial análise do tratamento penal do usuário de drogas no Brasil, são apresentadas algumas propostas que enfrentam o tema das drogas de forma diferenciada, dentre as quais se encontram as políticas de redução de danos, cujo objetivo principal consiste em prevenir e reduzir os efeitos prejudiciais causados pelo uso de drogas, sem que haja necessária interferência na oferta ou no consumo. Verifica-se o conceito, a origem e os princípios das estratégias de redução de danos, sendo apresentadas algumas das suas diversas formas de implementação, além do seu histórico no Brasil. Por fim, ressaltam-se os aspectos positivos das iniciativas de redução de danos como medidas que respeitam a autonomia individual, compreendem a diversidade e zelam pela dignidade humana, destacando-se a possibilidade de serem concretizadas mesmo na vigência de regimes proibicionistas, bem como a necessidade de reflexão sobre as diversas estratégias e a melhor maneira de concretizá-las.

¹ Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.

Ademais, atenta-se para a necessidade de considerar as particularidades da realidade local e buscar o apoio da população-alvo na formulação e implementação das medidas redutoras, as quais devem buscar a melhoria da condição de vida do usuário de drogas e sua reinserção social, o que reflete positivamente para sociedade como um todo.

Palavras-chave: *uso de drogas, política criminal proibicionista, redução de danos.*

ABSTRACT

After identifying the prohibitionist model of drugs's penal control as a globalized criminal policy characterized by the criminalization of production, trade and consumption of psychoactive substances deemed illegal, this article presents a brief study of the damage resulting from the prohibitionist logic. The primary effects produced by drugs, derived from their very nature, are different from secondary effects, called "social costs of drugs' criminalization", which are caused by the criminalization process and by the negative social reaction to illicit drugs. Then, after superficial analysis of drug users's penal treatment in Brazil, it presents some proposals facing the theme of drugs in a differentiated way, among which are the harm reduction policies, whose main objective is to prevent and reduce the harmful effects caused by use of drugs, without necessary interference in supply or consumption. It verifies the concept, origin and principles of harm reduction strategies, and presents some of its various forms of implementation, in addition to its history in Brazil. Finally, it emphasizes the positive aspects of harm reduction initiatives as measures relating to individual autonomy, diversity understanding and care for human dignity, highlighting the possibility of being implemented even under prohibitionist regimes, as well as the need to reflect on the various strategies and the best way to implement them. Also, it alerts to the need of considering the particularities of the local reality and seek for support of the target population in the formulation and implementation of reductive

measures, which should search for improvement of the living condition of the drug user and his social reintegration, which reflects positively to society as a whole.

Key-words: *use of drugs, prohibitionist criminal policy, harm reduction.*

INTRODUÇÃO

O debate sobre as drogas tem sido cada vez mais constante nas sociedades contemporâneas, especialmente considerando a disseminação do uso e do tráfico de substâncias psicoativas consideradas ilícitas e a aparente ineficácia das políticas criminais tradicionais no controle da criminalidade e da violência relacionada com as drogas, ao menos do ponto de vista dos seus objetivos declarados¹.

Buscando conter o aumento do consumo e do tráfico de tais substâncias, muitos países ocidentais adotam uma política criminal proibicionista de controle sobre as drogas², baseada na lógica repressiva capitaneada pelos Estados Unidos que tem como escopo, por meio de um discurso moralizador, atingir uma “sociedade livre das drogas”.

Para alcançar esse objetivo, faz-se uso dos mais diversos artifícios, numa “guerra contra as drogas” que acaba gerando inúmeras violações a direitos e efeitos danosos à sociedade, chamados estes de “custos sociais da criminalização”³. Não é à toa que ultimamente tenhamos ouvido tanto a respeito de internações compulsórias e

distribuição à polícia de armas de choque e spray de pimenta para conter (ou combater?) usuários de drogas.

A partir dessa constatação, o presente artigo intenta, sem desconsiderar a natureza transdisciplinar do objeto de pesquisa, estudar o conceito, a origem e os princípios das estratégias de redução de danos, bem como apresentar algumas de suas diferentes formas de concretização e o histórico de sua aplicação no Brasil, buscando ressaltar seus aspectos positivos e suas vantagens ao lidar com os usuários de drogas de uma forma totalmente inovadora e humanitária, respeitando sua autonomia e prezando pela dignidade humana.

1. O MODELO PROIBICIONISTA DE CONTROLE PENAL DAS DROGAS

Inicialmente, deve-se salientar que a criminalização do uso e do comércio de drogas, diversamente do que ocorre com outras condutas consideradas criminosas, é bastante recente, vez que embora fossem consumidas há muitos séculos, as drogas atualmente reputadas como ilícitas apenas passaram a ser controladas penalmente pelos Estados no início do século XX⁴.

As primeiras discussões internacionais a respeito do controle de substâncias psicoativas surgiram em razão dos conflitos decorrentes do comércio mundial de ópio e culminaram com a realização da Conferência de Xangai em 1909, da qual participaram representantes de treze países. Tal encontro representou a formação de um esboço de sistema de cooperação internacional, impulsionado pelo posicionamento

¹ Sobre as funções latentes que tiveram êxito com as políticas criminais de drogas, v. BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 21-43.

² WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1.

³ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 28.

⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 273 f. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, em 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadesegura.org/files/controlpenalsobredrogasilicitas.pdf>> . Último acesso em: 14/11/2012. p. 26.

proibicionista norte-americano, dando origem a inúmeras outras convenções internacionais que foram recrudescendo o controle sobre as drogas¹.

Com a criação das Nações Unidas, estabeleceram-se as diretrizes proibicionistas do controle internacional sobre substâncias psicoativas², expressas em três convenções: a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971 e a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena)³.

Tais tratados internacionais, cuja lógica repressiva foi aprofundada na Convenção de Viena, por meio da qual foi internacionalizada a política norte-americana de “guerra às drogas”⁴, tiveram suas diretrizes acolhidas pela legislação de inúmeros países, inclusive o Brasil, e objetivaram, segundo Karam:

*restringir a fins exclusivamente médicos e científicos a produção, a distribuição (aí incluído não só o comércio, mas qualquer forma de fornecimento ou entrega a terceiros) e o consumo das selecionadas substâncias e matérias-primas tornadas ilícitas, mediante a criminalização de condutas relacionadas àquelas atividades que se realizem com quaisquer outros fins*⁵.

Dessa forma, pode-se dizer que o modelo proibicionista, que consiste atualmente numa política criminal globalizada em matéria de drogas, é marcado pela criminalização de condutas que abrangem todo o circuito (da produção ao consumo) de algumas substâncias psicoativas rotuladas como ilícitas⁶, visando, por meio da coação e da ameaça de punição, suprimir a oferta e a demanda e atingir um ideal de total abstinência⁷.

Para os partidários dessa política criminal, a repressão penal seria a única maneira eficaz de combater os efeitos maléficos gerados pelas drogas ilegais, e deveria ser operada tanto diretamente, pela dissuasão dos consumidores por meio de sanções ao uso de drogas ilícitas, quanto indiretamente, limitando-se a disponibilidade das drogas através da repressão à produção e à distribuição⁸.

Tal política criminal tem como premissa básica a idéia de que tanto o consumo quanto a venda de substâncias psicoativas ofendem o bem jurídico “saúde pública”, vez que tais ações, ao se difundirem pela sociedade, gerariam danos à saúde da coletividade⁹. Ademais, baseia-se também num fundamento moral, decorrente, segundo L. Rodrigues, da moral protestante do século XIX, que considerava a abstinência uma virtude do “cidadão-modelo”, tanto é que vários sistemas proibicionistas se basearam no catecismo de igrejas anglicanas¹⁰. Nesta linha, defende

¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 38.

² *Ibidem*, p. 39.

³ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 128-144, jan./fev. 2007. p. 130-131.

⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 42.

⁵ KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos, p. 131.

⁶ KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 360-374, mar./abril 2004. p. 360.

⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 46.

⁸ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 31-32.

⁹ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 32.

¹⁰ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 47.

Weigert que o proibicionismo consiste num efeito concreto de um “processo moralizador” que pune tudo aquilo que se mostra contrário às convenções sociais¹.

2. OS DANOS DECORRENTES DA LÓGICA PROIBICIONISTA

Embora este artigo não tenha como objetivo principal discorrer a respeito das características e dos danos causados pelo modelo repressivista de controle das drogas, parece imprescindível realizar uma breve e superficial análise destes efeitos, apenas com o intuito de demonstrar a insuficiência de tal política criminal e a necessidade de proposição e reflexão a respeito de modelos alternativos (ou ao menos concorrentes) para lidar com a questão das drogas.

De acordo com Baratta, as drogas produzem efeitos primários, decorrentes da própria natureza das substâncias psicotrópicas, tanto lícitas quanto ilícitas, e que podem ser positivos ou negativos (exemplo de efeitos negativos são os danos à saúde do usuário e o risco de adição); e efeitos secundários, que são aqueles derivados do processo de criminalização e da reação social negativa em relação às drogas (condicionada pela criminalização e estimulada pelos meios de comunicação), e que são também chamados de “custos sociais da criminalização da droga”².

Em relação aos usuários, deve-se salientar que muitos dos efeitos geralmente percebidos como primários em relação à saúde e ao ambiente social dos consumidores são na realidade secundários, pois

dependem das condições nas quais se dá o consumo da droga ilícita em um regime de proibição: a qualidade das substâncias disponíveis nas ruas, sem qualquer controle, em função de

*tratar-se de um produto ilícito; as condições higiênicas e de vida nas quais se dá o consumo e que trazem riscos adicionais aos efeitos ditos primários; os preços elevados (...), que favorecem a inserção de uma fração dos drogaditos nos contextos criminais do comércio visando obtê-las, ou determinando outros comportamentos ilícitos que objetivam a mesma finalidade.*³

A marginalização dos usuários e seu isolamento social, com reflexo na sua condição psíquica, decorrem, de acordo com Baratta, da criminalização das substâncias psicoativas e da estigmatização massiva que os consumidores acabam sofrendo⁴, com a sua identificação em subculturas criminais (processo de junkização), incentivada pelos meios de comunicação de massa⁵. Com efeito, segundo referido autor, as experiências e investigações têm demonstrado que a repressão penal não consiste num meio útil e eficaz para controlar e solucionar os problemas da toxicod dependência, que acabam sendo agravados pela criminalização⁶.

No que tange aos demais sistemas públicos de controle das drogas, como o terapêutico-assistencial e o informativo-educacional, também sofrem efeitos secundários negativos em razão da criminalização, pois as lógicas de tratamento e prevenção por vezes são obstadas pelo proibicionismo⁷. Enquanto que do ponto de vista do tratamento a criminalização estabelece condições contraditórias com as práticas mais avançadas, do ponto de vista informativo, verifica-se a falta de

³ *Ibidem*, p. 29.

⁴ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 29-30.

⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*. 5 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 147.

⁶ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 32.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*: p. 151.

¹WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 31.

² BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 28.

metodologias educativas que utilizam conteúdos e projetos positivos, ao invés de fundar-se unicamente no estereótipo negativo dos entorpecentes¹.

Há ainda efeitos secundários relativos às implicações econômicas da criminalização, relacionadas principalmente com a variação nos preços das drogas ilegais, que prejudica os consumidores e beneficia aqueles que controlam o mercado ilegal, e com os elevados custos para a manutenção do sistema repressivo².

Além disso, a criminalização gera efeitos negativos para o sistema de administração da justiça penal, principalmente pela criação de criminalidade secundária, tanto em relação a alguns profissionais das próprias agências repressivas, que se envolvem em crimes como corrupção e extorsão, quanto no que tange aos usuários e dependentes que, diante da estigmatização e autosegregação, acabam adentrando em ambientes de ilegalidade³.

Por fim, o aumento da população carcerária em razão de crimes relacionados às drogas e a difusão do seu consumo nas prisões, bem como os altos índices de reincidência e o pouco êxito preventivo, apontam para a crise de legitimação e credibilidade do controle penal sobre as drogas⁴.

3. O TRATAMENTO PENAL DO SUJEITO CONSIDERADO USUÁRIO DE DROGAS NO BRASIL

No Brasil, o tratamento penal do tráfico e do uso de drogas está previsto na Lei 11.343/06, que embora tenha sido considerada por alguns estudiosos um avanço em direção ao antiproibicionismo, especialmente em razão da descarcerização das condutas relacionadas ao consumo pessoal, manteve a lógica proibicionista ao buscar

coibir o consumo e o tráfico de entorpecentes conforme os preceitos estabelecidos nas convenções internacionais⁵ anteriormente citadas, inclusive aumentando a pena mínima do crime de tráfico.

Tal legislação esparsa manteve, de acordo com Carvalho, a estrutura da lei de drogas anterior (Lei 6.368/76) no que tange à utilização de técnicas como a lei penal em branco, os tipos penais abertos, elaborados de forma genérica e sem precisão semântica, e o uso de inúmeros verbos nucleares para a caracterização do tipo penal, como se percebe pela análise dos artigos 28 e 33 da nova lei, que tratam do uso e do tráfico de drogas, respectivamente⁶. Prevê o artigo 28 que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

Interessante notar, como pode ser verificado pela simples leitura do dispositivo, que o ato propriamente de consumir drogas não é punido, mas é

¹ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 32-35.

² CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 151-152.

³ *Ibidem*, p. 151-153.

⁴ BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga, p. 33.

⁵ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 68.

⁶ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 197.

criminalizado de forma indireta, já que seria extremamente difícil realizá-lo sem incorrer em alguma das condutas previstas no tipo¹.

Ademais, um dos pontos mais importantes a ser destacados é que houve a descarcerização² das condutas típicas relacionadas ao uso de substâncias psicoativas, não sendo cabível assim, em qualquer hipótese, a condenação do usuário à pena privativa de liberdade³, mas apenas às penalidades de advertência, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programa educativo (aplicadas de forma isolada ou cumulativamente).

Posteriormente à edição da referida lei, alguns doutrinadores passaram a defender que teria ocorrido processo de descriminalização do delito previsto no artigo 28, de forma que o usuário teria deixado de ser considerado criminoso, a ele não se aplicando verdadeiras “penas”. Sustentando posicionamento contrário, Nucci afirma que houve mera desprisionalização, pois a intenção do legislador não foi eliminar o *status* de crime da conduta, mas apenas tornar a punição mais leve⁴. Nesse mesmo sentido, Carvalho aduz que não houve descriminalização do porte para consumo pessoal de drogas, pois “o art. 28 da Lei de Drogas mantém as condutas dos usuários criminalizadas, alterando apenas [a] sanção prevista, impedindo, mesmo em caso de reincidência (...) a pena de prisão”⁵.

O Supremo Tribunal Federal chegou a se manifestar sobre o assunto em 2007, no Recurso Extraordinário 430105 QO/RJ, em que foi relator o Ministro Sepúlveda Pertence, aduzindo que as condutas descritas no artigo 28 da Lei 11.343/06 não

deixaram de ser consideradas crimes, vez que teria ocorrido apenas uma despenalização, marcada pelo afastamento da pena privativa de liberdade como sanção principal ou substitutiva do delito⁶.

De toda forma, independentemente da posição adotada, o fato é que o tratamento penal do uso de drogas no Brasil continua seguindo a lógica proibicionista, que tem como meta, com a previsão de sanções penais (ainda que mais brandas) para o usuário, coibir o consumo por meio da repressão e de um discurso moralizador que visa à abstinência.

Segundo Carvalho, a Lei 11.343/06 reforçou os discursos médico-sanitário e político-jurídico já presentes na legislação de drogas anterior, contribuindo assim para disseminar a ideologia da diferenciação entre “consumidor-doente” e “traficante-delinquente” e para fortalecer o discurso psiquiátrico que identifica usuário e dependente⁷. Além disso, apesar de proibir a aplicação da pena de prisão aos usuários, referido autor afirma que tal lei reformulou o sistema do duplo binário, pois possibilitou que o consumidor de drogas seja punido com pena restritiva de direito e medidas educativas cumulativamente, facilitando ainda a implementação de programas autoritários, como os tratamentos pela Justiça Terapêutica⁸(regidos por princípios bastante diferentes dos projetos de redução de danos).

4. ALTERNATIVAS FRENTE AO MODELO PROIBICIONISTA

Diante da constatação estatística por parte de inúmeros estudiosos de que apesar da repressão crescente às drogas ilícitas, tanto o mercado ilegal quanto o consumo vêm aumentando, a política criminal proibicionista tem sido alvo de críticas

¹WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 73.

² CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 110.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 298.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 301.

⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 110.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*, p. 301.

⁷ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 295-300.

⁸ *Ibidem*, p. 300-301.

constantes e vem sendo apontada como um grande fracasso, estimulando-se com isso o desenvolvimento de propostas alternativas e soluções que enfrentam o assunto das drogas de forma diferenciada¹.

Exemplo disso são as iniciativas de descriminalização do uso de drogas, que se referem, de acordo com T. Rodrigues, à implementação de alterações legislativas com o intuito de suavizar o tratamento penal dirigido aos usuários, mantendo-se ou até mesmo endurecendo aquele dispensado aos indivíduos considerados traficantes. Isso não significa uma supressão do controle estatal exercido sobre os consumidores, mas apenas uma modificação das sanções cominadas, que variam desde o cumprimento de penas alternativas, como trabalhos comunitários e participação em cursos obrigatórios, até internações compulsórias².

Outras propostas mais críticas da política proibicionista são aquelas usualmente denominadas como projetos de legalização das drogas, que têm como foco a legalização do mercado de produção, venda e consumo de substâncias psicoativas, dividindo-se, segundo o autor acima citado, em legalização estatizante e legalização liberal. Enquanto na primeira hipótese o mercado das drogas estaria sob o controle total do Estado, desde a produção à comercialização, na legalização liberal o Estado

¹ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 141.

² *Ibidem*, p. 142. Segundo Carvalho, a descriminalização legislativa abarca três processos distintos: "(1) *descriminalização legislativa em sentido estrito*, na qual se opera a abrogação da lei ou do tipo penal incriminador (*abolitio criminis*); (2) *descriminalização parcial, substitutiva ou setorial*, cujo processo é o de (2.1) transferência da infração penal para outro ramo do direito (...) mantendo-se sua ilicitude jurídica, porém não penal e/ou de (2.2) alteração dos critérios sancionatórios, como a modificação nos critérios da tipicidade, flexibilização das penas ou de sua execução, criação de regras diferenciadas de extinção de punibilidade entre outros". (CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 109).

seria apenas um agente regulador de um livre mercado entregue à iniciativa privada, que poderia conquistar os consumidores mediante propagandas publicitárias similares àquelas permitidas para as drogas lícitas, como o álcool e o cigarro³.

Por sua vez, as políticas de redução de danos, analisadas mais detidamente neste artigo, consistem em medidas que, de acordo com Rodrigues, não se opõem diretamente ao proibicionismo, mas inclusive coexistem com versões mais brandas de tal modelo, propondo uma abordagem diferenciada em relação aos usuários de substâncias ilícitas⁴. Tais estratégias, que têm como objetivo primordial reduzir os efeitos negativos do uso de drogas⁵, já alcançaram o *status* de política social em países mais progressistas no tratamento das drogas ilícitas, como a Holanda, Suíça, Inglaterra e Austrália, e vêm ganhando espaço em Estados proibicionistas tais como o Brasil e os Estados Unidos⁶.

5. POLÍTICAS DE REDUÇÃO DE DANOS: CONCEITO E ORIGEM

Diferentemente das estratégias de controle das drogas que visam à redução da oferta e/ou da demanda, voltadas à repressão da produção e distribuição e ao desestímulo ou diminuição do consumo, respectivamente, os programas de redução de danos relacionam-se à implementação de estratégias de saúde pública para prevenir ou minimizar os danos decorrentes do uso de substâncias psicoativas, lícitas ou ilícitas, sem que haja necessária interferência na oferta ou no consumo⁷.

³ RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas, p. 142.

⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁵ O'HARE, Pat. Redução de danos: alguns princípios e a ação prática. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994.

⁶ RODRIGUES, Thiago. *Drogas, proibição e abolição das penas*, p. 143.

⁷ BRASIL. *Manual de redução de danos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 11. Em exemplo bastante simples, que em muito contribui para ilustrar a

Nesse sentido, afirma Reghelin que “o modelo ou estratégia preventiva de redução de danos é uma tentativa de minimização das consequências adversas do consumo de drogas do ponto de vista da saúde e dos seus aspectos sociais e econômicos sem, necessariamente, reduzir esse consumo”.¹ Com efeito, a idéia central de tais programas é assim resumida por Telles: “não sendo sempre possível interromper o uso de drogas, que ao menos se tente minimizar o dano ao usuário e à sociedade”².

idéia de redução de danos, Pat O'Hare apresenta a seguinte situação: “Há alguns anos (...) minha irmã mais velha brincava num balanço no jardim de modo pouco convencional. Em vez de se balançar para a frente e para trás, como fazem as 'boas crianças', ela se deitou sobre o balanço, apoiada sobre o estômago e com os pés no chão. Andava em pequenos círculos, torcendo as correntes do balanço o quanto podia. Levantava então seus pés do chão, fazendo com que as correntes do balanço se desdobrassem, numa grande velocidade, o que fazia com que girasse sobre si mesma. (...) No momento em que as correntes do balanço se desdobravam, a cabeça dela (...) passava a poucos centímetros dos pés de ferro do balanço.(...) Eu poderia ter dito para ela parar de brincar, mas, obviamente, ela estava se divertindo muito com a brincadeira e gostando da sensação de ficar tonta (talvez próxima à de intoxicar-se?). Se eu dissesse para ela parar, ela o faria enquanto eu estivesse por perto, provavelmente recomeçando a brincadeira assim que eu me afastasse. (...) Assim, eu preferi dizer-lhe para dobrar bem a cabeça de modo que, quando ela rodasse, a mantivesse a uma margem segura dos pés do balanço.(...) Havia uma clara decisão a ser tomada – proibição ou redução do dano, ou seja, proibir, o que não teria grande sucesso em se tratando de uma atividade prazerosa, ou reconhecer o valor da atividade para ela e tentar reduzir os riscos daí decorrentes e, com isso, prevenir o dano” (O'HARE, Pat. Redução de danos: alguns princípios e a ação prática, p. 65-66).

¹ REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

² TELLES, Paulo Roberto. Estratégias de “redução de danos” e algumas experiências de Santos e Rio de Janeiro com usuários de drogas injetáveis. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids*:

A redução de danos se originou, segundo informações do Ministério da Saúde, na Inglaterra, em 1926, com o Relatório Rolleston, fruto das recomendações de uma comissão interministerial presidida pelo Ministro da Saúde daquele país, que defendia a possibilidade de os médicos prescreverem legalmente opiáceos aos dependentes dessas drogas em determinadas condições, como quando ficasse demonstrado, por exemplo, que o paciente apenas poderia levar uma vida produtiva caso recebesse doses regulares da droga³.

Contudo, apenas nos anos 80 é que tais princípios passaram a ser concretizados em programas de redução de danos, tendo o primeiro deles surgido na Holanda, diante da iniciativa de uma associação de consumidores de drogas preocupada com a transmissão de doenças como hepatites entre usuários de drogas injetáveis (referidos posteriormente neste artigo pela sigla “UDIs”)⁴.

Com a crescente disseminação da AIDS naquela década, vários países passaram a adotar estratégias mais práticas buscando diminuir o risco de infecções pelo vírus HIV entre UDIs a partir da constatação de que a transmissão poderia ocorrer através do compartilhamento de agulhas e seringas contaminadas, o que foi estimulado pelo sucesso de programas de saúde pública de troca de seringas e de prescrição

estratégias de redução de danos. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 181-190. p. 182.

³ BRASIL. *Manual de redução de danos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 11. Segundo Marlatt, na realidade, esta forma de lidar com os problemas relacionados às drogas tem suas origens localizadas já no século XIX (MARLATT, G. Alan. Redução de Danos no Mundo: Uma Breve História. In: _____ *Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 29).

⁴BRASIL. *Manual de redução de danos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p. 12.

médica de substâncias adictivas realizados na Europa e na Austrália¹. Com isso, as estratégias de redução de danos ganharam atenção e interesse mundiais, sendo realizadas inúmeras conferências internacionais² a respeito do tema, atribuindo-lhe verdadeiro reconhecimento científico³.

6. PRINCÍPIOS E DIFERENTES ESTRATÉGIAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Inicialmente, deve-se salientar que as iniciativas de redução de danos se baseiam em fundamentos bastante diferentes daqueles que inspiram as políticas proibicionistas⁴, distinguindo-se assim das políticas de drogas e formas de tratamento convencionais⁵. Partindo-se dos estudos realizados por Alan Marlatt, apresenta-se a seguir os princípios básicos que orientam os modelos de redução de danos.

Primeiramente, afirma referido autor que se trata de uma alternativa de saúde pública que se afasta dos modelos moral/criminal e de doença do consumo de drogas. Enquanto estas políticas consideram o consumo de drogas ilícitas uma conduta moralmente incorreta e que por isso deve ser punida, ou tratam a dependência como uma doença biológica ou genética que demanda tratamento, ambas buscando a eliminação total do uso de drogas, as estratégias de redução de danos são focadas não no comportamento do uso de substâncias psicoativas em si, mas nos efeitos

prejudiciais por ele causados ao indivíduo e à sociedade, buscando reduzi-los por meio de variadas estratégias⁶.

Além disso, as iniciativas redutoras abdicam do ideal de abstinência como única meta aceitável, incentivando qualquer movimento na direção da redução dos efeitos prejudiciais do uso das drogas como um “passo na direção certa”⁷. Nas palavras de L. Rodrigues:

*as estratégias de redução de danos, doutrina humanista e pragmática, de origem anglo-saxã, têm como objetivo prevenir e tratar a dependência de drogas, sem exigir dos usuários a cessação do uso, reconhecendo a abstinência como uma meta que pode ser buscada a médio e longo prazo, mas não uma condição para a ajuda.*⁸

Outro princípio se refere ao fato de que os projetos de redução de danos surgem muitas vezes em âmbito local, decorrentes de intervenções de saúde pública de origem comunitária, promovidas não por formuladores oficiais de políticas públicas, mas por pessoas diretamente envolvidas que apóiam usuários e suas comunidades na diminuição dos efeitos prejudiciais das substâncias psicoativas⁹. Exemplo dessas iniciativas de “baixo para cima” são os programas de troca de agulhas para UDIs nos Países Baixos, que surgiram em resposta às demandas dos próprios consumidores por

¹MARLATT, G. Alan. Redução de Danos no Mundo, p. 28.

²*Idem*.

³WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 115.

⁴*Idem*.

⁵MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos. In: _____. *Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 45.

⁶*Ibidem*, p. 45-46.

⁷MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos, p. 47.

⁸RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 69.

⁹MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos, p. 48.

alterações nas políticas de drogas com o intuito de reduzir os riscos de transmissão de doenças¹.

Ademais, os programas de minimização de danos, diversamente das políticas tradicionais que defendem os ideais de abstinência e cura, consistem freqüentemente em abordagens de baixa exigência, o que incentiva a participação de usuários. Tais projetos buscam criar parcerias e formas de cooperação com a população-alvo no estabelecimento de novas estratégias e programas, reduzir o estigma relacionado a problemas de dependência de psicotrópicos, além de abarcar inúmeros comportamentos de risco relacionados ao uso de drogas, tratando-os como elementos interdependentes de um determinado estilo de vida pessoal, e não como indicadores de doença ou imoralidade².

Como afirma Carvalho, as medidas redutoras se baseiam numa relação de voluntariedade e interação entre o usuário e o seu tratamento, criando “espaços de diálogo horizontalizados”, que não apenas permitem, mas pressupõem a participação ativa do usuário, rompendo assim com a lógica hierarquizada de racionalidade moralizadora que o vê apenas como objeto de intervenção³.

Por fim, Marlatt aduz que tais programas se baseiam nos princípios do pragmatismo empático, pois diferente do idealismo moralista que procura atingir “uma sociedade livre de drogas”, as medidas redutivas aceitam o fato de que há indivíduos que sempre usaram drogas e que não deixarão de fazê-lo, independente da proibição e de qualquer que seja o motivo. Isso não significa ser conivente com os comportamentos prejudiciais ou incentivá-los, mas a partir da aceitação da premissa de que tais situações invariavelmente ocorrem na sociedade, as estratégias redutoras se

preocupam com a prevenção e diminuição dos seus danos tanto para o indivíduo quanto para a sociedade, sem rotular ou denegrir as pessoas envolvidas nestes comportamentos⁴, caracterizando-se assim pela tolerância e pelo respeito à diversidade e à autonomia.

Verifica-se, a partir dos princípios analisados, que as estratégias de redução de danos são flexíveis e podem se adaptar aos mais diferentes contextos, já que, orientadas por uma visão pragmática e humanitária, são formuladas muitas vezes em colaboração com a população envolvida, variando os projetos conforme o tipo de droga utilizada e as necessidades dos usuários⁵.

Nesse sentido, os princípios de redução de danos podem ser concretizados, por exemplo, por meio das seguintes medidas (não taxativas): programas educacionais e informativos a respeito dos riscos atrelados a comportamentos de risco; distribuição e troca de seringas; acolhimento do dependente e disponibilização de tratamento médico voluntário; criação de locais especiais em que o consumo de drogas é permitido; implementação de programas de substituição de drogas ilícitas por outras mais leves ou por substâncias lícitas; prescrição de heroína a dependentes; projetos de reinserção social e melhoria das condições de vida⁶.

Assim, fundadas nas metas de reinserção social do usuário e na melhoria da sua qualidade de vida, e podendo ser implementadas por meio de várias modalidades distintas, as políticas de redução de danos têm sido cada vez mais aceitas em diferentes culturas e realidades, ainda que colocadas em prática de forma diversa⁷.

⁴ MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos, p. 51-52.

⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 69.

⁶ *Ibidem*, p. 70.

⁷ *Idem*.

¹ *Ibidem*, p. 49.

² *Ibidem*, p. 48-50.

³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 186-187.

7. A REDUÇÃO DE DANOS NO BRASIL

Segundo L. Rodrigues, os anos 90 no Brasil se caracterizaram pela existência de dois movimentos opostos nas políticas públicas relacionadas às drogas: enquanto de um lado a política criminal oficial se tornava mais repressiva, por outro, em razão da disseminação da Aids, começaram a ser implementados os primeiros projetos experimentais de distribuição de seringas¹ como estratégia para reduzir a transmissão do vírus HIV entre UDIs.

A primeira tentativa de concretização de tais projetos, com a proposta de distribuição de seringas e agulhas, ocorreu em Santos/SP em 1989, mas restou parcialmente inviabilizada vez que o Ministério Público enquadrou tal iniciativa como crime, sob a justificativa de que constituía auxílio/incentivo ao uso de substâncias psicoativas, o que acabou gerando acalorada polêmica nacional². Diante disso, o programa acabou persistindo, mas restrito aos serviços de informação, aconselhamento e distribuição de água destilada, hipoclorito de sódio, lenços com álcool e preservativos³.

A partir de 1994, foi aprovada pelo Ministério da Saúde a realização do Projeto Brasil, estudo sobre o comportamento e prevalência do HIV em UDIs⁴, e diversos municípios adotaram oficialmente a redução de danos como estratégia de saúde pública. Em 1995, foi implementado o Projeto de Redução de Danos (PRD)

entre UDIs de Salvador, na Bahia, sendo desenvolvidos inúmeros projetos semelhantes em outros estados brasileiros⁵. Já em 1997, foi criada a Associação Brasileira de Redutores de Danos (ABORDA), formada por usuários de drogas, ex-usuários, técnicos de diferentes áreas e pessoas com atividade voltada à prevenção contra a Aids e outras doenças⁶.

Embora já estivessem se espalhando por inúmeros países há alguns anos, interessante notar que as medidas redutivas foram reconhecidas pela ONU somente em 1998, de forma bastante tímida e sem utilizar diretamente a expressão “redução de danos”, como estratégias de prevenção aos riscos derivados do uso de drogas⁷.

Conforme demonstram os dados divulgados no Relatório da Comissão Global de Políticas sobre Drogas de junho de 2011, tais medidas têm se mostrado bastante importantes na redução da transmissão do HIV entre UDIs. De acordo com tal estudo, nos países que implementaram estratégias integrais de redução de danos de forma consistente, como o Reino Unido, a Alemanha e a Austrália, a porcentagem de HIV entre UDIs é muito pequena, não atingindo 5%. Por sua vez, dentre os países que desenvolveram estratégias parciais de redução ou de forma tardia à evolução da epidemia, como Estados Unidos e Portugal, a taxa já é bem mais elevada, chegando a mais de 15% nesses dois países especificamente. Finalmente, nos países que resistiram à implementação em larga escala de medidas redutivas, tal índice é muito mais alto, atingindo mais de 35% na Rússia e mais de 40% na Tailândia⁸.

¹ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 164.

² MESQUITA, Fábio. Perspectivas das estratégias de redução de danos no Brasil. In: _____; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 169-180. p. 169.

³ REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos*, p. 95.

⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁵ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 165.

⁶ REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos*, p. 96.

⁷ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 165.

⁸ RELATÓRIO DA COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. jun. 2011. Disponível em:

Embora as políticas de redução de danos voltadas ao uso de drogas injetáveis desempenhem relevante papel, atualmente percebe-se a existência de um número crescente de usuários de crack no Brasil, razão pela qual se torna necessário pensar em medidas redutoras direcionadas também para essa população-alvo. De acordo com Domanico, dos 140 projetos de redução de danos ativos no país em 2006 e financiados pelo Programa Nacional de DST/Aids, metade trabalhava com trocas de seringas e menos de 10% desenvolviam estratégias de redução para consumidores de crack¹.

Tal autora realiza uma análise de alguns projetos piloto desenvolvidos no Brasil entre 2002 e 2005 que implementaram ações de redução de danos associados ao crack. Relata inúmeras estratégias adotadas para prevenir a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis e de doenças infecto-contagiosas pela utilização compartilhada dos equipamentos de uso do crack, tais como a distribuição de cachimbos de madeira, piteiras de silicone (usadas individualmente quando há compartilhamento do cachimbo), protetores labiais, preservativos, incentivo à confecção de cachimbos pelos próprios usuários e à substituição do uso de crack pela maconha, além da realização de atividades de educação e informação. Contudo, expõe inúmeras dificuldades para a concretização das ações de redução, que variam desde a

falta de financiamento, de recursos humanos e materiais, de qualificação da equipe redutora, problemas com a polícia, precariedade de políticas públicas, até a marginalização e discriminação sofridas tanto pelos usuários quanto pela equipe redutora, dentre outras².

Do ponto de vista legislativo, para além de algumas leis e decretos estaduais que buscaram autorizar e regulamentar a realização de atividades de redução de danos, como a distribuição de seringas descartáveis aos UDIs, as medidas redutivas foram regulamentadas pela Portaria n.º 1.028/05 do Ministério da Saúde (como previa a Lei n.º 10.409/02 - revogada pela Lei n.º 11.343/06), sendo reconhecidas assim como política de saúde pública³. De acordo com Weigert, tratando-se de política adotada formalmente pelo Ministério da Saúde e pela Secretaria Nacional Anti-Drogas, os programas de redução de danos são desenvolvidos em parceria com o Programa Nacional de DST/Aids, Coordenações Estaduais e Municipais de DST/Aids e ONGs, e com as redes nacionais da REDUC e da ABORDA⁴.

Atualmente, a Lei n.º 11.343/06 consiste num marco legal bastante importante em relação ao modelo de redução de danos, pois prevê, nos artigos 18 a 20, ações preventivas ao uso indevido de drogas orientadas por fundamentos redutores e projeta ações de atenção que objetivam melhorar a qualidade de vida dos usuários e dependentes, reduzindo os riscos e danos decorrentes do uso de drogas, além de buscar sua (re)integração em redes sociais⁵.

<http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf>. Último acesso em 16/11/2012.

¹ DOMANICO, Andrea. *"Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!"*: Estudos sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. 219 f. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia para a obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais, em 2006. Disponível em: <http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/Outros/Craqueiros_e_cracados_paginadoteseufba.pdf>. Último acesso em: 12/11/2012. p. 78-79.

² *Ibidem*, p. 66-194.

³ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 166.

⁴ WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 130.

⁵ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 172.

Contudo, segundo Carvalho, tais princípios e diretrizes coerentes com as políticas de redução de danos são frequentemente ofuscados pela lógica repressivista, tornando-se mera “carta de intenções direcionada ao sistema de saúde pública”, vez que muitas vezes não são concretizados pelo poder público¹. Nesse sentido, assevera Weigert que as medidas de redução de danos consistem ainda em casos isolados e pontuais, decorrentes de iniciativas de ONGs e voluntários².

Diante disso, percebe-se que embora as medidas redutoras estejam legalmente previstas e sejam inclusive incentivadas pelo poder público (ainda que restritas, em sua maioria, às medidas de educação, informação e distribuição de insumos – bastante diversas das ações mais ousadas implementadas em muitos países europeus), uma das maiores dificuldades parece estar em sua concretização, em razão dos mais diversos motivos, como se verifica da tese de Domanico anteriormente citada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verifica-se que as estratégias de redução de danos consistem em medidas baseadas em alicerces muito diversos daqueles que sustentam o proibicionismo, pois aceitando o fato de que sempre haverá consumidores de substâncias psicotrópicas, tais iniciativas respeitam a autonomia individual, demonstrando compreender a diversidade e zelar pela dignidade humana, quaisquer que sejam os rumos escolhidos pelos indivíduos.

Partindo desse pressuposto, a redução de danos objetiva prevenir e minimizar os efeitos nocivos causados pelo uso de drogas aos indivíduos e à sociedade, considerando cada movimento nessa direção como um avanço importante, ainda que o

usuário decida continuar consumindo drogas. Desta maneira, abdica-se de um discurso moralizador que vê o ideal de abstinência como condição para o fornecimento de ajuda e como única meta aceitável, valorizando a voluntariedade, a interação e a participação ativa dos destinatários das medidas, tanto na formulação de novas estratégias de redução quanto na realização de mudanças nos comportamentos pessoais.

Principalmente por serem iniciativas criadas e concretizadas de “baixo para cima”, através do diálogo e da cooperação com a população-alvo, implementadas conforme as condições particulares de diferentes contextos, as políticas de redução de danos permitem o estabelecimento de “espaços de diálogo horizontalizados”, completamente diversos da lógica repressiva que atua de “cima para baixo”, de forma vertical e hierárquica³. Nas palavras de Carvalho,

as práticas redutoras permitem atuar transvalorando os valores morais que sustentam o proibicionismo. Ao não negar o desejo e o prazer que as pessoas têm no consumo de drogas, espaço de aproximação e diálogo é criado, permitindo, através de políticas de saúde pública, que danos maiores sejam minimizados em decorrência desta opção do usuário⁴.

A partir das diferenças existentes entre os fundamentos do proibicionismo e das estratégias de redução de danos, referido autor sustenta a existência de incompatibilidades manifestas entre ambos, defendendo a harmonização das medidas

¹*Ibidem*, p. 173.

²WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal*, p. 131.

³ CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*, p. 186-187.

⁴*Ibidem*, p. 187.

reduutoras com as políticas de descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal¹.

No entanto, considerar o proibicionismo como entrave às medidas redutoras talvez não seja a melhor interpretação, pois leva a entender que as estratégias de redução de danos não poderiam ser implementadas na vigência de um modelo proibicionista. Pelo contrário, não se trata de alternativas mutuamente excludentes, pois como afirmam Weingardt e Marlatt, “em graus variados, as intervenções de redução de danos são compatíveis com todas as opções de política de drogas, inclusive com proibição”².

Evidentemente, quanto mais se afasta de políticas de “proibição total” em direção à legalização, mais fácil se torna a concretização de medidas redutoras³. Contudo, isso não impede a implementação de tais estratégias num modelo de proibicionismo moderado, como caracterizado o modelo brasileiro segundo Rodrigues⁴. Ao contrário, o estímulo à concretização de medidas de redução efetivamente eficazes na minimização dos danos e na melhoria da qualidade de vida dos usuários, mesmo na vigência de um modelo proibicionista, poderia até levar à reflexão sobre a implementação de estratégias mais ousadas de redução, permitindo-se uma ampliação tão significativa das medidas redutoras de modo que culminassem no regresso do proibicionismo, inclusive com a descriminalização (mesmo que apenas de fato) de determinadas condutas consideradas típicas.

¹*Ibidem*, p. 174-188.

² WEINGARDT, Kenneth R.; MARLATT, G. Alan. Redução de Danos e Políticas Públicas. In: MARLATT, G. Alan. Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 245-265. p. 256.

³*Ibidem*, p. 259.

⁴ RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas*, p. 167.

Nesse sentido é que se fala, no título do presente artigo, de políticas de redução de danos como alternativa ao proibicionismo, não no sentido de políticas mutuamente exclusivas, como se as medidas redutoras não pudessem ser implementadas na vigência deste modelo, mas considerando a possibilidade de desviar o enfoque cada vez mais na direção das medidas de redução de danos, em detrimento (e apesar) da lógica proibicionista.

Diante de todo esse potencial das medidas redutoras de tratar os usuários de drogas com dignidade e respeito à liberdade individual, permitindo a prevenção e a minimização dos danos tanto para os indivíduos como para a sociedade, é que parece necessário e urgente refletir sobre as diversas estratégias de redução de danos e a melhor maneira de implementá-las. E isso sem esquecer que elas possuem um caráter aberto, não universalizante, devendo ser formuladas e concretizadas conforme as particularidades da realidade local, com o apoio da população-alvo, sob pena de serem ineficazes, ressaltando-se ainda que devem buscar não apenas a redução das possibilidades de transmissão de doenças, mas principalmente a melhoria da condição de vida do usuário e sua reinserção social, o que com certeza reflete positivamente para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARATTA, Alessandro. Introdução a uma sociologia da droga. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 21-43.
- BRASIL. *Manual de redução de danos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.
- CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil: Estudo Criminológico e Dogmático da Lei 11.343/06*. 5 ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- DOMANICO, Andrea. “*Craqueiros e cracados: bem vindo ao mundo dos nóias!*”: Estudos sobre a implementação de estratégias de redução de danos para usuários de crack nos cinco projetos-piloto do Brasil. 219 f. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia para a obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais, em 2006. Disponível em: <http://www.twiki.ufba.br/twiki/pub/CetadObserva/Outros/Craqueiros_e_cracados_paginadoteseufba.pdf>. Último acesso em: 12/11/2012.
- KARAM, Maria Lúcia. Drogas e redução de danos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, ano 15, p. 128-144, jan./fev. 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Políticas de drogas: alternativas à repressão penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, ano 12, p. 360-374, mar./abril 2004.
- MARLATT, G. Alan. Princípios Básicos e Estratégias de Redução de Danos. In: _____. *Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 45-58.
- MARLATT, G. Alan. Redução de Danos no Mundo: Uma Breve História. In: _____. *Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999.
- MESQUITA, Fábio. Perspectivas das estratégias de redução de danos no Brasil. In: _____. ; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 169-180.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- O’HARE, Pat. Redução de danos: alguns princípios e a ação prática. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 65-78.
- REGHELIN, Elisangela Melo. *Redução de danos: Prevenção ou Estímulo ao Uso Indevido de Drogas Injetáveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RELATÓRIO DA COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. jun. 2011. Disponível em: <http://www.globalcommissionondrugs.org/wp-content/themes/gcdp_v1/pdf/Global_Commission_Report_Portuguese.pdf>. Último acesso em 16/11/2012.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. *Controle penal sobre as drogas ilícitas: o impacto do proibicionismo no sistema penal e na sociedade*. 273 f. Tese apresentada ao Departamento de Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de Doutor em Direito, em 2006. Disponível em: <<http://www.comunidadesegura.org/files/controlepenalsobredrogasilicidas.pdf>>.

Último acesso em: 14/11/2012.

RODRIGUES, Thiago. Drogas, proibição e abolição das penas. In: PASSETTI, Edson (Org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

TELLES, Paulo Roberto. Estratégias de “redução de danos” e algumas experiências de Santos e Rio de Janeiro com usuários de drogas injetáveis. In: MESQUITA, Fábio; BASTOS, Francisco Inácio. (Orgs.). *Drogas e Aids: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 181-190.

WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. *Uso de Drogas e Sistema Penal: Entre o Proibicionismo e a Redução de Danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WEINGARDT, Kenneth R.; MARLATT, G. Alan. Redução de Danos e Políticas Públicas. In: MARLATT, G. Alan. *Redução de Danos: Estratégias práticas para lidar com comportamentos de alto risco*. Trad. Daniel Bueno. Porto Alegre: Artmed, 1999. p. 245-265.

ATO INFRACIONAL E REPRESENTAÇÃO DO ADOLESCENTE POBRE NO BRASIL: DA VULNERABILIDADE SOCIAL À VULNERABILIDADE PERANTE O SISTEMA DE CONTROLE PENAL

Marília De Nardin Budó¹

RESUMO

A relação direta estabelecida discursivamente entre pobreza e criminalidade é uma das leituras mais comuns no tema da violência no Brasil. Na esfera da infância e juventude essa concepção está ainda mais enraizada, pois o adolescente pobre é compreendido sob a ótica tutelar: de vítima da sociedade a vitimizador; de criança em perigo a adolescente perigoso. Este trabalho busca problematizar essa perspectiva diante de duas rupturas de paradigma: a que funda a criminologia crítica, e trata o tema segundo uma leitura macroestrutural da criminalização da pobreza; e a que funda a doutrina da proteção integral na área da infância e juventude, rompendo com a perspectiva tutelar em prol do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos. A partir desse arcabouço teórico, bem como de análise de conteúdo realizada em acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, torna-se possível verificar que o sistema da infância e juventude no Brasil segue de perto a estrutura do sistema penal adulto, seja no grau de seletividade em relação a crimes e autores, seja na precariedade de sua estrutura física. Porém, as semelhanças param por aí: se é verdade que arbitrariedades ocorrem diariamente no sistema adulto, na esfera da infância e da juventude elas são a regra, pois a prática judicial permite a condenação de adolescentes e internações

¹ Doutoranda em direito (UFPR). Professora no Centro Universitário Franciscano (Unifra- Santa Maria-RS). Mestre em direito pela UFSC. Email: mariliadb@yahoo.com.br.

provisórias em situações que no sistema adulto seriam inadmissíveis. A permanência de brechas menoristas, antidemocráticas e discricionárias no Estatuto da Criança e do Adolescente, no senso comum dos juristas, e, ainda, na sociedade, faz com que os adolescentes se convertam em verdadeiros inimigos do Estado, compreendidos sob a chave da periculosidade. A sobreposição do direito penal do autor em relação ao direito penal do fato nessa esfera provoca uma grave justificação ideológica do já cotidiano extermínio de adolescentes pobres no Brasil.

Palavras-chave: *Ato infracional; Criminologia crítica; vulnerabilidade; Superior Tribunal de Justiça*

ABSTRACT

The relationship between poverty and crime is one of the most common views on the violence issue in Brazil. In the realm of childhood and youth this conception is rooted even more because the poor teen is understood from the tutelary perspective: from victim of the society to victimizer; from child in danger to dangerous adolescent. This work seeks to problematize this perspective through two paradigm shifts: one that founds the critical criminology and one that founds the integral protection doctrine in the youth field, breaking the tutelary perspective to recognize children and adolescents as subjects of rights. From these theories, and the content analysis realized in judicial decisions of the Superior Court, it is possible to verify that the youth system in Brazil closely follows the structure of the adult criminal justice system in the selectivity and the precariousness of the physical structure. However, the similarities seem to stop there: if it is true that arbitrariness daily happen in the adult system, in the realm of childhood and youth they are the rule, since the judicial practice permits judicial condemnation of adolescents and provisional admissions in situations that in the adult system is inadmissible. The permanence of tutelary, antidemocratic and discretionary

gaps in the Statute of Children and Adolescent, in the common sense of the legal experts and around the society, causes teens from becoming real enemies of the State. The overlapping of the criminal law of the author in relation to criminal law of the fact in this sphere provokes a severe ideological justification of the daily extermination of poor adolescents in Brazil.

Key words: *Infractional act; critical criminology; vulnerability; Superior Court*

INTRODUÇÃO

A relação direta estabelecida discursivamente entre pobreza e criminalidade é uma das leituras mais comuns no tema da violência no Brasil. Na esfera da infância e juventude essa concepção está ainda mais enraizada, pois o adolescente pobre é compreendido sob a ótica tutelar: de vítima da sociedade a vitimizador; de criança em perigo a adolescente perigoso. Este trabalho busca problematizar essa perspectiva diante de duas rupturas de paradigma: a que funda a criminologia crítica, e trata o tema segundo uma leitura macroestrutural da criminalização da pobreza; e a que funda a doutrina da proteção integral na área da infância e juventude, rompendo com a perspectiva tutelar em prol do reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos.

O momento atual é de expansão do sistema penal na maior parte dos países, de maneira que diferentes emergências vêm se sobrepondo às questões sociais na ótica dos governos. Na esteira de outros países, como os Estados Unidos, o Brasil vem inflando seu lado repressor nos últimos vinte anos, tendo multiplicado por quatro o número de adolescentes internados nos últimos quinze anos e por três o número de adultos encarcerados nos últimos dez anos. A utilização do braço repressor do Estado vem simbolizada na quantidade de privações de liberdade de adolescentes, bem como nas estatísticas de assassinatos de que foram vítimas. Daí que tentar compreender os mecanismos discursivos que movem a adoção de posturas punitivistas baseadas em preconceitos sociais que alimentam a seletividade do sistema penal parece ser um importante caminho na sua desconstrução.

O trabalho se divide em duas partes. Na primeira busca-se trabalhar, em uma perspectiva histórica, a construção social do paradigma menorista, com o intuito de, na segunda parte, problematizar a ideia de vulnerabilidade que costuma ser atribuída nos dias atuais a algumas crianças e adolescentes. Na segunda parte apresenta-se o

resultado da análise de 26 acórdãos do Superior Tribunal de Justiça sobre a relação entre ato infracional e vulnerabilidade. O objetivo é o de problematizar o uso dessa categoria na decisão a respeito da medida socioeducativa adotada pelos julgadores. Busca-se inverter a lógica desse conceito: da vulnerabilidade como dado ontológico relacionado à condição pessoal e social do adolescente à vulnerabilidade em relação ao sistema penal.

1. MARGINALIZADOS E VULNERÁVEIS: O FOCO DO SISTEMA DE CONTROLE DA JUVENTUDE NO BRASIL

Historicamente, a criança e o adolescente passaram a ser objeto de preocupação do Estado a partir de uma leitura que pode ser traduzida no binômio *abandono-infração*. De fato, é o *menor* como *problema* de ordem pública o objeto das políticas elaboradas a partir de fins do século XIX no Brasil. Para compreender essa relação e sua ligação com a ideia de marginalização social, vulnerabilidade e ato infracional, este tópico primeiramente busca apresentar a emergência e consolidação do chamado *paradigma menorista*, o qual ainda prepondera em muitas das instituições brasileiras (1.1); para em seguida estabelecer algumas das principais distinções entre o paradigma menorista e o paradigma da proteção integral, instituído no Brasil a partir de 1988 muito mais como vir-a-ser do que como uma realidade (1.2).

1.1. De vítimas a bandidos: a percepção social da infância e juventude no Brasil

A compreensão que se tem hoje da infância e da juventude é o resultado de uma longa construção social, sabendo-se que até o século XVII sequer o sentimento de infância estava presente na Europa (ARIÉS, 1981). No Brasil, a sociedade escravista condicionava uma importante diferenciação na compreensão da infância: se as crianças brancas tinham a possibilidade de gozar desse período da vida, às crianças escravas era

reservado o trabalho precoce.

De qualquer maneira, a percepção que relaciona à infância a incapacidade e a necessidade de tutela surge a partir de final do século XIX e início do século XX. No Brasil, a filosofia positivista, que sustentou ideologicamente a proclamação da República, também foi responsável por uma maior preocupação assistencial dirigida a vários grupos sociais, dentre eles os jovens. A moral do trabalho e a necessidade de disciplinamento vêm acompanhados nesse período de um grande internamento de crianças, jovens e adultos, todos aqueles que não estivessem de acordo com os padrões da sociedade da época (LONGO, 2009).

Nesse período, o interesse do Estado pelos menores de idade se amplia e faz com que essa designação se estenda de uma mera categoria jurídica a um caráter eminentemente social e político (RIZZINI; RIZZINI, 2004). É nesse contexto que nasce o *paradigma menorista* e a categoria *menor*: agora não mais um adjetivo comparativo, mas um substantivo de significado equívoco, e paulatinamente enraizado na sociedade brasileira.

O Brasil é, nesse momento, influenciado também pelo que ocorre em outras partes do mundo. Os tribunais específicos de menores começam a surgir no início do século XX nos Estados Unidos, e também em vários países europeus e latino-americanos. É o período das reformas, embasadas, sobretudo, na criminologia positivista, que tem em sua base a etiologia do crime e o determinismo. Em termos ideológicos, a criminologia positivista dá origem à ideia da defesa social e então, a partir desse momento, o agir sobre a chamada infância “desvalida” passou a ser compreendido como uma forma de evitar a transformação – certa – da criança abandonada na criança delinquente.

Esse determinismo teórico legitimava o deslocamento da reprovação de condutas cometidas pelo sujeito no passado – base da legitimidade da aplicação de

sanções no direito penal clássico – “a uma reprovação – com base em um diagnóstico pseudocientífico – ao que no futuro possa chegar a fazer a criança ou o adolescente” (CORTÉS MORALES, 2007, p. 146). A previsão do futuro é, assim, realizada em conjunto: “através de ferramentas como os exames de discernimento se busca detectar o grau de ‘enfermidade’ de que padece o sujeito e com base nisso o juiz – que melhor atuaria aqui como um médico – receita o remédio adequado a cada situação” (CORTÉS MORALES, 2007, p. 146).

No contexto dessa matriz teórica, empregada claramente na prática da institucionalização de crianças acaba se legitimando a ideia de que a pobreza gera criminalidade e um novo tipo de infância e adolescência é então criado: a menoridade. “A categoria ‘menor’ é construída então para designar a criança objeto da Justiça e da Assistência, tornando-se o alvo das políticas de internação” (RIZZINI; RIZZINI, 2004, p. 68).

É evidente na história uma diferenciação essencial para compreender o status da infância nesse período: o foco desse sistema assistencial, assim como o do repressivo sempre foi voltado para os mesmos grupos sociais, aqueles das classes sociais baixas e não brancas. Como observa Rizzini (2008), na análise da literatura histórica, em diferentes fontes consultadas a respeito da criança, o que mais aparece é a preocupação com os estratos empobrecidos da população, seja em razão de sua orfandade, abandono ou exposição, seja em função da libertinagem, vício ou delinquência. Por isso, a importância da compreensão da categoria *menor* em sua especificidade: ela não teve o papel de designar todas as crianças menores de idade, mas apenas aquelas que eram o foco do controle estatal.

O Código de Menores era, portanto, destinado especificamente a grupos especiais designados pelas expressões: crianças de primeira idade (art. 2º), infantes expostos (art. 14), menores abandonados (art. 26), menores vadios (art. 28), menores

mendigos (art. 29), menores libertinos (art. 30), menores delinquentes (art. 68), capoeiras (art. 78) (BRASIL, 1927).

Para García Méndez, a indistinção entre menores *abandonados* e *delinquentes* se converteu na profecia que se autorrealiza, e cita a fala de Arenaza, juiz de menores e teórico argentino da época, para explicar: “Dá-se que, em determinados casos, simula-se ou acusa-se a criança de uma contravenção para que a ação protetora do Estado possa tornar-se um benefício” (GARCÍA MÉNDEZ; COSTA, 1994). Assim, se a criança não fosse nem vítima imediata, nem ofensora, não teria como o Estado agir para protegê-la (e principalmente controlá-la). A rigor, se para as crianças continuasse a ser utilizado o paradigma do direito penal liberal, não haveria como o Estado intervir. A praticidade de se anular as garantias jurídicas se dá no sentido de garantir a eficácia das tarefas de “proteção-repressão” (GARCÍA MÉNDEZ; COSTA, 1994).

A questão das medidas por tempo indeterminado, impostas por um juiz-pai, sem as figuras da acusação e da defesa, foi um dos principais pontos sustentados nas origens ideológicas do reformismo emergente no início do século XX. Para a maior parte dos entendidos em assunto de *menores* na época, a medida por tempo determinado seria contraproducente, pois significaria uma proteção temporária, no lugar de uma proteção permanente (GARCÍA MÉNDEZ; COSTA, 1994). Transmutando-se, então, a pena em proteção, permitia-se que a resposta ao ato criminoso praticado por criança ou adolescente fosse encarada como um bem: o Estado intervém no sentido de protegê-lo, e não de puni-lo, ainda que a principal resposta fosse a privação da liberdade por tempo indeterminado.

Por mais que a década de 1960 e a instituição da Fundação Nacional de Bem-estar do Menor (FUNABEM) pretendesse romper com a cultura da institucionalização e priorizar programas de integração comunitária, essa ruptura não ocorreu. Como notam Rizzini e Rizzini (2004, p. 37), “[...] o grande modelo difundido no período foi

o do internato de *menores*, ou os ‘internatos-prisão’ [...]”, chegando-se a internar, apenas entre 1967 e 1972, 53 mil crianças. O discurso da desinstitucionalização não se ajustava à doutrina de segurança nacional, e justamente por isso não é uma surpresa que a eficácia da FUNABEM tenha sido invertida (PASSETTI, 1991, p. 151).

O *menor desassistido*, categoria utilizada à época da instituição e desenvolvimento da FUNABEM, era conceituado como “todo menor que, atingido pelo processo de marginalização, se constitui em ‘Menor-Problema Social’” (BRASIL, 1976, p. 21). Duas categorias do menor desassistido eram ressaltadas: o *menor carentiado*, “aquele que, em virtude do não atendimento de suas necessidades básicas e da ausência ou incapacidade dos pais ou responsáveis, se encontra em situação de abandono total ou de fato, ou está sendo vítima de exploração” e o *menor de conduta antissocial*, “aquele que infringe as normas éticas e jurídicas da sociedade” (BRASIL, 1976, p. 21). A origem de ambas as categorias de menores está na marginalização social, processo entendido como “[...] uma situação de baixa renda, de pouca participação no consumo de bens materiais e culturais, de incapacidade de trazer a si os serviços de habitação, saúde, educação e lazer” (BRASIL, 1976, p. 14).

Isso significa que o menor de conduta antissocial é originado na pobreza, de maneira que o PNBEM e a FUNABEM tinham já, em seu discurso declarado, a identificação de seu foco como sendo apenas o daquele grupo social: *menor* é o menor de 18 anos em situação de marginalidade social e, portanto, tanto o aspecto assistencial como o correccional – muitas vezes indistintos – estava voltado para eles. Se, por um lado, a insistência no debate sobre o aspecto socioeconômico para identificar a origem do “menor-problema social” pode ser visto como um aparente avanço, por outro lado, as pessoas são culpabilizadas pela sua situação de marginalização.

Seguindo a lógica da PNBEM, em 1979, ainda durante a ditadura militar, surge o novo código de menores. Lá, seus primeiros artigos se dedicam a apresentar a

finalidade dessa lei: assistência, proteção e vigilância; e o seu objeto: menores até dezoito anos de idade em situação irregular e os menores entre dezoito e vinte e um anos nos casos dispostos em lei (BRASIL, 1979). Trata-se do aprofundamento da chamada Doutrina da Situação Irregular. Assim, todas aquelas qualificações presentes no Código de 1927 para designar os menores que seriam o objeto de proteção, vigilância e assistência aqui são englobados dentro da terminologia da situação irregular.

Para Custódio, a continuidade da identificação menorista das crianças e adolescentes pobres como “menores em situação de risco” ressignificava a realidade, na medida em que acabava por responsabilizá-los individualmente por sua condição de “irregularidade”. “Era a construção de um mundo paralelo, onde a irregularidade era imaginada com base em preconceitos e estereótipos e depois restava aos agentes do Estado enquadrar o público perfeito à caracterização da barbárie” (CUSTÓDIO, 2008, p. 25).

Quanto à previsão legal no Código de Menores sobre a responsabilização dos autores de infrações penais, observa-se que, apesar de a internação ser medida subsidiária às demais, o artigo 41 deixa claro que não há limite máximo de tempo para a aplicação dessa medida, dependendo de que “a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público” (BRASIL, 1979). A verificação sobre a manutenção ou permanência da medida deveria ser realizada periodicamente, com intervalos máximos de dois anos (§2º).

Daí que se os adultos autores de infrações penais tinham em seu favor as garantias penais e processuais penais, penas sempre limitadas no tempo, com prazo a depender da gravidade da conduta, os adolescentes não dispunham de nada disso, ficando completamente à mercê do arbítrio judicial.

1.2. A doutrina da proteção integral: Um vir-a-ser

A abertura política no Brasil e o avanço na legislação internacional a respeito da criança e do adolescente foram a combinação perfeita para a elaboração de uma lei histórica no trato desse contingente. Foram vários os setores que intervieram nesse tema no final da década de 1970 e no início da década de 1980. A influência da Igreja Católica esteve presente, com a chamada Pastoral do Menor. O movimento de defesa das crianças congregou desde aqueles vinculados às FEBEMs, administradores, técnicos e outros trabalhadores, até intelectuais, pais de crianças internadas, líderes comunitários, defensores de direitos humanos e outros cidadãos.

Ao longo da década de 1980, uma das características do trabalho da sociedade civil para com as crianças foi a utilização da Educação Social de Rua, buscando interagir com as crianças em situação de rua e propiciar a autonomia desse público, através de práticas libertárias. Os agora chamados *meninos e meninas de rua* não eram mais entendidos como incapazes, vítimas de suas famílias desajustadas ou de um sistema econômico injusto, e, portanto, passivas destinatárias de políticas assistencialistas que escondem o controle e a repressão, mas sim como agentes de suas próprias vidas, promotores de uma nova sociedade justa, fraternal e participativa (OLIVEIRA, 2007). A propagação dessas ações levou o seu desenvolvimento para fora de São Paulo, onde nasceu e, em 1985, foi fundado o Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (MNMRR).

Esse é o significado da nova concepção da criança e do adolescente como *sujeitos de direitos*, como *sujeitos políticos*, e, portanto, como *cidadãos*. Para Santos, esse momento histórico simboliza a mudança de uma compreensão jurídico-política da criança relacionada ao filantropismo leigo e religioso para aquela compreensão associada à ação de emancipação do cidadão no século XX (SANTOS, 2008, p. 52).

O resultado de toda essa mobilização está no artigo 227 da Constituição Federal promulgada em 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Esse texto traz claramente a adoção da doutrina da proteção integral e o respeito aos princípios da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989), com um detalhe: ela ainda não havia sido assinada. Isso ocorre apenas em 1989, mas a antecipação havia sido possível graças à mobilização dos grupos sociais organizados interessados na superação da doutrina da situação irregular.

Quanto ao ato infracional, as medidas socioeducativas foram elaboradas no intuito de manter a separação entre adultos e adolescentes no sistema prisional e, ao mesmo tempo, tornar excepcional a privação de liberdade. As medidas são condicionadas a uma condenação judicial, através de um processo onde imperam todas as garantias processuais, sobretudo o direito de defesa. A implementação do SINASE, em janeiro de 2012, vem confirmar a necessidade de respeito a esse novo paradigma na leitura das medidas socioeducativas: tudo o que implicar em redução de direitos não pode ser encarado como um *bem* para a criança e o adolescente. Sendo assim, não mais se admite a privação da liberdade para a *proteção* do adolescente. Para proteger foram criadas as *medidas protetivas* que não contemplam a privação da liberdade.

Entretanto, apesar de todas as garantias, em especial o direito à ampla defesa, diferentes estudos vêm mostrando que, se na esfera criminal adulta ainda persiste a mentalidade inquisitorial, na esfera da infância e da juventude ela chega a ser

caricatural, como bem representado no documentário de Maria Augusta Ramos, “Juízo”. No âmbito da academia, um exemplo é o estudo etnográfico da antropóloga Paula Miraglia (2005), realizado nas audiências da Vara de Infância e Juventude do Brás, em São Paulo, onde demonstra que acusado e defensor são totais coadjuvantes, figurando à sombra do protagonista, que fala, interpreta, aconselha e julga – legal e moralmente: o juiz da infância e juventude.

As posições existentes, seja na representação da criança e do adolescente, seja na questão das políticas públicas relacionadas a essas pessoas podem ser pelo menos três: repressivos – não ultrapassaram a situação irregular; protetivos e democráticos, que defendem a responsabilização dos adolescentes e primam pelas políticas de universalização das políticas sociais, mais a que programas assistencialistas pontuais, sempre atravessada pela participação política da sociedade mas também dos próprios membros desse grupo social; e uma posição, que assume teoricamente os postulados da proteção integral, mas não arca com todas as suas consequências, especialmente a de abrir mão do conceito de vulnerabilidade e assumir a responsabilidade penal que obrigue as autoridades a abrir mão da discricionariedade para lidar com a infância (GARCÍA MÉNDEZ, 2007). Isso implica na redução da busca pelo diagnóstico discricionário a respeito da existência e características da disfunção individual do adolescente autor de ato infracional, ou social. García Méndez (2007) denomina essa posição de “paradigma da ambiguidade”.

Tal paradigma parece ser predominante tanto na esfera judicial quanto na executiva e mesmo na legislativa. Estudo recente realizado nos projetos de lei elaborados por deputados federais entre 2009 e 2012 concluiu que se mantém naquela esfera a relação direta entre pobreza e criminalidade, e entre trabalho e regeneração do indivíduo. Dentre as propostas realizadas tem-se desde o aumento da medida de internação para cinco, oito ou dez anos, sempre de acordo com a periculosidade do

indivíduo e conforme a discricionariedade do juiz, amparado pelo saber psiquiátrico (BUDÓ, 2012). Em estudo sobre os documentos destinados à prevenção da criminalidade dos jovens no âmbito da Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça nos anos 2000, concluindo que tais documentos estabelecem uma relação direta entre juventude pobre e criminalidade, trabalhando com a ideia de prevenção da violência diretamente focada nas periferias (KULAITIS, 2012).

Talvez seja no Judiciário, porém, que se encontrem as evidências mais palpáveis a respeito da adoção do paradigma da ambiguidade. É a respeito do discurso do STJ, uma das mais altas cortes do país que se buscará, no próximo tópico, compreender a postura adotada diante da situação do adolescente autor de ato infracional, delimitando a análise à questão da *vulnerabilidade*.

2. O MENORISMO ENRUSTIDO NOS ACÓRDÃOS DO STJ: SOBRE O CONCEITO DE VULNERABILIDADE

A vulnerabilidade não existe senão em relação a algo. Esse é um dos pontos de que parte Uriarte para discutir o conceito de vulnerabilidade tal qual usado na área da infância e da juventude para decidir sobre as mais diversas questões. Neste tópico do artigo busca-se estabelecer uma análise crítica desse conceito, a partir da criminologia crítica, partindo de sua utilização quando relacionada ao tema do ato infracional nas decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O primeiro subitem traz os resultados da análise de conteúdo de 26 acórdãos, resultantes da pesquisa na jurisprudência daquele tribunal a partir do termo de busca “ato infracional e vulnerabilidade”. São todas decisões publicadas no período de 21 de outubro de 2010 a 16 de outubro de 2012. Trata-se de concessões ou denegações de ordem de Habeas Corpus, ação fundamentada no artigo 5º, LXVIII da Constituição Federal de 1988, utilizada em situações nas quais o paciente entende estar passando

por um constrangimento ilegal em sua liberdade de ir e vir. Os casos analisados tratavam, sobretudo, de situações nas quais a internação provisória havia sido decretada pelo juízo de primeiro e segundo graus, ou quando o paciente havia sido condenado ao cumprimento de medidas socioeducativas de semiliberdade ou de internação e a decisão havia sido mantida no Tribunal de Justiça do estado de origem.

O objetivo da pesquisa é o de identificar o conceito de vulnerabilidade, da maneira como atribuída aos acusados de serem autores de atos infracionais nas decisões do STJ, bem como analisar qual uso é feito desse termo no momento da decisão. As decisões foram catalogadas conforme seu pertencimento a uma das duas categorias, ligadas ao uso que se faz da vulnerabilidade, entendida como condição social do adolescente que indica: a) a necessidade de intervenção do Estado na forma de medidas de privação da liberdade para a sua correção e ressocialização; b) a necessidade de aplicação de medida protetiva e não socioeducativa. O segundo subitem realiza a análise crítica desse conceito a partir da criminologia crítica, tendo como principais referências as obras de Alessandro Baratta, Eugenio Raúl Zaffaroni e Carlos Uriarte.

2.1. Vulnerabilidade em relação a ...?

Uma questão intrigante relacionada já ao conteúdo das decisões é o uso corriqueiro dos termos Estatuto Menorista, Juízo menorista, magistrado ou juiz menorista, sentença menorista, para designar, respectivamente, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a Justiça da Infância e Juventude, o juiz da vara da infância e juventude e a decisão judicial do juiz da vara da infância e juventude. Esses termos, por si sós, permitem já um primeiro diagnóstico da maneira como os adolescentes são compreendidos nesse tribunal. A revolução na linguagem de que falam todos os autores ligados ao direito da criança e do adolescente não se operou em uma das mais

altas cortes do país, deixando de compreender o quanto o arcabouço de significados que está por detrás dos termos “menor” e seus derivados. Da mesma maneira, a expressão *menor infrator* é de uso corriqueiro.

Considerando a origem e a história dessas expressões, sabe-se que *menores* são aqueles adolescentes e crianças compreendidos como objetos de tutela ao invés de sujeitos de direitos, dado que deve o Estado evitar que se transformem em uma ameaça à sociedade. Esse uso não é fortuito: “Esta terminologia aplica-se exclusivamente às crianças e jovens tomados, na prática e não nas intenções, como problemas. Não problemas quaisquer, mas aqueles derivados da pobreza ou de aspectos étnico-raciais devidamente estigmatizados por intermédio de processos e dinâmicas criminalizadoras” (MORAES; PESCAROLO, 2012). A manutenção desse termo no STJ é significativa e demonstra a adoção da postura do juiz de menores, aquele detentor de numerosos poderes e que, sobretudo, sabe o que é para o “bem” dos adolescentes, especialmente os acusados de serem autores de atos infracionais.

Quanto à palavra *vulnerabilidade*, objeto desta pesquisa, nota-se que ela foi empregada sempre em conjunto com a análise das condições pessoais e sociais do adolescente para determinar a medida socioeducativa ou protetiva mais adequada, nas seguintes situações: 1) condição econômica desfavorável; 2) família desestruturada; 3) perda do pai ou da mãe; 4) influência negativa de membros da família; 5) prática de outros atos infracionais; 6) gravidez; 7) uso de entorpecentes; 8) dificuldade de cumprir normas e regras 9) identidade com a vida nas ruas; 10) abandono da escola; 11) más companhias; 12) pai e/ou mãe presos. Essas situações costumam ser apresentadas em conjunto, dependendo do caso do adolescente em questão e do que se está buscando fundamentar ao utilizar o termo vulnerabilidade.

De qualquer maneira, a vulnerabilidade é apresentada como um dado pertencente ao indivíduo que está sendo julgado, sem grandes explicações ou

contextualizações: trata-se de uma perspectiva que entende que ontologicamente, as pessoas marginalizadas são vulneráveis. Mas em relação a que essas pessoas são vulneráveis, é uma questão não respondida diretamente.

Em algumas situações, lê-se que o adolescente está em risco por conta dessa vulnerabilidade. Risco, por exemplo, de ser vítima de alguma agressão ou mesmo de passar fome ou necessidades. Em outras situações, especialmente quando ligada ao uso de drogas, à prática de outros atos infracionais e às más companhias, a vulnerabilidade parece ser entendida como propensão ao crime. Trata-se de uma estreita relação com o conceito de periculosidade: ao analisar a vida pregressa do indivíduo, faz-se uma projeção do que será o seu futuro. Confirma-se aí a passagem linearmente compreendida do *menor em perigo*, em decorrência de suas condições sociais, ao *menor perigoso* (RIZZINI, 2008): de vítima da sociedade desigual e de pais irresponsáveis, a algoz dessa mesma sociedade.

Em todos os casos, porém, o uso da vulnerabilidade está profundamente relacionado com a categoria da situação irregular, típica do menorismo. Entende-se que o Estado deve agir sempre que um “menor” está em situação irregular, especialmente em situação de perigo moral, com desvio de conduta ou autor de infração penal. Assim, em determinadas situações, ainda que o fato não seja considerado grave e o adolescente não esteja reiterando em sua conduta, aplica-se medidas mais graves, como a semiliberdade e a internação pelo fato de que o adolescente não tem condições de se reintegrar socialmente por ser vulnerável.

A ideia de vulnerabilidade ao mundo do crime em decorrência da marginalização, que se denota da maior parte dos entendimentos, implica sempre em uma relação determinista entre pobreza e criminalidade, aquela mesma, de herança positivista, sobre a qual se falou no tópico anterior. Ao se partir das condições pessoais e sociais do adolescente para definir que medida deve ser aplicada, julga-se através do

direito penal de autor, e não do direito penal do fato. Como observa Uriarte (2006, p. 25, tradução livre), “qualquer uso do termo proteção da infância, por fora de seus direitos é eufemístico. Proteger a criança vulnerando seus direitos é uma contradição nos termos”.

Quanto às situações para as quais o termo *vulnerabilidade* foi instrumentalizado, dois grandes grupos de resultados puderam ser encontrados nos 26 acórdãos analisados. No primeiro grupo – de 24 acórdãos – encontram-se os entendimentos de que a situação de vulnerabilidade indica a necessidade de maior intervenção do Estado para corrigir o adolescente, sendo as medidas mais graves – a semiliberdade e a internação – consideradas as mais adequadas para a “proteção” do adolescente. No segundo grupo, no qual constam dois acórdãos, entende-se a vulnerabilidade como situação que enseja a adoção de medidas protetivas e não socioeducativas.

No primeiro grupo, apesar de todos os entendimentos se voltarem à vulnerabilidade como ensejadora de medidas de privação da liberdade, os conceitos e fundamentos se diferenciam. Em primeiro lugar, tem-se o entendimento de que a vulnerabilidade implica na necessidade de medida de semiliberdade, buscando reinserir o adolescente no convívio social. Em um caso de furto de R\$ 70,00, a ministra relatora entendeu que, mesmo diante do baixo valor do produto do furto, a medida socioeducativa de semiliberdade deve perdurar, pois ela “tem por objetivo a reinserção do adolescente em situação de risco” (BRASIL, 2012f). Por isso, entendeu que a adoção da medida de semiliberdade foi

[...] exaustivamente fundamentada, tendo o magistrado relatado as condições pessoais e sociais do paciente, ressaltando a condição familiar desfavorável do adolescente, com a perda

precoce do genitor e a influência negativa de membros da família, com menção, inclusive, à prática de outros atos infracionais, demonstrando, com isso, tanto a situação de vulnerabilidade do paciente e a necessidade da aplicação das medidas de semiliberdade, inexistindo, assim, o alegado constrangimento ilegal (BRASIL, 2012f. Grifou-se).

Nesse caso, semelhante a vários outros julgados pela mesma ministra, entende-se a vulnerabilidade em relação à situação de marginalização social e família desestruturada, chegando à conclusão de que há a necessidade de se interferir na formação do adolescente para que se reverta essa situação. Em outra decisão aparece compreensão semelhante:

Ademais, além de considerar a reiteração de atos infracionais, o Tribunal de origem ressaltou as condições pessoais do paciente (o adolescente encontra-se em completo estado de vulnerabilidade, apesar de inserido em seu núcleo familiar, uma vez que "... a partir dos 14 anos de idade começou a ser infrequente às aulas, se aproximou das drogas e de pessoas com conduta duvidosa, apesar das orientações familiares (...) deixou de estudar no ano passado (...) seu meio social é caracterizado por vulnerabilidade...") para o estabelecimento da medida socioeducativa de internação (BRASIL, 2012b. Grifou-se).

Mais uma vez, não se define claramente em relação a que se depreende a caracterização de vulnerabilidade, sempre julgando a história de vida do *autor* para determinar como responder pela prática de seu ato. Na ementa a seguir, percebe-se que a situação de vulnerabilidade é um dos principais motivos ensejadores da adoção da

segunda mais gravosa medida socioeducativa:

HABEAS CORPUS. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO A TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE SEMILIBERDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM DENEGADA.

1. Mostra-se devidamente fundamentada a imposição da medida socioeducativa de semiliberdade, com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente a situação de vulnerabilidade do paciente, o qual se encontra envolvido com o tráfico de drogas e afastado dos estudos e do trabalho.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012a).

Em segundo lugar, aparece o entendimento de que nessas situações revela-se a necessidade de um acompanhamento por parte do Estado, para controlar o adolescente e também garantir que ele não volte para o mesmo grupo social, familiar e de amizades que o tornavam propenso ao crime. Assim, no HC 227406-SP a ministra relatora entendeu que “a vulnerabilidade do adolescente, que anteriormente se envolveu reiteradamente em atos infracionais graves, demonstra que ele necessita de um acompanhamento mais efetivo” (BRASIL, 2012c). Da mesma maneira, o HC 231928-SP:

[...] a determinação da medida socioeducativa de semiliberdade foi devidamente fundamentada, tendo sido ressaltada a gravidade concreta do ato infracional praticado e as circunstâncias pessoais do menor infrator, a evidenciar a sua situação de vulnerabilidade, elementos que, somados, justificam

a imposição de medida socioeducativa mais rigorosa, nos termos do art. 112, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2011. Grifou-se).

Se até aqui a vulnerabilidade aparecia como característica ensejadora da medida de privação de liberdade para contenção e acompanhamento, no HC 235878 a ministra relata sob qual justificativa a decisão de denegação da ordem de Habeas Corpus no Tribunal de origem ocorreu: “Desta forma, a medida de internação é aquela que melhor se coaduna com a necessidade *de correta proteção da recorrente*, sendo a mais eficaz paraproporcionar à jovem melhor readaptação ao convívio social, ao contrário de qualquer outra medida, que permitirá sua permanência nas ruas, facilitando o cometimento de novos atos infracionais” (BRASIL, 2012c. Grifou-se). Aparece aqui claramente a perspectiva tutelar que entende a proteção como restrição de direitos determinada pelo juiz em favor do adolescente. Tem-se aí uma verdadeira e comum contradição: como pode uma medida que retira direitos ser considerada um bem ao adolescente?

Isso só pode ser entendido segundo a ótica da situação irregular, que tornava indiferenciados o *abandonado* e o *delinquente*, dado que a origem do segundo é o primeiro e o destino do primeiro é o segundo. Como observa Baratta, a droga ou os crimes contra o patrimônio, ou mesmo a mera situação de abandono são as situações que criam a ocasião para que o sistema recrute o jovem, de maneira que mesmo com todas as mudanças ele permanece substancialmente o mesmo: “a criminalização das crianças e adolescentes pobres pela única razão de serem pobres e de se encontrarem em ‘situação irregular’” (BARATTA, 2003, p. 18).

O paradigma da situação irregular com a sua abordagem biopsicossocial e de características deterministas, ao ligar a trajetória do abandono à delinquência, somente

se coaduna com uma criminologia etiológica. A criminologia crítica se aproxima da doutrina da proteção integral, compreendendo a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e não como objetos de tutela, e que têm a liberdade como um de seus direitos mais fundamentais. Daí que não se sustenta a ideia de privação de liberdade para proteção, nem tampouco a ideia de ressocialização através dela, seja pela sua impossibilidade, seja pela compreensão de que isso seria uma violência à sua liberdade. Além disso, a educação é um direito da criança e do adolescente, que deve ser garantido através de políticas sociais. Ao defender a privação da liberdade como meio para garantir o direito à educação do adolescente através de uma política de controle social, o que se faz é utilizar uma argumentação politicamente correta para mascarar a realidade: o sistema penal não tem a finalidade de educar, mas a de punir seletivamente os autores de determinados tipos de ilegalidades.

No segundo grupo de julgados constam apenas dois, cujo entendimento coincide na identificação da vulnerabilidade do adolescente, também sem indicar em relação a que, mas como ensejadora de medida protetiva e não a privação da liberdade. O primeiro caso é o de uma adolescente grávida e usuária de drogas já condenada ao cumprimento de medida socioeducativa de internação em primeiro e segundo graus. A ministra, por outro lado, adota o seguinte entendimento: “Na espécie, embora a paciente tenha respondido por outro ato de mesma natureza, não há reiteração. No tocante à situação de vulnerabilidade social em que se encontra a adolescente (estado gravídico e uso de entorpecentes), faz-se necessário observar as medidas protetivas elencadas no art. 101 do aludido Estatuto” (BRASIL, 2012e). É interessante notar que em primeiro grau a decisão foi de que a situação de vulnerabilidade justificaria a “proteção” da adolescente através da “grave restrição de liberdade” da medida de internação.

Com o mesmo entendimento, no HC 231928 a ministra buscou esclarecer que

“Não é razoável restringir o direito de liberdade, amparando-se na condição de vulnerabilidade. Isto porque tal situação fática não autoriza a medida de internação, que só poderá ser infligida inexistindo outra mais adequada e, ainda, quando cumpridas as condições elencadas no art. 122 do ECA. Tal quadro conduz, antes, à aplicação de medidas protetivas (art. 101 do ECA)” (BRASIL, 2012d).

Nessas duas decisões da mesma ministra, percebe-se uma interpretação oposta às anteriores, diferenciando, de um lado, a restrição da liberdade da proteção; e, de outro lado, a vulnerabilidade da periculosidade. Depreende-se da decisão que a vulnerabilidade, nesse caso, demonstraria ser o adolescente vítima de um contexto social, cabendo ao Estado proteger e não punir. Contudo, é importante verificar que a primeira categoria de julgados foi massivamente preponderante em relação à segunda, somando 24 julgados contra dois. Isso demonstra que os ministros do STJ optam pela definição de vulnerabilidade como uma situação pessoal e social ligada ao indivíduo que determina a ausência de condições de viver em sociedade sem afrontar as normas. Por isso, adota-se a aplicação das medidas socioeducativas de semiliberdade e de internação em um sentido mesmo de contenção, para evitar que os adolescentes retornem às suas famílias desestruturadas ou às más companhias. Para tanto, justificam-se com o uso das ideias de prevenção especial, seja como proteção seja como oportunidade de estudo e profissionalização do adolescente. Nota-se, porém, que o sentido parece ser mais de defesa social do que qualquer outra coisa.

2.2. Da vulnerabilidade social à vulnerabilidade perante o sistema de controle penal

Vulnerabilidade é um desses termos utilizados de maneira corriqueira que, no entanto, não passaram pelo crivo do questionamento sobre o que é e para que serve. Como observa Uriarte (2006), o termo periculosidade foi proscrito pela doutrina da

proteção integral, dando margem ao uso excessivo dos termos vulnerabilidade e contenção para lidar com os adolescentes através de suas condições pessoais e sociais.

A ideia de vulnerabilidade relacionada às condições socioeconômicas dos indivíduos se funda claramente no determinismo positivista, que considera mais propensos ao crime aqueles pertencentes às chamadas *classes marginalizadas*. No Brasil, as políticas tutelares dirigidas ao *menor em situação irregular* no último século foram sempre voltadas para aqueles provenientes de tais grupos sociais. Isso é explícito nos documentos da FUNABEM, e demonstram claramente para onde o foco do controle penal da juventude está voltado. Trata-se de uma instrumentalização do medo direcionada a esse grupo social hoje encarado como classe perigosa no Brasil: “jovens que, dependendo de sua classe ou raça, passam ou transitam com certa facilidade de vítimas a algozes” (MORAES, 2005, p. 5).

O foco do sistema penal nos pobres é uma consequência da relação determinista entre pobreza e criminalidade, resultado de preconceitos sociais que moveram os estudos do positivismo criminológico no século XIX. Isso pode ser visualizado nos crimes cometidos por aqueles que são controlados pelo sistema penal, seja ele voltado aos adultos, seja ele voltado aos adolescentes. Quando verificados tanto os dados de encarceramento quanto os dados de adolescentes internados, nota-se que na sua maior parte os indivíduos foram privados de sua liberdade em razão de crimes contra o patrimônio e tráfico de drogas. O sistema penal, em interação com as agências de controle social informal, a partir dos processos de criminalização primária e secundária, determina quem serão as pessoas consideradas desviantes em uma determinada sociedade.

Diferentemente do que se quer fazer crer cotidianamente com a criminalização de adolescentes, assim como na esfera adulta, a prática de atos infracionais por membros daquele grupo é a regra, e não a exceção (SANTOS, 2000).

O fato de apenas alguns adolescentes caírem nas malhas do sistema penal redundando em uma seletividade característica de todos os sistemas penais. A parcela mais significativa dos atos infracionais praticados pela juventude em geral é tolerada, resolvida através de medidas alternativas adotadas pela família e pelo grupo social do qual o jovem faz parte, configurando a cifra obscura dos atos infracionais.

Isso significa que as expressões “adolescente infrator” ou mesmo “adolescente autor de ato infracional” não são exatas: se na prática todos ou quase todos os adolescentes praticam atos contrários à legislação penal, o que os distingue exatamente é o fato de uns terem sido rotulados como tais pelo próprio sistema de justiça juvenil e outros não, por consequência de terem sido ou não recrutados pelo sistema penal (SANTOS, 2000).

O que determina essa seletividade torna-se, então, a grande questão: ela se dá ao acaso, ou está prioritariamente voltada contra alguns jovens mais do que contra outros? De fato, o número de crianças e jovens de classe baixa e não brancos que chegam ao sistema de justiça é muito maior do que os de classe média e média alta (SILVA; GUERESI, 2003). Aí aparece o resultado da primeira seletividade: a da agência policial. A segunda seletividade aparece ainda mais evidentemente no Judiciário: a remissão e a aplicação de medidas alternativas à privação de liberdade ocorre prioritariamente para o grupo de adolescentes de classe média e alta, reservando-se a internação apenas aos pobres.

Daí que o entendimento sobre o termo *vulnerabilidade* deva ser radicalmente invertido em relação à forma como utilizada nos julgados analisados. Se todos os adolescentes praticam atos infracionais e o sistema penal não está estruturado para se voltar contra todos eles; se em razão dessa impossibilidade o sistema penal seleciona alguns atos infracionais e algumas pessoas pertencentes a um determinado estereótipo para perseguir; se essa escolha nada tem a ver com a gravidade do ato infracional, mas

sim com uma definição estabelecida pelas agências de controle penal e pela sociedade, então os adolescentes que praticam o tipo de crime mais perseguido e pertencem ao estereótipo mais visado são efetivamente mais vulneráveis: ao sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni (1991, p. 25),

Diante da absurda suposição – não desejada por ninguém – de criminalizar reiteradamente toda a população, torna-se óbvio que o sistema penal está estruturalmente montado para que a legalidade processual não opere e, sim, para que exerça seu poder com altíssimo grau de arbitrariedade seletiva dirigida, naturalmente, aos setores vulneráveis.

Quando se trata de ato infracional, o conceito de vulnerabilidade mais eficaz de se utilizar se se quer partir de uma perspectiva crítica é o de *vulnerabilidade perante o sistema de controle penal*. Essa vulnerabilidade é dada pela situação pessoal do indivíduo, mais do que pelos seus atos, mas também por eles, o que implica nas maiores chances que tem de ser recrutado pelo sistema. Esse sistema, então, não tem a finalidade de reduzir a vulnerabilidade, mas sim de reproduzi-la. A privação da liberdade, ao contrário de produzir o efeito de redução da vulnerabilidade, conforme parece ser o entendimento dos ministros autores das decisões analisadas, a reproduz, pois “estreita o espaço de opções do indivíduo e aumenta sua exposição ao sistema penal” (URIARTE, 2006, p. 104).

Zaffaroni *et. al.* explicam que a vulnerabilidade perante o sistema penal pode ser entendida de duas maneiras: um *estado de vulnerabilidade ao poder punitivo*, “que depende de sua correspondência com um estereótipo criminal”; e uma *situação de vulnerabilidade*, “que é a posição concreta de risco criminalizante em que a pessoa se coloca” (ZAFFARONI *et. al.*, 2003, p. 49). Para se colocar em situação de

vulnerabilidade, ou seja, de risco criminalizante, aqueles que correspondem a um estereótipo e, portanto, estão em estado de vulnerabilidade significativo não precisam se esforçar muito. Ao contrário, quem não se enquadra em um estereótipo precisa esforçar-se muito para se posicionar em situação de risco criminalizante, pois é baixo seu estado de vulnerabilidade (ZAFFARONI *et. al.*, 2003).

Nesses casos, relacionados à criminalidade comum praticada por não pertencentes aos estereótipos do criminoso, Zaffaroni *et. al.* os denominam *criminalização por comportamento grotesco ou trágico*. Já nos casos em que o próprio tipo de crime é daqueles não compreendidos como tais pela sociedade, em especial os crimes de colarinho branco, a criminalização ocorre por *falta de cobertura* e “servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário” (ZAFFARONI *et. al.*, 2003, p. 49).

Assim, a vulnerabilidade relatada pelos ministros em suas decisões para justificar a aplicação de medidas socioeducativas mais duras é muito mais relacionada às chances que esses adolescentes tinham de serem perseguidos pelo sistema penal e efetivamente chegar ao Judiciário, do que a uma condição que os leva a praticarem mais atos infracionais do que outros.

Não se nega com essa abordagem que efetivamente os adolescentes estejam passando por situações de repressão de suas necessidades humanas fundamentais. De fato, aqueles que sofrem a violência estrutural costumam serem os primeiros a padecerem de todas as outras formas de violência, dentre as quais aparece a violência institucional (BARATTA, 2004)¹. O que se não admite, porém, é que essa situação de

¹Além de as instituições para internação de crianças e adolescentes coincidir na precariedade da estrutura com os presídios, outra semelhança que se encontra entre os dois sistemas é o fato de a mesma polícia seletiva e brutal do ‘mundo dos adultos’ ser instrumentalizada para o controle das crianças e adolescentes pobres. Muito longe de polarizar vítimas e bandidos, as taxas de

vulnerabilidade seja pessoalmente atribuída a esses indivíduos e valorada em seu prejuízo, sem questionar o quanto as próprias agências de controle protagonizam a sua construção social.

Não se nega tampouco a realidade do cometimento do ato infracional. Contudo, a escolha de alguns atos infracionais a perseguir, os lugares onde procurar e os figurinos a buscar determinam, diretamente, que algumas pessoas possuem muito mais chances de virem a ser selecionadas do que outras. E, ao fazer ingressar o adolescente no sistema, suas já fracas chances de sair da situação de vulnerabilidade perante o sistema de controle se reduzem drasticamente.

Dessa maneira, o uso da vulnerabilidade como estratégia discursiva para legitimar a intervenção de um sistema que se presta apenas à punição e à reprodução das desigualdades sociais se mostra arbitrário e incompatível com o paradigma da proteção integral. Aparece aqui claramente o paradigma da ambiguidade, de que fala García Méndez (2007): se, por um lado, os juízes aceitam a mudança de paradigma em teoria para proclamar que os adolescentes têm direitos, por outro lado, não a aceitam em suas últimas consequências. Mantém-se, assim, a perspectiva menorista, com todo o seu conteúdo lombrosiano e principalmente com a admissibilidade de um enorme

assassinatos demonstram que a representação trazida pelos projetos, ao buscar a definição maniqueísta, acaba distorcendo a realidade: os mesmos jovens que são vistos como bandidos pelo sistema de controle penal são os que mais morrem no país, muitas vezes pelas mãos de funcionários públicos. “Vítimas” e “bandidos” são pertencentes aos grupos sociais excluídos: Nos dados do mapa da violência de 2012, que trata sobre os homicídios no Brasil, nota-se que em todos os anos entre 2000 e 2010 as taxas de homicídio que vitimizam jovens mais que duplicam as taxas da população não-jovem. Quando os dados gerais são cruzados com a questão da cor, chega-se à aterradora conclusão de que morrem proporcionalmente 139% mais negros do que brancos no Brasil. Além disso, de todos os mortos vítimas de assassinato, 91,4% são homens (WAISELFISZ, 2012).

poder discricionário, dentro de um sistema inquisitório, que se já não mais admite no sistema penal adulto. A vulnerabilidade, da forma como utilizada no tema do ato infracional especialmente no Judiciário, é uma construção social que legitima a adoção de posturas que, a pretexto de serem protetivas, são, na verdade discricionárias e repressivas (GARCÍA MÉNDEZ, 2007).

A partir dessa constatação, observa-se a necessidade de superação do paradigma etiológico em criminologia quando se trata do direito da criança e do adolescente para chegar a uma perspectiva crítica que leve em consideração a necessidade de se mitigar a vulnerabilidade do adolescente perante o sistema penal, bem como sua seletividade. Dado que essa seletividade é estrutural e não meramente conjuntural, nada resta senão minimizar esse sistema punitivo deslegitimado (ZAFFARONI, 1991; BARATTA, 2002; ANDRADE, 2003), junto com todas as fantasias que utiliza para travestir-se: de proteção, de educação, de ressocialização. Se há algo de produtivo em todos os sistemas disciplinares, em especial no sistema penal – seja ele adulto ou juvenil – seu produto é aquilo que ele persegue: o delinquente.

CONCLUSÃO

A seletividade é um atributo do sistema penal já bem conhecido daqueles que buscam compreender o seu funcionamento. O fato de que esse sistema atue a partir da escolha de alguns crimes dentre os tantos cometidos e apenas de alguns autores costuma ser um tipo de denúncia que demonstra a sua seletividade. O discurso jurídico-penal, contudo, se baseia na ideia de igualdade perante a lei e de respeito às garantias, negando que essa constatação seja uma sua característica estrutural. Ao contrário, na área da criança e do adolescente, realidade e discurso jurídico parecem caminhar na mesma direção: a seletividade do sistema penal, voltado quase exclusivamente aos pobres e não brancos, é confirmado no discurso sob alguns

eufemismos, sobretudo de proteção, educação e ressocialização.

Este trabalho buscou analisar a relação aparentemente já naturalizada entre a identificação de situações de vulnerabilidade pessoal e social e a restrição de liberdade de adolescentes no sistema de justiça da infância e juventude no Brasil. Com a mudança de paradigma na legislação brasileira, da doutrina da situação irregular para a doutrina na proteção integral, muito se modificou em termos teóricos. Na prática, contudo, os órgãos mantêm a perspectiva menorista, legitimando a seletividade de sempre. Seja em razão do clássico déficit de políticas sociais no Brasil, seja por uma crise político-cultural (GARCÍA MÉNDEZ, 2006), o que se vê no senso comum a respeito da criança e do adolescente é, de um lado, a reprodução do menorismo, baseado na criminologia positivista, e, de outro lado, a ascensão de um punitivismo exacerbado.

Um exemplo é a questão da vulnerabilidade, escolhida para ser o objeto de análise deste trabalho. A vulnerabilidade não existe ontologicamente, ela existe em relação a algo. Crianças e adolescentes podem ser vulneráveis, por exemplo, aos adultos, ou mesmo ao sistema de controle penal. Tal vulnerabilidade, contudo, ao ser reconhecida pelos tribunais, vem sendo utilizada em seu desfavor, entendendo que é ela um dado e que a intervenção do sistema penal pode servir para conter tal situação. A crítica realizada neste artigo aponta para a necessidade de inversão dessa lógica: se o sistema é autodeclarado seletivo, de maneira que os jovens pertencentes ao estereótipo de autor de ato infracional possuem chances elevadíssimas de serem controlados pelo sistema enquanto outros também por serem e parecerem o que são precisam se esforçar muito para serem recrutados, então é a vulnerabilidade em relação ao sistema penal que deve ser objeto de análise em casos de ato infracional, e não o contrário.

O trabalho conclui com a necessidade de efetiva redução da vulnerabilidade dos clientes preferenciais através de duas principais linhas: primeiro, a minimização do

sistema penal na área da infância e juventude, que apenas vulnera direitos e somente protege aqueles que imuniza; segundo, a busca por alavancar as políticas sociais voltadas a esse grupo social, garantindo os direitos que são diariamente desrespeitados, de maneira a acabar com a hipocrisia do discurso tutelar. Além disso, não se pode deixar de lado a situação daqueles já selecionados pelo sistema e que a cada dia se tornam mais vulneráveis a ele. Em relação a esses, deve-se buscar retomar a ideia de reintegração social através da diminuição da privação de liberdade e a criação de mecanismos institucionais e comunitários que possibilitem a esses adolescentes ter diminuída a sua situação de vulnerabilidade ao sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÉS, Philippe. *História social da criança e da família*. Tradução de Dora Flaksman. 2 ed. LTC, 1981.

BARATTA, Alessandro. Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos. In: ELBERT, Carlos Alberto.

Criminología y sistema penal: Compilación in memorian. p. 334-356. Montevideo/Buenos Aires: B de F, 2004.

BARATTA, Alessandro. Prefácio. In: BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis*: Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRASIL. *Decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890*. Promulga o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm> Acesso em: 24 ago. 2012.

BRASIL. *Decreto nº 17.943-A de 12 de outubro de 1927*. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm> Acesso em: 24 ago. 2012.

BRASIL. *Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979*. Institui o Código de Menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm> Acesso em: 25 ago. 2012.

BRASIL. Ministério da Previdência e Assistência Social. Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor. *O “menor-problema social” no Brasil e a ação da FUNABEM*. Rio de Janeiro: MPAS, 1976.

BUDÓ, Marília De Nardin. De vítimas a bandidos: o caráter equívoco do tratamento da infância e da adolescência nos projetos lei propostos na Câmara dos Deputados. In: *Anais do IV Seminário Internacional de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, 2012.

CORTÉS MORALES, Julio. A 100 años de la creación del primer Tribunal de Menores y 10 años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: el desafío pendiente. In: UNICEF. *Justicia y derechos del niño*, n. 9. Santiago, Chile: 2007. p. 143-158.

CUSTÓDIO, André Viana. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. *Revista do Direito*, v. 29, p. 22-43, Santa Cruz do Sul, 2008.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. *Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latino-americano*. In: Congreso Internacional de Derecho Penal. Ciudad de México: Centro de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2006. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-566s.pdf>> Acesso em: 13 set. 2012.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia. In: UNICEF. *Justicia y derechos del niño*, n. 9. Santiago, Chile: 2007. p. 27-47.

GARCÍA MENDEZ, Emilio; COSTA, Antonio Carlos Gomes. *Das necessidades aos direitos*. São Paulo: Malheiros, 1994.

KULAITIS, Letícia Figueira Moutinho. Entre a vitimização e a criminalização: a juventude como foco das políticas de segurança pública. In: *Anais do IV Seminário Internacional de Sociologia e Política*. Curitiba: UFPR, 2012.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2007.

LONDOÑO, Fernando Torres. A origem do conceito menor. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991. p. 129-145.

LONGO, Isis S. Da legislação menorista ao ECA: mudanças e permanências nos discursos e imaginário sobre a conduta infanto-juvenil. *Anais do Seminário Educação* 2009. 17ª edição. *Políticas educacionais: cenários e projetos sociais*. Disponível em: <<http://www.ie.ufmt.br/semiedu2009/gts/gt8/ComunicacaoOral/ISIS%20SOUSA%20LONGO.pdf>> Acesso em 29 ago. 2012.

MIRAGLIA, Paula. Aprendendo a lição: uma etnografia das Varas Especiais da Infância e da Juventude. *Novos Estudos*, n. 72, jul. 2005. p. 79-98.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. Juventude, medo e violência. *Ciclo de conferências direito e psicanálise: novos e invisíveis laços sociais*. 2005. Disponível em:

<http://www.ipardes.gov.br/pdf/cursos_eventos/governanca_2006/gover_2006_01_juventude_medo_pedro_bodê.pdf> Acesso em: 22 ago. 2012.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; PESCAROLO, Joyce Kelly. *Quem tem medo dos jovens?* Disponível em:

<<http://www.naoviolenca.org.br/pdf/quemtemedodosjovens.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2012.

OLIVEIRA, Walter F. de. Educação social de rua: bases históricas, políticas e pedagógicas. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 14, n.1, p.135-158, jan.-mar. 2007.

PASSETTI, Edson. O menor no Brasil republicano. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História da criança no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1991. p. 146-175.

RIZZINI, Irene. *O século perdido: Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*. 2 ed. rev. São Paulo: Cortez, 2008.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. *A institucionalização de crianças no Brasil: Percurso histórico e desafios do presente*. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, Benedito Rodrigues dos. 18 anos de ECA: a inclusão de crianças e adolescentes no estado de direitos brasileiro, *Inclusão social*, Brasília, v. 2, n. 2, p. 152-154, abr.-set. 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, ano 5, n. 9 e 10, 1º e 2º sem. 2000, p. 169-179.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. Criança e criminalidade no início do século. In: DEL PRIORE, Mary (org.). *História das crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 1999. p. 210-230.

SILVA, Enid Rocha Andrade; GUERESI, Simone. *Adolescentes em conflito com a lei: situação do atendimento institucional no Brasil*. Brasília: Ipea, 2003.

URIARTE, Carlos E. *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2012: os novos padrões da violência homicida no Brasil*. São Paulo: Sangari, 2011. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br> Acesso em: 26 jul.2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI; E. Raúl ; BATISTA, Nilo ; et. al. *Direito penal brasileiro*. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REFERÊNCIAS DOS JULGADOS ANALISADOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 180575– Minas Gerais*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior. Acórdão de 17 de novembro de 2011. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=18542727&sReg=201001384097&sData=20111214&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 194967 – Minas Gerais*. Relator: Min. Haroldo Rodrigues. Acórdão de 02 de agosto de 2012a. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=16258619&sReg=201100119625&sData=20110822&sTipo=51&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 226668 - Distrito Federal*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 02 de fevereiro de 2012b. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=19966452&sReg=201102867757&sData=20120215&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 227406 – São Paulo*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Acórdão de 21 de junho de 2012c. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22715396&sReg=201102942164&sData=20120629&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 231928– São Paulo*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 10 de abril de 2012d. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=21452204&sReg=201200178268&sData=20120423&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 235878– Rio de Janeiro*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Acórdão de 25 de junho de 2012e. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=23001465&sReg=201200503766&sData=20120629&sTipo=91&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 238756 - Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Acórdão de 28 de agosto de 2012f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=23808048&sReg=201200713402&sData=20120920&sTipo=5&formato=PDF> Acesso em: 01 nov. 2012.

MÚLTIPLAS ALTERNATIVAS? PROBLEMATIZANDO AS ALTERNATIVAS PENAIS À PRISÃO NO BRASIL A PARTIR DE SEUS DISCURSOS

Guilherme Augusto Dornelles de Souza¹

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo explorar as contribuições e implicações oferecidas por uma análise direcionada aos discursos sobre a criminalidade e as formas de reação crime para pensar a emergência das alternativas penais à prisão no Brasil. Uma das tendências identificadas em análises sobre a política criminal brasileira, após 1984, foi a produção de alternativas à prisão e ao processo penal formal. A partir de alguns questionamentos apontados nesses estudos quanto à interação entre as diversas tendências político-criminais do período, buscamos problematizar essa possibilidade de identificar os desenvolvimentos em relação às alternativas penais à prisão no Brasil como referenciáveis a uma tendência de características uniformes. Diante disso, a partir de um referencial foucaultiano, busca-se explorar as possibilidades oferecidas por uma análise da emergência das alternativas penais à prisão no Brasil a partir dos diferentes discursos sobre a criminalidade e a pena implicados no aparecimento e desenvolvimento dessas estratégias político-criminais diversas da prisão. Propõe-se uma abordagem que tome a constituição de alternativas à prisão no Brasil como o

¹ Mestrando em Ciências Criminais do Programa de Pós Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Integrante do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) e do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos (INCT-InEAC). Bolsista da CAPES. Analista processual do Ministério Público Federal. E-mail: guilherme.augustus@gmail.com

efeito de múltiplos jogos de força que devem ser visibilizados para possibilitar estratégias que efetivamente produzam rupturas em relação ao cárcere não só enquanto instituição, mas enquanto racionalidade. O trabalho sintetiza algumas discussões teórico-metodológicas que estão sendo desenvolvidas no âmbito de uma pesquisa no mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

Palavras-chave: *Alternativas penais; Política criminal; Crime; Discurso*

ABSTRACT

This paper aims to explore the implications and contributions offered by an analysis that focus on the discourses on crime and punishment to think the emergence of alternatives to imprisonment in Brazil. One of the trends identified in analyzes of the Brazilian criminal policy, after 1984, was the production of alternatives to prison and formal criminal proceedings. From some questions pointed in these studies about the interaction between the various criminal policy tendencies of the period, we seek to problematize the possibility of identifying the developments in alternatives to prison in Brazil as a tendency whose characteristics would be uniform. Therefore, from a foucauldian framework, we seek to explore the possibilities offered by an analysis of the emergence of alternatives to incarceration in Brazil through different discourses on crime and punishment implicated in the onset and development of these strategies. It is proposed an approach that takes the emergence of alternatives to prison in Brazil as the effect of the interaction of multiple forces which must be visualized to enable strategies that effectively produce ruptures in relation to incarceration not only as an institution, but as rationality. The paper summarizes some theoretical and methodological discussions that are being developed under a research in the Master in Criminal Sciences Program at PUCRS.

Keywords: *Alternatives to imprisonment; Criminal policy - Crime - Discourse*

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo explorar as contribuições e implicações oferecidas por uma análise direcionada aos discursos sobre a criminalidade e as formas de reação crime para pensar a emergência das alternativas penais à prisão no Brasil. O Governo Federal faz referência ao desenvolvimento de uma política nacional de penas e medidas alternativas a partir de 2000. Uma das tendências identificadas em análises sobre a política criminal brasileira, após 1984, foi a produção de alternativas à prisão e ao processo penal formal. A partir de alguns questionamentos apontados nesses estudos quanto à interação entre as diversas tendências político-criminais do período, buscamos problematizar essa possibilidade de identificar os desenvolvimentos em relação às alternativas penais à prisão no Brasil como referenciáveis a uma tendência cujas características seriam uniformes.

Diante disso, a partir de um referencial foucaultiano, busca-se explorar as possibilidades oferecidas por uma análise da emergência das alternativas penais à prisão no Brasil a partir dos diferentes discursos sobre a criminalidade e a pena implicados nelas. Propomos, desse modo, uma abordagem que tome a constituição de alternativas à prisão no Brasil como o efeito de múltiplos jogos de força a que devemos dar visibilidade para possibilitar estratégias que efetivamente produzam rupturas em relação ao cárcere não só enquanto instituição, mas enquanto racionalidade. Este trabalho apresenta discussões iniciais realizadas em uma pesquisa que está sendo desenvolvida no Mestrado em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul sob orientação do prof. Dr. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo.

1. A EMERGÊNCIA DE ALTERNATIVAS PENAIS À PRISÃO NO BRASIL

Desde 1984, diversas formas de reação ao crime, além da prisão, passaram a fazer parte da(s) política(s) criminal(is) brasileira(s). A Lei nº 7.209/84, que reformou a parte geral do Código Penal, introduziu a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada aos crimes culposos e daquelas de até um ano aplicadas aos crimes dolosos pelas penas restritivas de direitos que estabelecia. Naquele momento, as penas restritivas de direitos eram a prestação de serviços à comunidade, à interdição temporária de direitos (que se dividia em três: proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; e suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo) e a limitação de fim de semana. Além disso, tornou-se possível substituir a pena privativa de liberdade aplicada, não superior a seis meses, por multa. A lei referida ampliou também as possibilidades de suspensão condicional da pena, reduziu o prazo de suspensão e integrou este instituto às penas restritivas de direitos criadas, impondo ao condenado o cumprimento de prestação de serviços à comunidade ou submissão à limitação de fim de semana durante o primeiro ano de suspensão da pena.

Em 1995, através da Lei 9.099, foram instituídos e regulamentados os Juizados Especiais Criminais, previstos em 1988 na Constituição Federal em seu art. 98, direcionados às infrações penais de menor potencial ofensivo. Nessa lei, foram estabelecidas como infrações de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cuja pena privativa de liberdade máxima prevista não seja superior a um ano. Em tais hipóteses, além da simplificação da fase pré-processual e da utilização do procedimento sumaríssimo para julgamento, inseriu-se a possibilidade de composição civil dos danos entre autor e vítima, como forma de extinção da punibilidade, de

transação penal entre o Ministério Público e o autor da infração, através da qual seria imediatamente aplicada pena restritiva de direitos ou multa, que não importaria em reincidência. Ainda, para todos os crimes cuja pena mínima fosse igual ou inferior a um ano, a lei em questão trouxe a possibilidade de suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, observadas as condições estabelecidas pela lei referida em seu art. 89.

Posteriormente, em 1998, duas leis modificaram as penas restritivas de direitos no Brasil e as suas possibilidades de aplicação. Inicialmente, em fevereiro daquele ano, a Lei nº 9.605 estabeleceu hipóteses diferenciadas de aplicação de penas restritivas de direitos quando se tratasse de crimes ambientais. Além da prestação de serviços à comunidade e da interdição temporária de direitos, previstas para todos os demais crimes, a Lei nº 9.605 incluiu como penas restritivas de direitos aplicáveis aos autores de infrações penais ambientais a suspensão parcial ou total de atividades, a prestação pecuniária e o recolhimento domiciliar e, nos casos em que o agente fosse pessoa jurídica, a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade e a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. O limite da pena privativa de liberdade aplicada passível de substituição nesses casos, por sua vez, passou de um para quatro anos. Em novembro, a Lei nº 9.714 alterou as previsões acerca das penas restritivas de direitos para os demais crimes, possibilitando que penas privativas de liberdade inferiores a quatro anos fossem substituídas por penas restritivas de direitos, ressalvados os casos de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Ainda, foram incluídas no rol de penas restritivas de direitos a prestação pecuniária e a perda de bens e valores, além da proibição de frequentar determinados lugares como modalidade de interdição de direitos. Apesar de constarem na lei aprovada, a pena de recolhimento domiciliar e a admoestação verbal foram vetadas pelo Executivo.

Em 2001, a criação dos Juizados Especiais Criminais Federais pela Lei nº 10.259 veio acompanhada da ampliação da esfera de abrangência da categoria “crimes de menor potencial ofensivo”, que passaram a ser os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa. Em 2006, com a Lei nº 11.343, as penas aplicadas àqueles que portassem ou cultivassem drogas ilícitas para uso próprio passaram a ser: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Em caso de recusa no cumprimento pelo condenado, não há previsão de pena privativa de liberdade, cabendo ao juiz admoestá-lo verbalmente ou lhe aplicar multa.

Se, por um lado, a maior parte das leis relacionadas às alternativas penais à prisão no Brasil foi produzida até o início da década de 2000, por outro, se tomamos o exemplo das penas e medidas alternativas, a expansão das estruturas estatais direcionadas à aplicação dessas formas de pena se dá justamente após esse período de produção legislativa. Da mesma forma, é a partir de 2000 que ocorre a expansão do número de indivíduos submetidos a penas ou medidas alternativas, os quais, em 2008, superam o número de pessoas submetidas à prisão de forma cautelar ou condenadas, segundo dados do Ministério da Justiça¹. Uma das razões apontadas para essa mudança no cenário nacional em relação às penas e medidas alternativas é o estabelecimento, pelo Governo Federal, de uma “Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas” a partir de 2000. É no interior dessa política nacional que irão se constituir órgãos e espaços de discussão como a Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas – CENAPA, a Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas

Alternativas – CONAPA e a Coordenação Geral de Fomento ao Programa de Penas e Medidas Alternativas – CGPMA, que irão atuar na indução da constituição de estruturas para aplicação e acompanhamento das penas e medidas alternativas nos Estados e no Distrito Federal, na capacitação do pessoal e no estabelecimento de orientações e disseminação de boas práticas acerca do monitoramento das penas e medidas alternativas (BARRETO, 2010).

Colocando esses acontecimentos dessa forma, o que vemos é o desenvolvimento gradual e contínuo de uma política penal direcionada a estratégias diversas da prisão para reação às condutas qualificadas como crimes. No entanto, até que ponto as diferenças entre esses momentos e desenvolvimentos são ocultadas justamente pela tentativa de referenciá-los como representantes de uma mesma tendência ou política? É isso que buscamos colocar em questão. Se de fato podemos falar em uma tendência político-criminal “alternativa”, qual o seu lugar no cenário brasileiro a partir de 1984 e de que forma se articula com outras tendências?

2. AS TENDÊNCIAS DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA APÓS 1984

A partir de 1984, a política criminal brasileira se desenvolveu em pelo menos sete direções diferentes. Temos a produção de leis mais punitivas, caracterizadas pelo incremento das penas para crimes já existentes e por restrições às garantias processuais dos acusados e ampliação dos poderes das agências de controle. Para “combater” o aumento da criminalidade, reforça-se a perspectiva da pena como castigo e a necessidade de supressão de direitos e garantias individuais, bem como de punições cada vez mais severas. Constitui-se um processo penal de emergência, destinado às condutas identificadas como carecedoras do maior rigor possível dentro das possibilidades de resposta estatal, representadas na figura dos “crimes hediondos” e das “organizações criminosas”. Alguns exemplos emblemáticos desses movimentos

1 Em 2008, enquanto havia 446.764 pessoas presas preventivamente ou cumprindo pena privativa de liberdade, já havia 558.830 pessoas submetidas a penas ou medidas alternativas à prisão. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2PTBRNN.htm>>. Acesso em 31/08/2012.

são as Leis dos Crimes Hediondos (Lei nº 8.072/90, Lei nº 8.930/94, Lei nº 9.677/98 e Lei nº 9.695/98), a Lei Contra o Crime Organizado (Lei nº 9.034/95) e a Lei do Regime Disciplinar Diferenciado (Lei 10.792/03) (AZEVEDO, 2004; CAMPOS, 2010; PINTO, 2006).

Além da produção de leis mais punitivas, temos também a expansão do universo de ação do Direito Penal, caracterizada pelo incremento das normas penais, que passam a regular espaços da vida que tradicionalmente não eram por elas atingidos, constituindo uma legislação neocriminalizante. No caso brasileiro, alguns exemplos dessa expansão podem ser encontrados na tipificação de condutas relacionadas a questões econômicas e financeiras, relações de consumo, meio ambiente, discriminação racial e assédio sexual (AZEVEDO, 2004; CAMPOS, 2010; PINTO, 2006). A ampliação dos espaços de incidência do Direito Penal não foi acompanhada pela descriminalização ou diminuição do rigor punitivo em áreas tradicionalmente abrangidas pelo controle penal. Compreendido enquanto resposta adequada à quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais, o Direito Penal torna-se o instrumento estatal preferencial para gestão de condutas no espaço público (AZEVEDO, 2004).

No entanto, há também a produção de uma política criminal alternativa, seja por meio da despenalização, seja por ampliarem as hipóteses de aplicação de alternativas penais à prisão. No mesmo sentido, foram criados procedimentos que buscaram ampliar e efetivar as garantias dos acusados e alternativas ao processo penal, caracterizando uma tendência à informalização ou simplificação do processo penal (AZEVEDO, 2004; CAMPOS, 2010; PINTO, 2006). Essa produção de medidas despenalizadoras, direcionadas a crimes de menor potencial ofensivo, tinha o objetivo de humanizar o sistema de penas e agilizar os procedimentos de justiça. É a esse

movimento político-criminal “alternativo” que em regra é relacionada à constituição da política de alternativas penais à prisão no Brasil.

A Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), as leis dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95 e Lei nº 10.259/01), a inclusão das penas restritivas de direitos (Lei 7.209/84) e a ampliação das suas hipóteses de aplicação (Lei nº 9.714/98) seriam exemplos dessa tendência que poderia representar um fortalecimento do discurso crítico inspirado em movimentos europeus (PINTO, 2006). É preciso relativizar essa vinculação, contudo, pois, no caso dos Juizados Especiais Criminais, voltados aos delitos ditos de menor potencial ofensivo, esperava-se que a sua implementação tivesse o efeito de permitir que as varas criminais pudessem dar prioridade para os “crimes de maior potencial ofensivo” (AZEVEDO, 2004, p. 45). Não estava em questão uma ampliação da tolerância ou uma renúncia do Estado ao controle de certas condutas, mas sim a procura por meios mais eficazes e menos onerosos para o controle (AZEVEDO, 2004).

Além desses movimentos, Campos (2010) identificou leis direcionadas aos arranjos institucionais das organizações de repressão penal e de segurança pública. Tais leis buscaram ora arranjos mais reativos, tornando mais visível a presença dessas organizações nos espaços públicos e ampliando seus domínios de atuação, ora arranjos alternativos, focados na intervenção em fatores situacionais e sociais propiciadores do crime e nas formas de organização dessas instituições. Algumas leis, ainda, ampliaram direitos a apenas um grupo da população, instaurando privilégios, e outras combinaram maior penalização e políticas penais alternativas em uma mesma lei.

Na análise de Nalayne Pinto (2006), esses movimentos político-criminais diversificados indicariam a convivência em tensão de duas ordens legítimas no ordenamento jurídico brasileiro, punitiva e alternativa, mas que acabam produzindo o aumento da lógica punitiva do Estado. Ao mesmo tempo em que a introdução de

soluções alternativas não alterou os processos de incriminação sobre as populações que efetivamente são alvo da criminalização, polícia, juízes e promotores respondem com formas severas de punição e segregação às demandas dos veículos de comunicação e da sociedade por punição “justa”. O discurso despenalizante e humanitário fortaleceria o viés igualitário presente na sociedade brasileira, mantendo, no entanto, a lógica classificatória e hierarquizante através do recrudescimento das penas, com a ampliação da criminalização e da seleção das populações vulneráveis (PINTO, 2006).

Essa política criminal talvez seja o efeito e a causa do que Damatta (1997, p. 237) chamou de o “dilema brasileiro”: a existência de uma ideologia formal igualitária em uma ordem social hierarquizada. As representações acerca da sociedade existentes na cultura jurídica brasileira poderiam ser descritas como explicitamente igualitárias, mas implicitamente hierárquicas. Desde a proclamação da República, teríamos princípios em nossas Cartas Constitucionais dignos de sociedades que se representam de forma igualitária e individualista, mas disposições legais e práticas no meio jurídico que enfatizariam uma representação da sociedade como concebida de forma hierárquica e holista. A “prisão especial” seria um dos exemplos representativos disto, pois equivaleria a atribuir, durante a tramitação do processo penal, a presunção de inocência a uns, os quais devem ser separados em locais reservados enquanto aguardam a decisão de seu processo, e a presunção de culpa a outros, os quais podem ficar junto dos presos “comuns”, já condenados. Ainda temos o “foro privilegiado”, reservado a determinadas posições, cujos ocupantes demandam, para que possam ser julgados, autoridades ainda maiores que eles próprios, havendo oficialmente uma aplicação diferente da lei conforme status do réu (KANT DE LIMA, 1990, 1995, 2004; KANT DE LIMA; AMORIM; BURGOS, 2003).

Não possuímos um eixo explícito para legitimação desse tratamento desigual, uma vez que nos representamos explicitamente como uma sociedade republicana,

igualitária e individualista. Diante disso, cabe a todos, mas principalmente às instituições encarregadas de administrar publicamente os conflitos, aplicar as regras de maneira particular conforme o status do envolvido. Em razão dessa representação hierarquizada da sociedade, o sistema judicial criminal não é aplicado igualmente a todos os cidadãos, assegurando privilégios e fundamentando a inquisitorialidade existente no processo penal. Da mesma forma, a estratégia de controle social é repressiva, buscando internalizar a posição que aquele sujeito ocupa (e deve ocupar), ao invés de prevenir os conflitos por meio da internalização das regras. A própria obediência literal às regras é valorizada negativamente, pois representa a renúncia à autoridade interpretativa a que cada um tem direito em razão de sua posição, valorizando-se a sua desobediência (KANT DE LIMA, 1990, 2004; KANT DE LIMA; AMORIM; BURGOS, 2003).

Para Campos (2010), as “contradições” aparentes da legislação ao apontar ora iniciativas reativas, ora iniciativas legais garantistas e/ou preventivas, devem ser entendidas mais como um movimento combinatório, onde tais tendências se complementam e coexistem, sem serem opostas, do que como políticas contraditórias. Haveria a coexistência de normas produzidas num viés igualitário e ampliador de direitos a todos, e a tendência de produção de normas de caráter punitivo e hierarquizante, onde a criminalização se dá a partir de estereótipos sociais relacionados à pobreza. Assim, lógicas diferentes, sem serem opostas, se entrelaçam nas demandas e respostas dos parlamentares, dos movimentos sociais, da sociedade civil, às questões referentes à criminalidade e à segurança pública (CAMPOS, 2010).

Na análise que André Leonardo Copetti Santos (2011) realizou da legislação penal produzida entre 1988 até 2011, o autor identificou 39 leis que instituíram tipos penais, sendo que 23 delas trataram de objetos que jamais haviam sido alvo de tutela penal incriminadora, caracterizando a tendência neocriminalizante já referida. Ao todo,

essas leis trouxeram a previsão de 869 tipos incriminadores, refletindo uma expansão em larga escala das condutas submetidas ao controle penal. André Santos (2011), no entanto, chama a atenção para a espécie de controle penal que caracteriza essa expansão: dos 869 tipos, em tese, a transação penal possibilitada na Lei 9.099/95 e na Lei 10.259/01 é possível para 322 tipos, a substituição por penas restritivas de direitos do art. 44 do Código Penal para 760 tipos, suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei 9.099/95, para 455 tipos, o sursis para 682 tipos, e a substituição por multa prevista no art. 60, § 2º, do Código Penal, para 216 tipos. A pesquisa de Santos (2011) indica que a tendência de expansão do Direito Penal identificada pelos demais autores (AZEVEDO, 2004; PINTO, 2006; CAMPOS, 2010) desenvolveu-se atrelada às possibilidades abertas pelo movimento que produziu a política penal alternativa que introduziu e ampliou as possibilidades de utilização de penas diversas da prisão.

Essa expansão da possibilidade de tornar-se sujeito de uma norma incriminadora sem necessariamente sujeitar-se a uma pena de prisão pode estar vinculada ao processo que Misse (2008, 2010, passim) chamou de “sujeição criminal”. Uma vez que, no Brasil, as leis não são aplicadas ou são aplicadas de forma diferente diante de determinadas situações ou pessoas, Misse (2008) entende que não se pode restringir a construção social do crime no processo de criminalização legal de condutas. Assim, propõe que esse processo seja compreendido em diferentes momentos: a “criminalização” de fato, ou seja, o processo de tipificação legal de uma determinada conduta como crime; a “criminação”, a partir da qual determinados eventos sociais são interpretados como crimes, conforme o contexto em que ocorrem, de acordo ou não com a “criminalização” anteriormente realizada; a “incriminação”, onde, para o fato social “criminado”, nomeia-se um autor e se parte para sua busca e punição.

Quando se passa diretamente para a incriminação, mesmo sem que qualquer evento social tenha sido “criminado”, deslocando-se o foco do evento para o sujeito e do crime para o virtual criminoso, Misse (2008) entende que estamos diante do que ele chama de “sujeição criminal”, possibilitando que um determinado sujeito seja associado com a criminalidade em geral, e não com o um evento específico, fazendo com que ele (e os demais sujeitos identificados como ele no mesmo tipo social) seja assujeitado ao crime que ainda não aconteceu.

Trata-se de um sujeito que “carrega” o crime em sua própria alma; não é alguém que comete crimes, mas que sempre cometerá crimes, um bandido, um sujeito perigoso, um sujeito irreversível, alguém que se pode desejar naturalmente que morra, que pode ser morto, que seja matável. No limite da sujeição criminal, o sujeito criminoso é aquele que pode ser morto (MISSE, 2010, p. 21).

A sujeição criminal é mais que um estigma, é a própria fusão do evento com o seu autor, ainda que esse evento não tenha ocorrido. A distinção entre a incriminação de um indivíduo em razão de sua conduta e a sua sujeição criminal está em que, enquanto na sujeição criminal a ênfase está no sujeito, na expectativa social de que o agente é subjetivamente ligado à transgressão, na incriminação a ênfase está na transgressão, com a expectativa de que esta não esteja subjetivamente ligada ao sujeito, à sua origem, caráter ou meio social (MISSE, 2008, 2010). Além disso, o processo de sujeição criminal demanda a existência de um acusador último que acredita que ele próprio jamais cederá à sujeição. Segundo Misse (2008, p. 381):

O fundamento da existência desse acusador último é a naturalização da desigualdade social em proporções tais que parte da sociedade poderá defender a tortura e a eliminação física (judicial ou extrajudicial) dos sujeitos criminais, simplesmente porque está segura – imaginariamente – de que essa regra não será jamais aplicada a ela. Essa segurança ontológica, que lhe permite afirmar-se “pessoa de bem” ou “acima de qualquer suspeita”, é a contraparte necessária da sujeição criminal.

Com a expansão do número de condutas criminalizadas, amplia-se as hipóteses de criminalização de eventos e de incriminação de sujeitos, mas também as possibilidades de sujeição criminal. Esse processo de identificação de sujeitos com a criminalidade em geral, independentemente das suas condutas, torna a submissão do sujeito a uma pena de prisão ou a outro tipo de pena após a condenação, ou mesmo a própria condenação do sujeito ao final do processo penal, menos necessárias. Uma vez que ele se tornou um sujeito criminal – bandido, corrupto, traficante, viciado, agressor – sua eliminação, simbólica ou física, já não depende de uma pena institucional para ocorrer.

Considerando essa ocorrência de desenvolvimentos político-criminais diversos durante o período de constituição e expansão das alternativas penais à prisão, podemos colocar em questão os modos como estas se articulam nesse contexto: se, de fato, elas são representativas de uma tendência político-criminal alternativa ou se, de forma mais complexa, foram possibilitadas pelos enfrentamentos e estratégias implicados nesses diferentes movimentos, inclusive aqueles relacionados à expansão do espaço de intervenção do Direito Penal e ao agravamento das penas para alguns tipos de crimes. A própria associação entre o desenvolvimento de alternativas à prisão

e um movimento de “humanização” das reações estatais ao crime pode ser problematizada. Na medida em que no Brasil vige uma representação hierarquizada da sociedade, legitimada pelos mecanismos estatais de controle social, a questão de “a quem” tais alternativas são propostas e “para quem” são implementadas pode indicar em que medida tais políticas se constituem enquanto possibilidades de tratamento desigual a indivíduos que cometeram infrações penais, mas que não são “sujeitos criminais”.

3. PRODUZINDO ALTERNATIVAS: DA DESNECESSIDADE DA PRISÃO À PUNIÇÃO MELHOR

Quando, em 1984, justificou-se a introdução das penas restritivas de direitos no Código Penal, falou-se em reservar à prisão para os “casos de reconhecida necessidade”, criando-se outras formas de sanção aos “delinquentes sem periculosidade” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2007, p. 7). A Lei 9.714/98, chamada “Lei das Penas Alternativas”, que ampliou as modalidades de penas restritivas de direitos e o limite de pena privativa de liberdade passível de substituição, teve origem no Projeto de Lei nº 2.684/1996, proposto pelo Executivo. Na Exposição de Motivos desse projeto, afirmava-se que a prisão não vinha cumprindo “[...] o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social, de modo que não volte a delinquir”, devendo ser “[...] reservada aos agentes de crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1997, p. 4487). Aos demais,

[...]. a melhor solução consiste em impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social [...] a execução da pena não o estigmatizará de forma tão brutal como

a prisão, antes permitirá, de forma bem mais rápida e efetiva, sua integração social (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 1997, p. 4487).

Dentre outras inovações, o referido projeto introduzia como pena restritiva de direitos o recolhimento domiciliar e a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade inferior a seis meses por advertência, compromisso de frequência a curso ou submissão a tratamento. Curiosamente, essas previsões foram vetadas pelo próprio Poder Executivo quando da sanção do projeto de lei aprovado: o recolhimento domiciliar porque “[...] não contém, na essência, o mínimo necessário de força punitiva, afigurando-se totalmente desprovida da capacidade de prevenir nova prática delituosa” e a possibilidade de aplicação da advertência porque “[...] a admoestação verbal, por sua singeleza, igualmente carece do indispensável substrato coercitivo, necessário para operar, no grau mínimo exigido pela jurisdição penal, como sanção alternativa à pena objeto da condenação” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1998). Anteriormente, naquele mesmo ano, havia sido sancionada a Lei 9.605, que dispunha sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas lesivas ao meio ambiente e que, em seu art. 8º, inciso V, previa o recolhimento domiciliar como uma das penas restritivas de direitos aplicáveis aos agentes dessas condutas. A advertência e a frequência a curso retornariam posteriormente na Lei 11.343/2006 como punições aplicáveis ao porte de drogas para consumo pessoal.

Na criação do Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento das Penas e Medidas Alternativas, em 2002, considerou-se “a necessidade do encarceramento principalmente para criminosos de maior potencial ofensivo” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2002). Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça lançou a campanha “A solução não é punir menos, é punir melhor”, para promover aplicação da pena de

prestação de serviços à comunidade, campanha também adotada no VII Congresso Nacional de Alternativas Penais, realizado em 2011, pelo Ministério da Justiça. Um dos fundamentos afirmados para a criação da Estratégia Nacional de Alternativas Penais, em 2011, foi “[...] a necessidade de estabelecer a máxima eficácia de resposta ao conflito social provocado pela prática de infrações penais” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2011). No “Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas”, lançado pela Central Nacional de Apoio e Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas, em 2002, há referência à complementaridade de dois campos de linguagem, onde o saber técnico-jurídico constrói a complementaridade de conceitos fundamentais no “mundo jurídico” e no “mundo psicossocial”: conduta/comportamento, fiscalização/acompanhamento, cumprimento da pena/reinserção social (SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; CENTRAL NACIONAL DE APOIO E ACOMPANHAMENTO ÀS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS, 2002).

“Casos de reconhecida necessidade”, “delinquentes sem periculosidade”, “integração social”, “mínimo necessário de força punitiva”, “criminosos de maior potencial ofensivo”, “máxima eficácia”, “punir melhor”, “reinserção social”: apesar de enunciada como “uma” política nacional a partir de 2000 (BARRETO, 2010), aparentemente diferentes formas de falar sobre o crime, a punição, e seus sujeitos, circulam na construção das alternativas penais à prisão. No entanto, talvez justamente por estarem todas articuladas em torno de algo que se constitui enquanto “uma” política nacional, tais diferenças ficam invisibilizadas.

Se a instituição de alternativas penais à pena de prisão pode se dar a partir de diferentes perspectivas, então podem ser igualmente diferentes as formas como tais alternativas se articulam em relação às penas privativas de liberdade. Da mesma forma, diferentes maneiras de compreender as condutas e os sujeitos criminalizados poderão

ser legitimadas em torno de algo que aparentemente é uma mesma política. Assim, para além dos números de pessoas submetidas a alternativas penais, de instituições conveniadas, Varas especializadas e Centrais de acompanhamento, torna-se necessário examinar aquilo que esses números talvez ocultem – os modos como diferentes discursos sobre o crime, a punição, e seus sujeitos, bem como sobre as relações entre a prisão e suas alternativas, foram investidos na construção das políticas de alternativas penais à pena de prisão no Brasil, para que se possa pensar nos possíveis efeitos desses discursos naquilo que representam esses e outros tantos números que compõem as estatísticas da política criminal brasileira.

4. O DISCURSO É UMA PRÁTICA

Os agentes políticos e agências governamentais envolvidos na política criminal brasileira, a partir de 1984, produziram diversos documentos oficiais que abordam alternativas penais à pena de prisão: textos de leis, de resoluções, de políticas elaboradas sobre o tema, bem como exposições de motivos, justificativas de projetos de lei, mensagens de veto, entre outros. Em tais documentos, encontram-se discursos não só sobre essas modalidades de sanção, mas sobre a prisão, sobre a criminalidade e sobre os sujeitos que as práticas da justiça criminal tinham por objetivo. Esses documentos podem ser tomados enquanto uma produção histórica, política, onde a linguagem neles presente é também constitutiva das práticas a que eles se referem (FISCHER, 2001).

Para Foucault (2009, p. 132), o discurso é “[...] um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva”. Esse autor trata o discurso como um bem finito, útil, que possui determinadas regras de aparecimento e condições para sua apropriação e utilização. Cada discurso pode ter diferentes modalidades de enunciação, ou seja, diferentes pontos de vista, conteúdos, formas,

estilos de descrição, modos de raciocínio, e tipos de atribuição de causalidade. Essas modalidades de enunciação apontam não a unidade do sujeito que fala, mas as diversas posições, os diversos status que se pode ocupar ou receber quando se exerce um discurso.

Por exemplo, determinadas falas ditas “especializadas” sobre as alternativas penais – como dos saberes *psi* ou do serviço social – podem ser empregadas mesmo por atores estranhos à especialidade a que se referem – como políticos ou juristas – de forma a conferir um determinado status a esses atores ou legitimidade ao posicionamento que sustentam. O sujeito de um determinado enunciado não é o autor que o formulou, mas o lugar determinado e vazio que pode ser ocupado por indivíduos diferentes e que é variável o bastante para se manter o mesmo através de várias situações ou para se modificar a cada uma, permitindo diversos posicionamentos possíveis. Por outro lado, alguns enunciados possíveis sobre as alternativas penais não serão empregados por determinados atores, pois cada enunciado implica em certo posicionamento do indivíduo para que este se torne seu sujeito. O discurso, dessa forma, constitui-se enquanto um “campo de regularidade para diversas posições de subjetividade” (FOUCAULT, 2009, p. 61).

Para que apareça um objeto de discurso, como a criminalidade, para que dela se possa dizer alguma coisa e várias pessoas possam dizer coisas diferentes, para que esse objeto estabeleça relações de semelhança, proximidade e diferença em relação a outros objetos, nessa perspectiva, são necessárias algumas condições. Essas condições não são apenas negativas, não são obstáculos ao discurso sem os quais este poderia manifestar-se livremente sobre objetos que preexistiriam a ele. Os objetos do discurso existem sob as condições positivas de um feixe complexo de relações estabelecidas entre instituições, processos econômicos e sociais, técnicas, tipos de classificação, modos de caracterização, relações estas que não estão no objeto, mas são o que lhe

permite aparecer e justapor-se a outros objetos, situar-se em relação a eles e definir sua diferença. As relações discursivas determinam o feixe de relações que um discurso deve efetuar para poder falar de um objeto, para poder abordá-lo, nomeá-lo, analisá-lo, classificá-lo e explicá-lo, e que definem as condições de aparecimento histórico desse objeto, caracterizando o próprio discurso enquanto uma prática que forma sistematicamente os objetos de que fala (FOUCAULT, 2009).

Ao falarem sobre a prisão, sobre alternativas a ela, sobre aqueles que devem ser submetidos à prisão e aqueles que devem receber uma pena ou medida alternativa, os discursos implicados na construção das alternativas penais contribuem para a configuração dessa mesma prisão e desses mesmos sujeitos que aparecem como “alvo” da política criminal. Os “casos de reconhecida necessidade” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2007, p. 7), referidos na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal, não existem em si ou por si, de forma a serem reconhecidos como tais e, a partir disso, serem adotadas as medidas cabíveis dentro da política criminal proposta, no caso, serem submetidos à prisão. Tais “casos de reconhecida necessidade” (idem) são produzidos a partir do momento em que enunciados enquanto tais, em que passam a serem compreendidos enquanto “de reconhecida necessidade”. São produzidos a partir do discurso que pretensamente supõe apenas reconhecer a existência deles.

Parafraseando Veyne (1998), não há “o criminoso através da história”, enquanto um objeto natural que seria alvo de variadas práticas na busca de uma “solução” para a questão da criminalidade. O que existem são diferentes sujeitos que passam a ser compreendidos (e a se compreenderem) enquanto “criminosos” dessa ou daquela maneira conforme os discursos que afirmam algo que denominam “a criminalidade” enquanto um problema e colocam certas “soluções” para ele, nomeando determinadas condutas e sujeitos como seus “objetos”. Pensar essa produção de sujeitos e objetos a partir dos discursos enquanto práticas requer que as

práticas sociais sejam compreendidas como capazes de fazer aparecer novos objetos, novos conceitos e novos sujeitos de conhecimento (FOUCAULT, 2008). O próprio sujeito deve ser compreendido como não sendo dado definitivamente, mas sim como “um sujeito que se constitui no interior mesmo da história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história” (FOUCAULT, 2008, p. 10).

Regras anônimas, históricas, determinadas no tempo e no espaço, definem as possibilidades de usar determinados enunciados em uma dada época e em uma dada área. Tais regras modificam os domínios por elas relacionados, inscrevendo seus efeitos nos discursos, mas também nos elementos por elas articulados. Haveria nos discursos certa regularidade, uma ordem no seu aparecimento sucessivo, correlações em sua simultaneidade, posições assinaláveis, funcionamentos recíprocos, um sistema de dispersão dos discursos (FOUCAULT, 2009). A partir disso, podemos pensar numa regularidade entre diferentes discursos, onde discursos sobre as relações familiares, sobre a economia, sobre a sexualidade, a educação e a criminalidade podem funcionar conjuntamente e legitimar-se reciprocamente. Essa regularidade não só implica em relações de utilidade, mas igualmente de necessidade entre diferentes tipos de discursos, onde, em razão dessas regras de dispersão, uns discursos irão supor outros. Além disso, podemos pensar numa regularidade entre os enunciados que compõe um discurso determinado. Falar sobre a criminalidade em termos de “patologia/tratamento” exige uma determinada posição de sujeito, certa articulação de conceitos, e um determinado modo de constituir o objeto “crime”, que são diferentes daqueles necessários para falar em termos de “guerra/eliminação”, bem como se inscrevem em diferentes possibilidades estratégicas de utilização do discurso.

Os discursos implicados na construção das alternativas penais à pena de prisão precisam ser analisados enquanto um “jogo estratégico” (FOUCAULT, 2008, p. 9). Nesses discursos encontrar-se-ia uma disputa em que diferentes concepções – de

sujeito, de responsabilidade, de relações entre as pessoas – se enfrentam, produzindo vitórias, derrotas e alianças temporárias, cujos resultados se refletem nas diferentes maneiras de denominar o que constitui a “criminalidade” e agir sobre ela. Uma mudança no discurso sobre o lugar da prisão no controle da criminalidade não representa somente um pouco de criatividade, algumas ideias novas, mas transformações em uma determinada prática e na sua articulação com práticas conexas (FOUCAULT, 2009).

Em razão de suas características, de suas condições de emergência, o discurso coloca desde a sua existência a questão do poder, e não apenas nas suas possibilidades de utilização, constituindo-se enquanto um objeto de uma luta política (FOUCAULT, 2009). No entanto, o poder não é a fonte do discurso, ou algo que estaria oculto no discurso, mas algo que opera através do discurso, constituindo-se este enquanto um elemento em um dispositivo estratégico de relações de poder. O discurso deve ser tratado como um componente ligado a outros componentes, como uma série de acontecimentos políticos através dos quais o poder é vinculado e orientado. Analisá-lo, dessa forma, é descrever as ligações e relações recíprocas entre esses elementos e examinar os diferentes papéis que o discurso desempenha no interior de um sistema estratégico no qual o poder está implicado, e para o qual o poder funciona (FOUCAULT, 2010a).

O próprio poder precisa ser compreendido como uma estratégia, cujos efeitos de dominação atribuem-se a manobras, táticas, a funcionamentos. Não se trata de algo que se possa conquistar ou ceder, mas sim de uma batalha perpétua, implicado em uma rede de relações sempre tensas. Algo que mais se exerce que se possui, um efeito conjunto de posições estratégicas daqueles que o exercem manifestado e às vezes reconduzido pela posição daqueles a ele sujeitados, que se apoia neles da mesma forma que eles, na luta contra esse poder, apoiam-se nos pontos em que ele os alcança.

Essas relações de poder atravessam a sociedade, não se encontrando apenas entre o indivíduo e o Estado, e não são a reprodução em um nível micro de formas gerais existentes em um nível macro. Tampouco são unívocas, definindo diversos pontos de instabilidade, mas ao mesmo tempo não obedecem à ordem do “tudo ou nada”: o poder não é adquirido de uma vez por todas por um novo controle dos aparelhos ou por uma destruição das instituições, implicando sempre em riscos de conflito e de uma inversão ao menos transitória da relação de forças, cujos episódios localizados são inscritos na história pelos efeitos de conjunto que exercem na rede em que se encontram (FOUCAULT, 2004).

Os mecanismos de poder relacionam-se aos efeitos de verdade que são produzidos pela sociedade a cada instante. São esses mecanismos que induzem e tornam possíveis essas produções de verdades e essas produções de verdades têm, elas próprias, efeitos de poder (FOUCAULT, 2010b). Abordar dessa forma as relações de poder implica também em renunciar à perspectiva de que só há saber onde tais relações estão suspensas e que o saber só se desenvolve quando está além dos interesses do poder.

Temos antes que admitir que o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder. Essas relações de “poder-saber” não devem então ser analisadas a partir de um sujeito do conhecimento que seria ou não livre em relação ao sistema do poder; mas é preciso considerar ao contrário que o sujeito que conhece, os objetos a conhecer e as modalidades de

conhecimentos são outros tantos efeitos dessas implicações fundamentais do poder-saber e de suas transformações históricas. Resumindo, não é a atividade do sujeito de conhecimento que produziria um saber, útil ou arredo, ao poder, mas o poder-saber, os processos e as lutas que o atravessam e que o constituem, que determinam as formas e os campos possíveis do conhecimento (FOUCAULT, 2004, p. 27).

Podemos, então, a partir das questões trazidas até aqui, estabelecer que uma análise dos discursos que estão presentes na construção de políticas sobre alternativas à prisão enquanto punição deve levar em conta as regularidades, as correlações e os funcionamentos existentes entre os modos como objetos como o “crime”, a “prisão”, são constituídos, os diferentes modos de enunciação, ou seja, os lugares possíveis de se ocupar para falar desses objetos de uma determinada maneira, a utilização de conceitos como “tratamento”, “retribuição”, “restauração”, e as estratégias a que se vinculam. Ainda, precisa considerar como esses discursos se inscrevem e se articulam num contexto mais amplo em que estão presentes outros discursos e outras práticas relacionadas ao crime e ao seu controle. Da mesma forma, é preciso examinar de que modo os agentes que se apropriam desses discursos e os utilizam podem posicionar-se uns em relação aos outros em seus campos de atuação, e quais as implicações de seus diferentes posicionamentos.

Na medida em que discurso, poder e saber encontram-se vinculados, também é preciso perguntar-se sobre que saberes são invocados e legitimados quando esses discursos sobre as alternativas penais são postos em circulação, pois apontam as configurações que se busca estabelecer nas relações de poder em que se inscrevem. Ainda, é preciso considerar as condições políticas, econômicas, sociais e culturais no

interior das quais tais discursos são produzidos, pois constituem as condições de possibilidade para a emergência de determinados saberes, práticas, instituições e discursos sobre a criminalidade e seus sujeitos.

Na tentativa de examinar essas regularidades entre os objetos, conceitos modos de enunciação e estratégias temáticas presentes nos discursos postos em circulação na construção de alternativas penais à prisão, podem ser tomadas como ponto de partida algumas regularidades presentes na maneira como o crime, o criminoso, e a reação à criminalidade, foram articulados em diferentes modos de compreensão que produziram efeitos na constituição de políticas criminais e nos modos de se relacionar com esses fenômenos. Para isso, propomos pensar que esses discursos sobre a criminalidade produziram e produzem um determinado saber sobre ela.

Tomamos o saber aqui como um conjunto de elementos formados de maneira regular por uma prática discursiva, aquilo de que nela se pode falar, um domínio constituído pelos diferentes objetos que poderão ou não ter caráter científico, pelos espaços que o sujeito pode ocupar para falar dos objetos de que se ocupa em seu discurso, pelo campo de coordenação e subordinação dos enunciados em que os conceitos aparecem, se definem e se transformam, e pelas possibilidades de utilização e apropriação oferecidas pelo discurso. O saber pode se tornar “ciência”, mas não se trata de uma relação de identidade necessária, havendo saberes que são independentes das ciências. No entanto, não há saber sem uma prática discursiva determinada que lhe corresponda e toda prática discursiva forma um determinado campo de saber (FOUCAULT, 2009).

A partir do modo como Foucault (2009) propõe a possibilidade de uma análise do saber político, podemos pensar a análise de um de saber do crime e seu controle. O comportamento de uma determinada sociedade em relação ao crime, suas

instituições de controle, seriam atravessadas por uma prática discursiva que não coincidiria nem com as teorias criminológicas da época, nem com determinações do contexto político, econômico e social. Essa prática discursiva definiria, na criminologia e em outros discursos que pretendem operar nesse campo, o que pode tornar-se objeto de enunciação, ou seja, que comportamentos, que indivíduos, podem ser objeto de um discurso que pretenda falar sobre o crime e sobre o controle do crime.

O saber produzido a partir dessa prática discursiva indicaria quais os diferentes modos em que a enunciação pode ocorrer, que posições alguém deve ocupar para poder falar sobre o crime e que implicações um determinado posicionamento possui; os conceitos a serem utilizados para falar sobre o crime e seu controle e as escolhas estratégicas que ocorrem nesse campo de saber, que definem dentre os diversos espaços de objetos, sujeitos e conceitos possíveis, quais serão ocupados e quais serão deixados vazios. Esse saber sobre o crime e seu controle seria analisado não na direção da ciência possível de produzir-se a partir dele, mas na direção dos comportamentos, das lutas, dos conflitos, das decisões e das táticas que estão nele implicadas. Esse saber não seria uma teorização secundária de práticas reais, tampouco uma aplicação de uma teoria formada em outro lugar, mas é ele mesmo uma prática que se desenvolve entre outras práticas e se articula com elas.

Uma análise das diferentes categorias através das quais os criminosos e o crime foram e são apreendidos e trabalhados não é exatamente o mesmo que uma história das ideias criminológicas, pois muitas teorias e conceitos têm pouca influência na prática, como entende Garland (2008). Assim, o foco seria direcionado para a “criminologia oficial” (GARLAND, 2008, p. 75) e para as concepções sobre o crime que pautaram a produção de leis e práticas referentes às alternativas penais, tomando-as como “categorias sociais operantes” (GARLAND, 2008, p. 75) que sofrem transformações ao longo do tempo.

Tais categorias, na verdade, constituem seus objetos criminais, no próprio ato de compreendê-los. Elas são referidas não como conhecimento “verdadeiro”, “válido” ou “científico”, mas como categorias efetivas, produtoras de verdade, que provêm condições discursivas para práticas sociais reais. Estas categorias são elas próprias um produto (e um aspecto funcional) das mesmas culturas e estruturas sociais que produzem os comportamentos criminosos e os indivíduos aos quais elas se referem (GARLAND, 2008, p. 75-6).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação da Estratégia Nacional de Alternativas Penais - ENAPE, pelo Ministério da Justiça, em 2011, aponta a relevância e atualidade dessa discussão. A ENAPE representou não só a continuação da política de penas e medidas alternativas em nível nacional, mas a sua ampliação para abranger também a conciliação, a mediação, programas de justiça restaurativa realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça e por outros mecanismos extrajudiciais de intervenção, medidas cautelares pessoais diversas da prisão e medidas protetivas de urgência. Sendo esse um momento de mudança nessa política, a reflexão sobre as diferentes perspectivas sobre o crime e a punição implicadas nas alternativas penais à prisão no Brasil, bem como acerca de suas condições de emergência, possibilita uma melhor compreensão do contexto em que essa mudança ocorre e que posicionamentos são possíveis para aqueles que buscam alternativas à prisão e não alternativas além da prisão. Não se trata de fazer a crítica das alternativas a partir daquilo que elas não são ou do que elas não foram, mas da necessidade de se pensar *as* alternativas para pensarmos *em* alternativas.

Assim, pensando a partir de Foucault (2010c), as formas de conceber o crime e as práticas investidas no seu controle, enquanto modos de governo dos homens pelos homens, supõem certa forma de racionalidade, e os que buscam resistir contra uma forma de poder nelas presente não podem contentar-se em denunciar a violência das agências policiais ou em criticar uma instituição como a prisão. É preciso colocar em questão a própria forma de racionalidade presente nessas agências e instituições voltadas ao crime e seu controle, perguntar-se como são racionalizadas as relações de poder existentes em seus modos de funcionamento. Colocar essa racionalidade em evidência é o único modo de evitar que outras instituições, que, apesar de serem colocadas como contraponto, se articulam em torno dos mesmos objetivos e produzem os mesmos efeitos, tomem o seu lugar.

Nesse sentido, as violações praticadas pelos agentes e instituições estatais em relação aos sujeitos encarcerados não podem ser tomadas como se fossem cometidas sem que nós, “não-encarcerados”, tenhamos conhecimento delas. A denúncia acerca das condições a que são submetidos aqueles que estão na prisão já foi feita, vista e ouvida. Tais condições permanecem apesar e através desse conhecimento a partir de seu investimento em uma forma de racionalidade que permite desconsiderar esses sujeitos e suas existências de tal maneira que seu sofrimento pode ser não só desejado, como objeto de indiferença. Somente a partir da ruptura com essa racionalidade, com essas formas de objetivação desses sujeitos, é que se poderá produzir alguma mudança nessas condições a tanto tempo denunciadas. Para termos, de fato, alternativas à prisão, não basta instituir formas de reação diferentes da pena de prisão: é preciso que tais alternativas estejam investidas por mentalidades e sensibilidades que provoquem uma ruptura em relação àquelas que legitimam a violência do sistema penitenciário. Do contrário, corremos o risco de legitimarmos a prisão e suas violências de tantas formas diferentes quanto as alternativas que propomos a elas.

Entendemos que a compreensão acerca dos diferentes discursos presentes na produção de alternativas penais à pena de prisão no Brasil, e sua articulação com os contextos em que emergem, tem o potencial de dar visibilidade à(s) racionalidade(s) que orientam as práticas dessas alternativas. É somente a partir da reflexão crítica acerca dessa(s) racionalidade(s) que poderemos decidir de que modo devemos nos posicionar em relação a ela(s). A pesquisa, desse modo, possibilita operar certa leitura do real que produza efeitos de verdade que se transformem em instrumentos para lutas, fazendo surgir, dessa “realidade” analisada, as linhas de força e de fragilidade, os pontos de resistência e os pontos de ataque possíveis (FOUCAULT, 2010d). Não se trata de dizer uma “verdade” muda, oculta nas políticas de alternativas penais à prisão, mas de, a partir da reflexão sobre elas, forjar instrumentos de luta contra certas formas de poder implicadas nos modos como pensamos e atuamos em relação ao crime, constituindo a pesquisa acadêmica enquanto uma prática política (Foucault, 2010e).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 1, mar. 2004.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. *Dez Anos da Política Nacional de Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.
- CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006*. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A solução não é punir menos, é punir melhor*. 2010. Anúncio 127 x 266. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/campanhas/revista-e-jornais/anuncio_127x266.pdf>. Acesso em 01/08/2012.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

FISCHER, Rosa Maria Bueno. Foucault e a análise de discurso em educação. *Cadernos de Pesquisa*, n. 114, p. 197-223, nov. 2001.

FOUCAULT, Michel. *A Arqueologia do Saber*. 7.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. 3.ed. Rio de Janeiro: NAU, 2008.

_____. Diálogo sobre o Poder. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.) *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010a, p. 252-266. (Coleção Ditos & Escritos, v. 4).

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____. Poder e Saber. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.) *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010b, p. 223-240. (Coleção Ditos & Escritos, v. 4).

_____. "Omnes et singulatum": uma Crítica da Razão Política. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.) *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010c, p. 355-385. (Coleção Ditos & Escritos, v. 4).

_____. Preciso sobre o Poder: respostas a certas críticas. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.) *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010d, p. 270-280. (Coleção Ditos & Escritos, v. 4).

_____. Os Intelectuais e o Poder. In: MOTTA, Manoel Barros da (Org.) *Estratégia, poder-saber*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010e, p. 37-47. (Coleção Ditos & Escritos, v. 4).

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: ICC/Revan, 2008.

KANT DE LIMA, Roberto. Constituição, Direitos Humanos e Processo Penal Inquisitorial: Quem Cala, Consente?. *Dados: Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 33, n.º 3, p. 471-88, 1990.

_____. Os Cruéis Modelos Jurídicos de Controle Social. *Revista Insight Inteligência*, ano VI, n. 25, p. 130-47, junho de 2004. Disponível em: <<http://www.insightnet.com.br/inteligencia/25/PDF/1125.pdf>>. Acesso em 02/08/2012.

_____. *A polícia da cidade do Rio de Janeiro: seus dilemas e paradoxos*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 1-6.

_____; AMORIM, Maria Stella de; BURGOS, Marcelo Baumann. A administração da violência cotidiana no Brasil: a experiência dos Juizados Especiais Criminais. In: _____ (Org.). *Juizados Especiais Criminais, Sistema Judicial e Sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Exposição de Motivos da Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984. In: BRASIL. *Código Penal e Constituição Federal*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Exposição de Motivos nº 689, de 18 de Dezembro de 1996. In: *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, n. 25, p. 4487, 20 fev. 1997.

_____. Portaria n. 153, de 27 de fevereiro de 2002. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 40, p. 44-5, 28 fev. 2002. Seção 1.

_____. Portaria n. 2594, de 24 de novembro de 2011. Cria a Estratégia Nacional de Alternativas Penais – ENAPE. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 227, p. 38, 28 nov. 2011. Seção 1.

MISSE, Michel. *Sobre a acumulação social da violência no Rio de Janeiro*. Civitas, Porto Alegre, v. 8, n. 3, p. 371-385, set-dez. 2008.

_____. *Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria “bandido”*. Lua Nova, São Paulo, n. 79, p. 15-38, 2010.

PINTO, Nalayne Mendonça. *Penas e Alternativas: um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004)*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da UFRJ, Rio de Janeiro, 2006.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem de Veto nº 1.447, de 25 de novembro de 1998. In: *Diário Oficial da União*, Brasília, n. 227, p. 37-8, 26 nov 1998. Seção 1.

SANTOS, André Leonardo Copetti. É constitucional a expansão normativa do controle social no Brasil?. *Direito e Justiça: reflexões sociojurídicas*, v. 11, n. 16, p. 255-286, 2011. Disponível em:

<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/download/705/364>. Acesso em 07/07/2011.

SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; CENTRAL NACIONAL DE APOIO E ACOMPANHAMENTO ÀS PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS. *Manual de Monitoramento das Penas e Medidas Alternativas*. Brasília: Panfler, 2002. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentoID=%7BFA8C6B99%2D050E%2D4E95%2D8BEF%2DB42A6CD1DA6F%7D&ServiceInstUID=%7B88A12453%2D93A8%2D4714%2DA653%2D7573CAA2B954%7D>>. Acesso em 20/07/2012.

VEYNE, Paul. Foucault revoluciona a história. In: _____. *Como se escreve a história*. Brasília: UNB, 1998.

O MERCADO DE DROGAS ILÍCITAS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Katie Silene Cáceres Arguello¹

RESUMO

Este trabalho pretende – a partir do marco teórico da criminologia crítica, cujo horizonte é o da deslegitimação do sistema de justiça criminal como instrumento adequado para solucionar conflitos sociais – analisar o tratamento dispensado aos condenados pelos delitos tipificados na Lei 11.343/06 (Lei de Drogas), para demonstrar que as pessoas envolvidas no mercado de drogas ilícitas são selecionadas, com base nos estereótipos do autor, como os principais inimigos do Direito Penal na atualidade. A metodologia a ser utilizada concilia pesquisa bibliográfica teórica, análise de dados oficiais, assim como alguns dados etnográficos coletados em pesquisa de campo realizada no Presídio Feminino de Piraquara, onde foram realizadas 145 entrevistas com as mulheres condenadas por tráfico de drogas. A condenação por tráfico de drogas ilícitas tem sido uma das maiores responsáveis pelo grande encarceramento na atualidade, inclusive no Brasil, segundo demonstram as estatísticas oficiais. As condenações por tráfico de drogas têm sido responsável pelo aumento do encarceramento das mulheres em nosso país. O traficante de drogas é considerado o principal inimigo no Direito Penal, pois a imagem que a imprensa produz do traficante é a de um ser mau, perverso, perigoso, violento, mas poucos são os que questionam essa imagem e os efeitos perversos da intervenção do próprio sistema de justiça criminal.

¹ Professora adjunta da Faculdade de Direito da UFPR. Mestra em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Paris 8. E-mail: k.arguello@uol.com.br

Palavras-chave: Drogas ilícitas, Direito Penal do inimigo, descriminalização.

ABSTRACT

This work intends to – from the theoretical framework of critical Criminology, whose horizon is the delegitimization of the criminal justice system as an instrument suitable for solving social conflicts – analyze the treatment meted out to convicts for crimes described in Law 11.343/06 (Drug Law) to demonstrate that the people involved in the illicit drug market are selected on the basis of stereotypes of the author, as the main enemies of criminal law at the present time. The methodology to be used in reconciling the theoretical literature search, analysis of official data, selected case law, as well as some ethnographic data collected in field research conducted in female Prison Piraquara, where they were performed 145 interviews with women convicted of drug trafficking. The conviction for trafficking in illicit drugs has been one of the greatest responsible for great incarceration today, including in Brazil, according to the official statistics. Convictions for drug trafficking have been responsible for the increase in the incarceration of women in our country. The drug dealer is considered the main enemy in criminal law, because the image that the press produces the trafficker is a bad, wicked, dangerous, violent, but there are few who question this image and the perverse effects of the intervention of the criminal justice system.

Key words: *Illegal drugs, criminal law of the enemy, decriminalization.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende analisar o tratamento dispensado ao traficante de drogas como inimigo no direito penal. Num primeiro momento, delinearemos os principais pressupostos da teoria de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo e empreenderemos algumas críticas fundamentais à teoria, especialmente à forma como ela racionaliza a violência estatal e cria riscos para o Estado Democrático de Direito.

Num segundo momento, analisaremos como o discurso sobre as drogas¹ é uma construção social, assim como o discurso sobre o inimigo/traficante é construído pelo imaginário social e pela mídia.

Finalmente, analisaremos alguns aspectos da Lei 11.343/06 que possui contornos de legislação penal de emergência feita contra os inimigos no Direito Penal e analisaremos estudos empíricos que demonstram o caráter punitivista da Lei e o elevado grau de seletividade que ela propicia no sistema de justiça criminal. Analisaremos mais particularmente o perfil das “inimigas” no direito penal, a partir de um estudo de caso sobre mulheres condenadas por tráfico de drogas na região metropolitana de Curitiba.

1. DIREITO PENAL DO INIMIGO

Pretende-se delinear a teoria de Günther Jakobs sobre o Direito Penal do inimigo, estabelecendo algumas noções sobre o tema para realizar uma crítica acerca dos riscos que uma teoria aparentemente “descritiva”² pode representar, especialmente

¹ Neste item, em especial, utilizaremos de parte de um artigo nosso, com algumas modificações, intitulado “O fenômeno das drogas como um problema de política criminal”, 2012, no prelo.

² Um dos argumentos levados a cabo por Günther Jakobs é o de que “um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a

quando importada por países da América Latina, onde não há necessidade de mais teorias para legitimar o agigantamento da violência institucional produzida pelos aparelhos repressivos do Estado. Aqui, o Direito Penal do inimigo existe nos fatos e seria ainda mais terrível a sua legitimação dogmática.

Na América Latina, segundo Zaffaroni,

*“todo suspeito é tratado como inimigo, apesar da legitimação do direito processual penal. Em geral, a categoria do inimigo não é expressamente introduzida ou não são feitas referências claras a ela no direito ordinário, visto que ao menos intui-se sua incompatibilidade com o princípio do Estado de direito. Porém, com má consciência, legitima-se ou ignora-se o tratamento que, naquelas condições, é atribuído a um número enorme de pessoas.”*³

De fato, a aproximação teórica do Direito Penal do inimigo na América Latina não é “ideologicamente inocente”, segundo demonstra Manuel Cancio Meliá: “Com toda certeza, qualquer concepção teórica pode ser corrompida ou usada para fins ilegítimos; não se pretende aqui negar essa realidade. Porém, é um fato que a Corte Constitucional colombiana tem declarado recentemente inconstitucional – aplicando,

perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo”. JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo *in* JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.49-50.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio LamarãoRio de Janeiro: Revan, 2007, p. 189-190.

expressamente, o conceito de Direito Penal do inimigo desenvolvido por Jakobs – vários preceitos penais promulgados pelo presidente.”¹

Por esta razão, segundo Meliá, há necessidade de estabelecer a diferença estrutural entre o Direito Penal e o Direito Penal do inimigo, afinal, não existem concepções teóricas jurídico-penais neutras, das quais não se possa fazer o uso ilegítimo: “a) o Direito Penal do inimigo não estabiliza normas (prevenção geral positiva), mas denomina determinados grupos de infratores; b) em consequência, o Direito Penal do inimigo não é um Direito Penal do fato, mas do autor.”²

O inimigo é na realidade o destinatário da norma penal que consiste num grupo específico potencialmente capaz de cometer infrações e supostamente incapaz de conviver socialmente. O poder punitivo de fato sempre discriminou os seres humanos destinatários da norma penal, conferindo-lhes tratamento punitivo não correspondente à condição de *pessoa*, mas de “ente perigoso ou daninho”.³ A esses *inimigos* da sociedade é negado o direito de serem responsabilizados penalmente dentro dos limites do Direito Penal liberal, em conformidade às garantias conferidas pelos Direitos Humanos do cidadão.

“Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos etc.) lhe sejam

¹ MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do inimigo? in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 75.

² MELIÁ, op. cit., p. 75.

³ ZAFFARONI, op. cit., p. 18.

*reconhecidos. Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.”*⁴

Jakobs justifica filosoficamente o Direito Penal do inimigo para, em síntese, afirmar que o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma enquanto o Direito Penal do inimigo combate a periculosidade.

*“Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito penal do inimigo é Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. Afinal de contas, a custódia de segurança é uma instituição jurídica. Ainda mais: os cidadãos têm direito de exigir do Estado que tome medidas adequadas, isto é, têm um direito à segurança, com base no qual Hobbes fundamenta e limita o Estado: finis oboedientiae est protectio.”*⁵

⁴ ZAFFARONI, op. cit., p. 18.

⁵ JAKOBS, op. cit., p. 29.

Para Jakobs, o Direito Penal conhece duas tendências em suas regulações: “Por um lado o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.”¹ O homicida seria um exemplo do primeiro caso e o chefe de uma associação terrorista seria o exemplo do segundo caso, o qual deve ser tratado como inimigo numa guerra, sem direitos, sem garantias, deve ser mantido sob custódia de segurança antecipada.

O inimigo é *não pessoa*: “quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.² Portanto, o inimigo não se pune de acordo com a sua culpabilidade, mas segundo a sua periculosidade; não se pune com pena, mas com medida de segurança; as medidas contra ele não se voltam para os fatos, o passado, o que ele fez, mas se dirigem ao futuro³ e ao perigo que ele representa; finalmente, o inimigo não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação.

O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma enquanto o Direito Penal do inimigo combate os perigos representados pelo inimigo. Nesse sentido, o Direito Penal do inimigo adianta no âmbito da proteção da norma para alcançar os atos preparatórios e, ainda que a pena seja desproporcional, justifica-se pela antecipação da proteção penal. No caso do cidadão que tenha praticado um crime ocasional, somente após a exteriorização da conduta a reação penal incide, confirmando a vigência da

norma. Com relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), a reação é antecipada, em razão da sua periculosidade.⁴

Teoricamente, o Direito Penal do cidadão é o Direito Penal de todos, enquanto o Direito Penal do inimigo é contra aqueles que atentam permanentemente contra o Estado. O cidadão é alguém que após ter praticado um crime ainda oferece garantias de que se conduzirá como pessoa que age com fidelidade ao Direito, enquanto o inimigo não oferece essa garantia.

O Direito Penal do inimigo é um modelo cuja finalidade é segregar os que devem ser considerados inimigos do Estado, portanto, não possuem as garantias fundamentais dispensadas aos cidadãos. Com punições severas e desproporcionais são afastados da sociedade aqueles que estão em constante “guerra” com o Estado.

Essa divisão entre cidadão e inimigo funda-se no conceito de personalidade do autor do fato delitivo que, segundo Jakobs, não pode se manter “de modo puramente contrafático, sem nenhuma confirmação cognitiva”,⁵ mas o resultado da sua teoria é o de reintroduzir um Direito Penal do autor e racionalizar a violência estatal, dando-lhe legitimidade legal. Nesse sentido, vejamos a crítica elaborada por Cirino dos Santos:

“Na lógica de extermínio do direito penal do inimigo concebido por JAKOBS, o cidadão/pessoa cometeria apenas deslizes, porque não seria um delinquente por princípio e, por isso, a aplicação da pena estatal teria o significado de mera contradição fática; em contrapartida, o indivíduo/inimigo praticaria violência para destruir o Estado, porque seria um criminoso por princípio e, por isso, a aplicação da pena estatal

¹ JAKOBS, op. cit., p. 37.

² JAKOBS, op. cit., p. 42.

³ JAKOBS, op. cit., p. 43-44.

⁴ JAKOBS, op. cit., p. 43-44.

⁵ JAKOBS, op. cit., p. 34.

não teria o significado de simples contradição fática, mas de guerra oficial para garantir o direito de segurança dos cidadãos. [...] A tese da desigualdade formal perante a lei entre cidadãos e inimigos contradiz o princípio democrático que inspirou as revoluções burguesas, fundadas na desigualdade real da relação capital/trabalho assalariado, mas instituídas sob a igualdade formal de uma legalidade geral aplicável a todas as pessoas, durante todo o tempo – precisamente o que JAKOBS rejeita. [...] a proposta do direito penal do inimigo promove um modelo autoritário de controle social, que acaba por inviabilizar mínimas promessas constitucionais de democracia real para o povo.¹

Para Zaffaroni, a noção de inimigo no Direito Penal é incompatível com o Estado de direito, pois merece discussão a questão sobre se os direitos dos *cidadãos* podem ser reduzidos para individualizar aqueles que são considerados *inimigos*:

“A admissão resignada de um tratamento penal diferenciado para um grupo de autores ou criminosos graves não pode ser eficaz para conter o avanço do atual autoritarismo cool no mundo, entre outras razões porque não será possível reduzir o tratamento diferenciado a um grupo de pessoas sem que se reduzam as garantias de todos os cidadãos diante do poder punitivo, dado que não sabemos ab initio quem são essas pessoas. O poder seletivo está sempre nas mãos de agências que

¹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In: *Liber Amicorum*: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 549.

o empregam segundo interesses conjunturais e o usam também com outros objetivos”²

2. O INIMIGO E A GUERRA: A CONSTRUÇÃO SOCIAL DO INIMIGO

Segundo Alejandro Aponte, o inimigo é sempre construído em conjuntura de estados de exceção, como “normas de emergência dirigidas contra atores específicos”. Não se trata de alguém que se comporta como inimigo, pois os casos de um grande terrorista, de um suicida, de um genocida são extremos, não são os casos gerais. Em regra, o inimigo é quem é definido como tal no âmbito de normas tão difusas como as que instituem como crime a lavagem de dinheiro, o crime organizado, o tráfico de drogas, o terrorismo. Tudo depende, em síntese, de uma decisão sobre quem será definido como inimigo.³

A droga também é objeto de uma definição, é um “bode expiatório por excelência” e a palavra, em si, constitui um estereótipo, dada a sua imprecisão e generalização.⁴ Na linguagem comum, droga é “toda substância capaz de alterar as condições psíquicas, e às vezes físicas, do ser humano, da qual, portanto, se pode esperar qualquer coisa”.⁵ Segundo Rosa Del Olmo, são criados diversos “discursos contraditórios que contribuem para distorcer e ocultar a realidade social da ‘droga’, mas que se apresentam como modelos explicativos universais.”⁶

² ZAFFARONI, op. cit., p. 191-192.

³ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 64, jan-fev/2007, p. 19-20.

⁴ OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Temis, 1988, p. 2.

⁵ OLMO, op. cit., p. 2.

⁶ OLMO, op. cit., p. 2.

Não é a toxidade da substância que a definirá como droga, pois há substâncias tóxicas que não são definidas como droga, razão pela qual o conceito de droga não pode obter estatuto científico ao se fundar em apreciação *política e moral*: “a palavra ‘droga’ carrega consigo uma noção de norma e de proibição; ela faz alusão a algo a que devemos manter distância: indica uma separação social. Por essa razão, ‘droga’ não é um conceito descritivo, mas avaliativo”, conforme assinala Vincenzo Ruggiero.¹

Nesse sentido, “a produção dos discursos é uma prática orientada pela estrutura social que inclui elementos de poder e de controle”.² Em cada momento histórico, e segundo determinados interesses políticos, econômicos, geopolíticos ou pânticos sociais gerados pelos *empresários da moral*, há um discurso diferenciado e até mesmo contraditório sobre determinadas drogas.³ Daí a necessidade de analisar o papel dos “empresários da moral”, em especial daqueles que criam regras, como advogados e médicos, pela capacidade que possuem de organizar o discurso a partir dos *sentimentos e percepções* do público, “dramatizando” ou “demonizando” o problema por meio de cruzadas morais contra o mal;⁴ o papel dos “empresários da repressão”,

¹ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados*: ensaios de antecriminologia. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 81.

² OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 119.

³ Nesse sentido, remeto a outro artigo em que trabalho os diferentes discursos construídos socialmente sobre as drogas: ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como problema de política criminal, 2012 (no prelo, in Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR).

⁴ BECKER, Howard. *Outsiders*: studies in the sociology of deviance. New York: Free Press, 1991, p. 155. Apenas alguns cruzados morais conseguem obter sucesso na criação de uma nova regra e, ao criar a nova regra, cria

que aplicam as regras e legitimam a política criminal; e os “empresários da comunicação”, que desempenham o papel da manipulação da informação por meio de técnicas específicas e ampliam o sentimento de pânico da população. Assim, Rosa Del Olmo consegue perceber uma “simbiose entre os aspectos simbólicos que perseguem os *empresários da moral* (acabar com o vício e o pecado) e os interesses instrumentais (ampliar seu âmbito de competência) das polícias e outros corpos de segurança”.⁵

Assim como o discurso sobre a droga é uma construção social, o traficante de drogas também é produto de uma construção do imaginário social, que aparece, segundo Orlando Zaccone, como:

“Um homem ou mulher sem nenhum limite moral, que ganha a vida a partir de lucros imensuráveis às custas da desgraça alheia, que age de forma violenta e bárbara, ou seja, uma espécie de incivilizado, aos quais a prisão é destinada como metáfora da jaula. O traficante é sempre um ser perigoso e o seu encarceramento se justifica para além da realização do direito, como uma verdadeira necessidade face à sua natureza de ‘fera’. O discurso do medo ganha retoques inquisitoriais com a ‘demonização’ do traficante, fato esse que encontra na mass media a força do verdadeiro ‘empresário moral’”.⁶

também um novo grupo de “estranhos” (*outsiders*). Do mesmo modo que frequentemente a criação de um conjunto de novas regras cria um conjunto de agências administrativas para as reforçar.

⁵ Cf. OLMO, op. cit., p. 120.

⁶ ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 118.

Nessa perspectiva, entra em cena o famoso teorema de Thomas: “quando se afirma uma determinada imagem da realidade, esta imagem tem efeitos reais”.¹ Ao associar ao traficante a imagem de ser cruel, violento, perverso, sem compaixão, perigoso, legitima-se a atuação violenta do Estado contra este inimigo interno por excelência, embora os estudos empíricos realizados entre os selecionados pelo sistema de justiça criminal demonstrem o contrário, que a imensa maioria dos traficantes presos são pegos desarmados e não são violentos. Existe, conforme assinala Zaccone, uma “presunção de violência, sem previsão legal, para aqueles autuados no tráfico de drogas.”²

O inimigo interno, na transição da ditadura para a democracia em nosso país tornou-se o “traficante” em lugar do “terrorista”, sendo que o sistema de controle social, inclusive o midiático construiu um novo estereótipo, que se multiplicaria: o do jovem pobre, negro, morador de favelas e traficante.³

Apesar de os meios de comunicação e a polícia instigarem o medo, ao estabelecerem vinculação entre a violência e a participação dos setores subalternos no tráfico, é a própria repressão ao tráfico que gera maior violência, não apenas pelo confronto direto entre traficantes e agentes da repressão como pela própria impossibilidade de utilizar meios lícitos para a resolução de conflitos entre os traficantes, além da profusão de armamentos que esse conflito alimenta, sendo que a

intervenção do sistema de controle penal é fator determinante no aumento da violência.⁴

Todavia, o alvo da guerra às drogas é o setor menos ofensivo do tráfico ilícito, segundo demonstra Zaccone:

*“Hoje, a grande maioria dos presos no tráfico de drogas é formada pelos chamados ‘aviões’, ‘esticas’, ‘mulas’, verdadeiros ‘sacoleiros’ das drogas, detidos com uma ‘carga’ de substância proibida, através da qual visam obter lucros insignificantes em relação à totalidade do negócio. Estes ‘acionistas do nada’, na expressão de Nils Christie, são presos, na sua imensa maioria, sem portar sequer um revólver. Dos 1.708 flagrantes, lavrados nas delegacias da capital do Rio de Janeiro, no ano de 2000, apenas 95 armas foram apreendidas. No ano de 2001, as estatísticas apontam para a apreensão de 145 armas nos 1.810 flagrantes de tráfico. Já no ano de 2002 foram 89 armas apreendidas num total de 1.625 flagrantes. Menos de 10% dos presos no tráfico de entorpecentes portam arma de fogo, o que nos leva a concluir que a chamada ‘guerra contra as drogas’ tem como alvo o setor mais fraco e inofensivo do comércio ilícito de drogas.”*⁵

Apesar dessa realidade, a mídia associa o tráfico à violência e o (a) traficante a um ser do mal, temível pela possibilidade de criar um “estado paralelo”, “paramilitar”, “voltado à destruição do Estado”, conforme assevera Zaccone: “A

¹ BARATTA, Alessandro. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 112-138.

² ZACCONE, op. cit., p. 119.

³ Cf. MALAGUTI BATISTA, Vera. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 40.

⁴ Cf. KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganos: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 42.

⁵ ZACCONE, op. cit., p. 116-117.

relação entre o tráfico de drogas e violência é um sentido construído pelos *media*, produzindo a idéia de que todas as pessoas envolvidas no comércio de drogas ilícitas são “bárbaros” e insuscetíveis de recuperação, sendo o recrudescimento penal o único caminho possível para o Estado na questão das drogas.”¹

Concordamos com Massimo Pavarini quando afirma que a *metáfora da guerra* constitui a melhor expressão do *populismo penal* na atualidade.² Na América Latina estamos mais próximos da compreensão dos efetivos riscos do Direito Penal do inimigo, conhecido *avant la lettre*, na práxis da colonização que tratou como *não pessoas* índios e negros escravizados. O Direito Penal do inimigo para a América Latina teve vigência para os negros escravos e, ainda hoje mantém o rigor contra seus descendentes, os quais constituem a maioria encarcerada ou executada sumariamente na guerra ao tráfico de drogas. O sistema penal da nova ordem mundial, conforme assevera Nilo Batista, cumpre a tarefa de “filicídio”, antes desempenhada somente pela guerra.³

Com o fim da guerra fria e a aparente vitória da economia de mercado, o Estado se limita à “gestão policial e judiciária”⁴ dos excluídos que supostamente perturbam a ordem instituída. Ao retirar-se das funções que fundamentaram sua *legitimação política*, na esfera de um consenso de cidadania, o Estado desloca sua

autoridade para a esfera da “proteção contra os perigos à segurança pessoal”, onde se vislumbra o espectro de um “potencial inimigo interno” a ser combatido.⁵

3. A LEI 11.343/06 E OS(AS) SEUS(SUAS) INIMIGOS(AS)

O Direito Penal do inimigo, por se tratar de um modelo de extrema politização, cujas normas não obedecem à dogmática e sim uma reação conjuntural, emergencial, torna-se uma “máquina de produção de seletividade”, pois “nele não são julgados realmente aqueles que no discurso legitimador deste modelo de reação penal aparecem como destinatários da sua norma”,⁶ segundo assevera Alejandro Aponte.

“Não são os grandes terroristas, nem os grandes líderes do narcotráfico nem do crime organizado, nem os grandes sequestradores, aqueles que são julgados na realidade. Estes se encontram por fora do alcance da norma penal, não fazem parte do circuito de aplicação da lei, seja porque se tratam de atores armados que combatem o Estado e que se ocultam em terrenos apartados, seja porque se tratam de grandes delinquentes, que pressionam de tal maneira o Estado, que não estão sujeitos à aplicação da norma penal. Ocorre, frente ao direito e a violência, um fato paradoxal: quanto mais violência um ator exerça contra o Estado e a sociedade, com menor severidade será tratado; ao contrário, se a violência que exerce não é tão grande, pode ser sujeito de uma reação mais

¹ ZACCONE, op.cit., p. 121-122.

² Cf. PAVARINI, Massimo. Democracia y seguridad. In: PORTALES, Rafael Enrique Aguilera (coord.). *Políticas de seguridad pública*. México: Porrúa, 2011, p. 19.

³ BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: *Revista Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, n. 5 e 6, 1998, p. 91.

⁴ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 30.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 193.

⁶ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 64, jan-fev/2007, p. 26.

endurecida. Por esta razão, o direito penal do inimigo não é uma arma de luta contra a grande delinquência, ele é pura retórica. É um modelo edificado sobre normas de caráter simbólico que terminam sendo aplicadas, seletivamente, a pequenos delinquentes ou, simplesmente, a pessoas inocentes.”¹
(Sem grifos no original)

Nesse sentido, também assevera Paulo Busato: “O Direito penal tem se tornado, cada vez mais, uma mera ferramenta simbólica, manejada com o propósito de dar uma falsa impressão de segurança em uma sociedade de incremento das desigualdades”.²

No entanto, os “empreendedores morais” (Becker) estão sempre dispostos a expandir o âmbito de controle penal, pedem leis penais mais rigorosas, mais leis penais, menos “impunidade”, quando vivemos num País e numa época em que a punição sofreu um imenso recrudescimento, notadamente no que diz respeito ao tráfico de drogas.

Segundo dados estatísticos do DEPEN,³ de dezembro de 2011, temos uma população carcerária de 514.582 pessoas, sendo que a prática dos crimes patrimoniais (240.642) e do tráfico de entorpecentes (125.744) responde pela maior parte da população encarcerada (366.386). O perfil do traficante é, segundo tais estatísticas, o

do jovem, afrodescendente e pobre, embora nos últimos anos tenha aumentado significativamente o encarceramento de mulheres por tráfico de drogas.⁴

Esses dados confirmam apenas a *seletividade* do sistema de justiça criminal, pois a criminalidade, na perspectiva criminológico-crítica, não é uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, e sim a atribuição de um *status* a determinados indivíduos, por meio de uma dupla seleção: primeiramente, “a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais”; depois, “a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas”.⁵

Se a regra do funcionamento do sistema de controle penal é a da *seletividade*, a lógica do Direito Penal do inimigo que aparece como uma forma de racionalização da violência na contemporaneidade, eleva significativamente tal seletividade, com o expansionismo de um Direito Penal emergencial o qual incide seletivamente entre os setores mais vulneráveis da sociedade. Um exemplo bem atual desse tipo de legislação dirigida ao inimigo é a atual Lei 11.343/06, que recepcionou o clamor do público e da mídia pelo aumento da pena mínima para do crime de tráfico para cinco anos de reclusão. Manteve, no entanto, a ideologia de diferenciação usuário/doente,

¹ APONTE, op. cit., p. 27.

² BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? In: *Revista Brasileira de ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 66, maio-junho/2007, p. 357.

³ DEPEN. Disponível em <<http://www.infopen.gov.br>>, acesso em jul/12.

⁴ Em pesquisa que coordeno (ainda em andamento), cadastrada no grupo de criminologia crítica (CNPq) e realizada com a participação de alunos da graduação e da pós-graduação, no Presídio Feminino de Piraquara, intitulada “O tráfico de drogas e as mulheres condenadas”, na qual foram entrevistadas 145 mulheres condenadas por tráfico de drogas, observamos que elas ressentem, sobretudo, a *perda do papel de mãe*, tendo sido majoritariamente presas com uma quantidade pequena de drogas (varejistas), a maioria sem jamais ter usado armas.

⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161.

traficante/delinquente. O uso continua criminalizado, mas ao usuário não é mais imposta a pena de prisão. Entretanto, a manutenção da criminalização do usuário aumenta a arbitrariedade das agências oficiais de controle penal que funcionam a partir das metarregras, as quais determinam, em última instância, o juízo sobre quem será criminalizado como usuário ou como traficante.

O artigo 33 da Lei 11.343/06 dá margem a diversas críticas, a começar pela falta de proporcionalidade ao prever dezoito verbos nucleares integrantes do tipo penal, sem distinguir as diversas ações típicas, além da disparidade das quantidades de pena para cada núcleo do tipo e da inexistência de tipos penais intermediários capazes de graduar a pena de maneira proporcional. O magistrado tem de se guiar por uma zona obscura que vai do mínimo ao máximo de pena, em condutas muito distintas que muitas vezes sequer coloca efetivamente em risco o bem jurídico que se diz tutelar, sem exigir a finalidade especial de lucro ou de comercialização, o que redundaria em punições extremadas e injustas.¹

A possibilidade de graduação da pena está no § 4º do art. 33, que prevê a redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa. Entretanto, a questão que paira sobre esse parágrafo é sobre se ele seria suficiente para diferenciar as condutas e permitir uma resposta proporcional à violação da lei penal.

¹ Cf. BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos.2009-11-3-.4551538167/at_download/anexo>, acesso em 07/10/2012, p. 6. CARVALHO, Salo. A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 191-192.

Em pesquisa de campo realizada no Rio de Janeiro e no Distrito Federal, a partir de 730 sentenças condenatórias com base na Lei 11.343/06 os dados demonstram efetivamente um Direito Penal do inimigo (no sentido de um Direito Penal do autor) vigente não apenas na legislação, mas essencialmente na interpretação da lei penal, conforme veremos, a partir de alguns dados significativos: a) a maioria dos traficantes selecionados pelo sistema de justiça criminal atua de forma individual ou foi presa nessa situação. Quando não atuavam sozinhos, havia no máximo duas pessoas agindo conjuntamente; b) há uma significativa condenação do sexo feminino, em especial na Vara Federal do Rio de Janeiro; c) a quantidade de droga apreendida é normalmente muito baixa (em Brasília, 68,7% dos processos são casos em que a quantidade de maconha apreendida era inferior a 100g, sendo que o maior número de apreensões se deu entre 10 g a 100 g; no Rio de Janeiro, em 50% dos casos a quantidade foi de 104 g de maconha e cocaína, de 100 g a 1 kg, em 28,8%, sendo que em 50% das situações, foi de até 106 g); d) a expressiva maioria, em ambas capitais, foi de presos em flagrante, o que indica a “casualidade do encontro da droga”; e) Em 60,4% das condenações não há concurso material entre o crime de tráfico e outros crimes. O que aparece em concurso é a associação para o tráfico, no Rio de Janeiro, em 30,2 % dos casos; f) há um número significativo de condenados primários, sendo que no Rio de Janeiro chega a 66,4 %.²

Apesar de todos esses dados anteriores, na análise da quantificação da pena de prisão aplicada aos condenados tanto no Distrito Federal quanto no Rio de Janeiro

² Cf. BOITEUX, Luciana. Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos.2009-11-3-.4551538167/at_download/anexo>, acesso em 07/10/2012.

verificou-se que a pena de prisão ficou em cinco anos ou acima do mínimo. Portanto, na maior parte dos casos, a pena aplicada não ficou abaixo do mínimo legal, confirmando que a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 não é aplicada, e normalmente sem justificativa.¹

“Foi detectada a ausência de justificativa por parte do magistrado para denegar a redução da pena em 36,2 % dos casos no Rio de Janeiro e em 39,7% dos processos da capital federal. Porém, o que mais chama a atenção é a quantidade de processos nos quais o juiz presume que o réu se dedique a atividades criminosas ou integre organizações criminosas, com base em meras suspeitas, ou seja, presume a sua culpabilidade para o fim de negar a redução das penas. No Rio de Janeiro tal situação ocorreu em quase 40 % dos casos, enquanto que no Distrito Federal se deu apenas em 6,3 % dos processos, ou seja, houve uma diferença significativa entre as cidades. [...] Na análise quantitativa das sentenças, um dos juízes estaduais cariocas justificou a rejeição à redução da pena dizendo que “quem vende drogas em favelas e/ou comunidades dominadas por facções criminosas não pode fazer jus a tal benefício” – em referência ao § 4º do art. 33.”²

Essa interessante pesquisa demonstra a *seletividade* do sistema de justiça criminal seja pela interpretação judicial punitivista voltada contra os setores mais

vulneráveis da escala social, seja pelo fato de demonstrar a pró-atividade das autoridades –“flagrantes e incursões policiais”– no tocante à questão das drogas, produzindo “efeitos perversos” como a corrupção policial.³

4.1. Mulheres criminalizadas por tráfico: um estudo de caso

A *seletividade* do sistema de controle penal no que se refere ao tráfico de drogas ficou bastante evidente na pesquisa que realizamos no Presídio Feminino de Piraquara, analisando o perfil socioeconômico das mulheres condenadas pelo tráfico de drogas.⁴

Foram realizadas 145 (cento e quarenta e cinco) entrevistas com mulheres condenadas pelo tráfico de drogas, mas os resultados que apresentaremos aqui se referem aos 132 casos já tabulados na pesquisa (no que se refere à parte objetiva). O formulário aplicado se divide em três blocos: de informações pessoais, sobre o crime e o cárcere e o perfil socioeconômico. Apesar do perfil heterogêneo no que tange à faixa etária, aproximadamente 39% das entrevistadas apresentavam entre 18 (dezoito) e 29 (vinte e nove) anos, portanto, bastante jovens. A escolaridade, se comparada à dos homens presos certamente é um pouco mais elevada, mas mesmo assim ainda é baixa,

³ Cf. BOITEUX, op. cit., p. 21.

⁴ Em pesquisa que coordeno (ainda em andamento), cadastrada no grupo de criminologia crítica (CNPq) e realizada com a participação de alunos da graduação e da pós-graduação, no Presídio Feminino de Piraquara, intitulada “O tráfico de drogas e as mulheres condenadas”, na qual foram entrevistadas 145 mulheres condenadas por tráfico de drogas, mas foram tabuladas apenas 132 entrevistas com respostas objetivas e parte do relatório das questões subjetivas. De qualquer modo, o resultado até agora alcançado é consistente para uma breve análise. Participaram da pesquisa os mestrands Mariel Muraro, Vitor Stegemann Dieter, Washington Pereira da Silva dos Reis e os graduandos Gabriela Caramuru Teles, Thiago Garcia de Souza e Victor Sugamoto Romfeld. Os dados aqui expostos constam do relatório parcial da nossa pesquisa coletiva.

¹ BOITEUX, op.cit., p. 18.

² BOITEUX, op. cit., p. 18-19.

pois 40% delas não possuem o Ensino Fundamental completo; 15% possuem o Ensino Médio Completo e apenas 0,75% teve acesso ao Ensino Superior e 6,8% nunca estudou. Mesmo àquelas com escolaridade um pouco mais elevada, que conseguiram concluir o Ensino Médio, não houve melhoria na condição de trabalho, em sua quase totalidade, sempre submetidas a trabalhos subalternos e informais.

Aproximadamente 47% das mulheres condenadas por tráfico de drogas trabalharam alguma vez com carteira assinada. Entretanto, 86% das entrevistadas já exerceram alguma atividade sem carteira assinada, sendo que 66% delas afirmaram ter iniciado a trabalhar entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos. Dados estes que demonstram pertencerem à população de baixa renda.

75% delas afirmaram que a pena recebida foi muito rigorosa. E, de fato, pelos dados obtidos, a maioria ficou acima do mínimo legal, mas como não analisamos as sentenças ainda não há como saber qual a justificativa, por exemplo, para a denegação do benefício do § 4º do art. 33. A maioria incidiu no tipo penal do art. 33 e somente excepcionalmente também no art. 35 (associação para o tráfico), e em geral não eram usuárias de drogas. Das 132 entrevistas analisadas, 79,54 % delas nunca portaram armas, apenas 20,45 % delas já portaram arma. Majoritariamente, elas não possuíam condenações pela prática de outros crimes além do tráfico e nem participavam de organizações criminosas, além de terem sido presas com quantidade pequena de drogas, em geral.

Por um lado, o aumento de prisões femininas leva a crer que a mulher se volta ao mercado de ilicitudes como meio de subsistência, por outro lado, é plausível também que o aumento da repressão ao tráfico nos últimos anos tenha alcançado o gênero feminino, pois o art. 33 envolve tantos núcleos verbais (*importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a*

consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar) que aumenta significativamente a possibilidade de arbitrariedade do sistema de controle penal. Existe uma relação entre os interesses instrumentais de ampliação do âmbito de competência dos *corpos de segurança* com aquilo que Raúl Zaffaroni denominou “poder configurador positivo” do sistema de justiça criminal que, sob o pretexto de “prevenir, vigiar ou investigar” adquire um verdadeiro poder político que se torna um poder punitivo marginal às instituições,¹ dessa maneira ampliando o *Estado de Polícia*. 62% das entrevistadas afirmam que a pena recebida representou a perda do papel de mãe, e 92% delas não recebem visita íntima. O sistema de justiça criminal quando incide sobre as mulheres representa uma duplicação da pena que se estende à sua vida privada e à relação com seus familiares, sobretudo os filhos, dos quais normalmente são afastadas.

Finalmente, 65% das mulheres entrevistadas tiveram de contratar um advogado para fazer a sua defesa, e isso trouxe um impacto na sua renda ou na da sua família, o que demonstra a urgência da institucionalização da Defensoria Pública no Estado do Paraná, tendo em vista os benefícios que ela poderá trazer à população de baixa renda.

Os dados sobre o perfil das mulheres presas por tráfico de drogas na pesquisa realizada no Presídio Feminino de Piraquara, associados a outros dados empíricos provenientes de pesquisas empíricas citadas neste artigo, desmentem o estereótipo do(a) traficante do senso comum midiático/lombrosiano, como um ser “mau”, “irrecuperável”, que deve ser tratado como “não pessoa”. As mulheres presas por tráfico são varejistas que não conseguiram nada mais do que manter a subsistência

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal* (vol. I), 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 52-53.

econômica da família (quando muito) em situação de pobreza e de desemprego; a maioria jamais portou armas ou realizou outro crime em concurso material com o tráfico. Normalmente, foram presas em flagrante com pouca quantidade de droga e, em muitos casos, na primeira tentativa de traficar. Na prisão, ressentem profundamente a perda do papel de mãe, a distância da família e o abandono a que estão sujeitas diante de uma pena considerada muito rigorosa, num lugar que somente as distancia ainda mais de qualquer probabilidade de reinserção no mercado de trabalho. Questionadas sobre com quem poderia contar ao sair da prisão, majoritariamente responderam: “com a família” ou apenas “com Deus”. O Estado não lhes propicia uma nova oportunidade e, sem ela, a tendência é retornar ao tráfico e à prisão, como ocorreu com algumas que já tinham passagem pelo mesmo tipo penal de tráfico de drogas. São pessoas absolutamente “descartáveis” para o mercado ilícito das drogas e “inassimiláveis” ao mercado de trabalho formal, especialmente após a passagem pela prisão. Elas podem ser facilmente substituídas por outros(as) que se enfileiram para assumir um lugar no supostamente “lucrativo” mercado de ilicitudes que lhes promete uma possibilidade de vida melhor do que aquela vivida por quem não tem nada mais a perder além da liberdade e da própria vida. Estas são as “não pessoas” cujos direitos individuais podem ser suspensos, às quais não se permite a presunção de inocência, e sim a de periculosidade.

Segundo Manuel Cancio Meliá, como o Direito Penal do inimigo reage de forma estruturalmente diversa à do Direito Penal do cidadão, acaba por reconhecer a capacidade de o infrator questionar a norma (atribui-lhe “competência normativa”), então, ao demonizar determinados grupos de autores, reprovando-os de modo desmedido, divulga seus atos. Consequentemente, a função do Direito Penal do inimigo pode ser visualizada como “criação (artificial) de critérios de identidade entre

os excludentes, mediante a exclusão.”¹ Se há algo que se pode, de fato, reconhecer no perfil dessas mulheres é a sua mais completa exclusão social, e não a periculosidade que lhe é atribuída como característica da sua personalidade, de modo artificial, pelas agências de controle penal e pelo controle social informal dos meios midiáticos.

CONCLUSÃO

No Brasil, se o Direito Penal do inimigo possui um endereçamento, ele se situa na guerra ao tráfico de drogas, ao pequeno traficante, aos varejistas, como as diversas pesquisas empíricas têm demonstrado, confirmando o seu lugar de Direito Penal do autor que condena o sujeito pelo que é e não pelo que fez, visando especialmente as classes subalternas da nossa sociedade. A filtragem se dá primordialmente pela polícia, com base nos fatores que aumentam a probabilidade de criminalização secundária, conforme já demonstrado por Augusto Thompson, quais sejam: a) maior visibilidade do ato; b) adequação do agente ao estereótipo do criminoso construído pela ideologia dominante (neste caso, não se deve subestimar o papel da mídia); c) impossibilidade de se utilizar da corrupção ou da prevaricação das agências oficiais de controle penal; d) maior probabilidade de ser submetido a violências e arbitrariedades (o que ocorre normalmente com as classes sociais subalternas).²

Os tipos penais abertos e as penas desproporcionais ampliam a seletividade do sistema de justiça criminal, muitas vezes deixando ao arbítrio policial a distinção entre o usuário e o traficante. Quanto à aplicação da pena pelo Judiciário, a julgar pela superlotação das prisões, pelo não uso dos benefícios do § 4º, do art. 33, e elevadas

¹ MELIÁ, op. cit., p. 79-80.

² THOMPSON, Augusto. O futuro da criminologia. In: BITTAR, Walter Barbosa. *A Criminologia no Século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 79.

penas mesmo a réus primários, sem considerar efetivamente a quantidade de droga e a participação do indivíduo na estrutura do mercado ilícito, há uma presunção de “periculosidade” quando se fala em tráfico de drogas, e não de inocência, ou seja, mais um aspecto do Direito Penal do inimigo. Por exemplo, na pesquisa do Rio de Janeiro, comprovou-se que na Justiça Estadual mesmo os réus primários recebem penas elevadas pelo fato de que a defesa não conseguiu fazer prova negativa do envolvimento destes com o crime. Onde deveria prevalecer o princípio da presunção da inocência, ocorre exatamente o contrário.¹

O Direito Penal do inimigo aplicado ao traficante suprime seus direitos individuais e o trata como “não pessoa” que pode ser torturada, assassinada ou presa sem as garantias do Direito Penal da Constituição. As “soluções” penais, em vez de enfrentar as reais causas econômicas e sociais da marginalização em sociedades periféricas, agravam os conflitos sociais e são profundamente autoritárias. Apesar do seu autoritarismo, medidas punitivas possuem efeito “pacificador” nas diferentes classes sociais (sobretudo a classe média, que possui relevante papel na reprodução da cultura *hegemônica*) que reivindicam o combate à criminalidade, à impunidade e acreditam na função dissuasória de penas mais severas. Essas respostas penais são medidas que não abalam as estruturas sociais e econômicas, deixando livre o *mercado de ilicitudes* das elites do poder econômico e político, e se concentram na repressão que atua na base da pirâmide social. Tal é o caso no tráfico de drogas, pois apesar da guerra às drogas, das inúmeras mortes e do encarceramento massivo da pobreza, o mercado das drogas ilícitas continua a todo vapor. É notório o fato de que o Brasil é o segundo maior consumidor de cocaína no mundo e os Estados Unidos (maiores cruzados morais na nessa guerra) são o primeiro.

¹ BOITEUX, op. cit., p. 24.

O Direito Penal do inimigo é uma forma de governo através do medo que impede a sedimentação de qualquer tipo de solidariedade e de reconhecimento do outro como um ser igual. Trata-se de um modelo nocivo para o Estado Democrático de Direito, gera, ao contrário, uma forma de populismo penal, a “democracia de opinião”.²

O Direito Penal do inimigo é, conforme assinala Alejandro Aponte, um modelo de extrema politização, uma “máquina de produção de seletividade”, cujas normas não obedecem à dogmática e sim uma reação emergencial, que não serve para lutar contra a grande delinquência, mas se edifica sobre “normas de caráter simbólico que terminam sendo aplicadas, seletivamente, a pequenos delinquentes ou, simplesmente, a pessoas inocentes.”³ As pesquisas empíricas demonstram exatamente isso: são os varejistas da droga, os mais frágeis dentro do mercado de ilicitudes, os menos violentos, os que constituem a clientela do sistema de justiça criminal. Não é com o Direito Penal que se resolve um conflito de tal significância num País absurdamente desigual. O Direito Penal apenas agrava o problema, pois insere setores consideráveis da população de baixa renda em uma carreira criminal, aumentando o quadro da violência na sociedade.

² PAVARINI, Massimo. Democracia y seguridad. In: PORTALES, Rafael Enrique Aguilera (coord.). *Políticas de seguridad pública*. México: Porrúa, 2011, p. 11. “En la democracia de la opinión lo que debe ser destacado es la percepción emocional del sujeto reducido a sus emociones más elementales: el miedo y el rencor. Y el nuevo discurso político siempre tiende más a articularse sobre estas emociones, acerca de las cuales el sistema repressivo puede dar suficiente expresión individualmente, en la función de la producción simbólica del sentido a través del proceso de imputación de la responsabilidad.”

³ APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 64, jan-fev/2007, p. 27.

Conforme assevera o Professor Sebastian Scheerer, “droga não é assunto de Direito Penal”. A única solução para esse problema é tratá-lo como uma questão de saúde, com investimentos nessa área e descriminalizar.¹

A guerra às drogas, considerando o tempo de sua duração e o elevado número de “baixas” produzido, pode-se dizer que é uma guerra perdida. Onde há mercado consumidor, haverá oferta. Mas a questão talvez não seja olhar apenas o fracasso da criminalização das drogas, e sim a sua *funcionalidade* nas relações econômicas e políticas, segundo os ensinamentos de Alessandro Baratta, pois os lucros são muito elevados se comparados aos lucros num mercado sem proibição.² Este provavelmente é o grande fator de manutenção da criminalização que, além disso, fortalece a indústria do controle do crime e mantém sob regime de repressão as classes subalternas, consideradas potencialmente perigosas à manutenção do *statu quo*.

¹ SCHEERER, Sebastian. Droga não é assunto de Direito Penal. In: entrevista realizada pela jornalista Denise Paro, Jornal Gazeta do Povo, sucursal de Foz de Iguaçu, 02/08/2012. “Descriminalizar o uso das drogas seria muito importante para o Estado de Direito, que seria um Estado de respeito à liberdade da pessoa que não contribuiria com a miséria. A produção e distribuição precisam ser tiradas do mercado negro, ou por via do monopólio estatal ou por via da descriminalização.”

² BARATTA, Alessandro. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 112-138.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APONTE, Alejandro. Guerra y política: dinámica cotidiana del derecho penal de enemigo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 64, jan-fev/2007, p. 11-77.

ARGUELLO, Katie. O fenômeno das drogas como problema de política criminal, 2012 (no prelo, in Revista da Pós-Graduação em Direito da UFPR).

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BARATTA, Alessandro. Introdução à criminologia da droga. In: ELBERT, Carlos Alberto. *Criminología y sistema penal: compilación in memoriam*. Buenos Aires: B de F, 2004, p. 112-138.

BATISTA, Nilo. Política criminal com derramamento de sangue. In: *Revista Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, n. 5 e 6, 1998, p. 77-94.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECKER, Howard. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: Free Press, 1991.

BOITEUX, Luciana. *Tráfico e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e de Brasília no crime de tráfico de drogas*. Disponível em <http://www4.planalto.gov.br/revistajuridica/vol-12-n-94-jun-set-2009/menu-vertical/artigos.2009-11-3-4551538167/at_download/anexo>, acesso em 07/10/2012.

BUSATO, Paulo César. Quem é o inimigo, quem é você? In: *Revista Brasileira de ciências Criminais*. São Paulo: RT, n. 66, maio-junho/2007, p. 315-371.

CARVALHO, Salo. *A política criminal de drogas no Brasil: Estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. In: *Liber Amicorum: homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 541-555.

DEPEN. Disponível em <<http://www.infopen.gov.br>>, acesso em jul/12.

JAKOBS, Günther. Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 19-50.

KARAM, Maria Lúcia. *Proibições, riscos, danos e enganar: as drogas tornadas ilícitas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Direito Penal” do inimigo? in JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. org. e trad. CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-81.

OLMO, Rosa del. *La cara oculta de la droga*. Bogotá: Temis, 1988.

OLMO, Rosa del. Las drogas y sus discursos. In: PIERANGELI, José Henrique (org.). *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PAVARINI, Massimo. Democracia y seguridad. In: PORTALES, Rafael Enrique Aguilera (coord.). *Políticas de seguridad pública*. México: Porrúa, 2011, p. 3-20.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios de antirriminologia*. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux e Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHEERER, Sebastian. Droga não é assunto de Direito Penal. In: entrevista realizada pela jornalista Denise Paro, Jornal Gazeta do Povo, sucursal de Foz de Iguaçu, 02/08/2012.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: teoria geral do direito penal* (vol. I), 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE: UM ESTUDO APLICADO DA SOCIOLOGIA DA PUNIÇÃO EM “TERRITÓRIOS DESCONHECIDOS”

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda¹

RESUMO

O presente artigo traça as linhas gerais sobre o estudo da Sociologia da Punição dentro da Criminologia, a partir de uma análise de comunidades com alto nível de violência, onde se instauraram as denominadas bases comunitárias, resultantes do *Programa Pacto pela Vida*, da Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia, cujo objetivo consiste em promover o diálogo e a cultura de paz nesses “territórios desconhecidos”. Inicialmente, faremos uma sucinta exposição acerca da teoria da Sociologia da Punição, com base no estudo do autor britânico David Garland, ancorando-nos em sua obra “A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea”. Em outro diapasão, descreveremos a metodologia do trabalho iniciado nas bases comunitárias, sua conexão com a Justiça Criminal, visualizando, sobretudo, as Políticas de Segurança Pública desenvolvidas e a importância de programas de prevenção criminal para conter a violência urbana da região.

Palavras-chave: Sociologia da Punição. Criminologia. Justiça Criminal. Políticas de Segurança Pública. Prevenção Criminal.

ABSTRACT

This article traces the outline on the study of Sociology of Punishment in Criminology, will begin with an analysis of communities with high levels of violence, where he introduced the so-called community foundations, the *Pact for Life Program* of the Department of Public Safety of the State of Bahia, with the goal of promoting the culture of peace and dialogue in these "unknown territories". Initially, we will make a brief presentation on the theory of Sociology of Punishment, based on the study of British author David Garland, in his book "The Culture of Control-crime and social order in contemporary society." In another vein, we describe the methodology of the work initiated in the community foundations, your connection to the Criminal Justice, viewing, especially the Public Security Policies developed and the importance of crime prevention programs to curb urban violence in the region.

Keywords: Sociology of Punishment. Criminology. Criminal Justice. Policies of Public Safety. Crime Prevention.

¹ Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa, Bahia. Defensora Pública. E-mail: andreatourinho@gmail.com

1. A SOCIOLOGIA DA PUNIÇÃO, DE DAVID GARLAND, E A REALIDADE BRASILEIRA

Apesar de o estudo sobre a sociologia da punição, de David Garland, pautar-se no cenário dos Estados Unidos e da Grã-Bretanha, não podemos deixar de considerar a sua importante contribuição para o entendimento das realidades brasileira e latino-americana, estruturadas na criminologia positivista e no previdenciarismo penal.

O positivismo penal, em linhas gerais, sempre acompanhou o Estado de bem-estar social, intervindo na vida social dos indivíduos, para não reagir ao sistema, mas sim procurar amenizar os efeitos da criminalidade, fazendo-o de forma a deslocar o estudo do crime para o criminoso, mesmo apresentando a difícil tarefa de equacionar o estudo da prevenção criminal como ideal humanitário.

No Brasil, o desenvolvimento do positivismo penal não foi diferente. Na segunda metade do século XIX, a absorção do positivismo no Brasil deu-se como uma reprodução da doutrina europeia, antigarantista e desfavorável aos direitos humanos, com o conteúdo de direito penal focado no instrumento rigoroso de controle das massas, do racismo, das oligarquias e na formação intelectual das elites. Como bem assinala Ricardo de Brito A. P. Freitas:¹

Para a burguesia industrial, portanto, as massas mostravam-se cada vez mais perigosas, razão pela qual se fazia necessário sujeitar aos rigores da lei os seus integrantes quando a conduta deles se desviasse dos padrões estabelecidos, o que ocorreria mediante um procedimento “técnico”, do ponto de vista de sua visibilidade, mas discriminatório na sua essência,

pois, evidentemente, a sanção penal destinava-se apenas ao rol dos desviados, dos quais se encontravam excluídos os membros dos grupos sociais dominantes.

Fatores sociais e históricos marcaram a formação do direito penal latino americano, apresentando traços comuns tais como o descontrole e rigor punitivo, a falta de acesso à educação, à justiça e à educação, tendo como fator preponderante a criminalização da pobreza.

O alto índice da população em condições de extrema pobreza, com um sistema de justiça criminal desigual, converteu o direito penal em um instrumento a favor das classes dominantes, o que contribuiu para a formação de uma clientela penal etiquetada, cujo tratamento penal iniciou-se com a aplicação da doutrina positivista lombrosiana.

Outra fonte de formação da cultura penal no Brasil está presente no previdenciarismo penal, que compreende um sistema punitivo atuante na perspectiva de tratamento do indivíduo, v.g. a aplicação da pena e medida de segurança – o primeiro em relação aos imputáveis, e o segundo, aos inimputáveis – sendo que tais formatos não tiveram a eficácia que se pretendia em nosso sistema penal, enquanto políticas de prevenção criminal.

Tanto o positivismo quanto o previdenciarismo penal mostraram-se falhos para a construção de um controle penal destinado ao combate à criminalidade em nosso ordenamento jurídico. É nesse contexto que surge a Sociologia da Punição, traduzida do debate da tradição britânica, que tem como fundamento a Criminologia Crítica e o interacionismo simbólico, os quais elegeram como objeto o estudo das formas de controle social e da punição.

¹ FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Como é notório, as instituições de justiça criminal em nosso país estão alicerçadas na proposta falaciosa de ressocialização. Operadores do direito, em vez de se preocuparem verdadeiramente com a diminuição da criminalidade, reproduzem as mesmas formas de violência e desrespeito às leis, as quais, *à priori*, deveriam combater.

Com a necessidade de se reconfigurar esse quadro caótico de combate à violência, o Estado, representado no sistema prisional – polícia, magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública –, com toda a máquina burocrática, propôs um redirecionamento de ações, repensando alguns assuntos fundamentais para o processo de modernização do sistema penal, com vistas a combater a violência e a criminalidade.

Desse entendimento, o Estado passou a promover uma maior participação da comunidade e sociedade civil, promovendo uma reabertura a novas discussões, de modo que envolvesse novos atores sociais direcionados a solucionar o problema da criminalidade.

Destarte, o Estado passou a desenvolver um novo modelo penal, tendo como base o estudo da sociologia da punição, em um Brasil marcado por um passado histórico de profundas desigualdades sociais, pelo desenvolvimento graduado da economia de consumo e pela concentração de riquezas em mãos de uma determinada classe social, de forma igual como ocorreu anteriormente nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha.

Conforme David Garland, nos países desenvolvidos, assim como nas sociedades americana e britânica, houve o abandono do paradigma etiológico (Lombrosiano) e um direcionamento à Sociologia. Já se poderia observar, nesse ponto, que uma nova criminologia estava surgindo, dando azo à reabertura de questões

importantes, a saber: o conceito de crime e a necessidade de uma forma mais eficaz de controle.

É certo que a influência marxista, para a Criminologia Crítica, já havia catalisado um reencontro entre juristas e sociólogos, apontando a necessidade de um viés multidisciplinar, imprescindível para se compreender a realidade vigente, e o consequente estudo do crime e da sociedade de controle. Nesse passo, se cristalizou o paradigma da Criminologia da Reação Social.

Desse modo, a criminologia do controle, pautada na reação social, fez emergir um novo pensamento criminológico, enfocado no previdenciarismo penal *revisitado*, com uma forma mais ou menos diferenciada de tratamento penal, considerada mais apropriada à nossa realidade periférica pós-moderna.

Essas correntes – referimo-nos às que tratam da prevenção situacional do crime, teoria da atividade de rotina e às demais doutrinas – dão continuidade aos temas modernos da criminologia correccionalista, porém apresentam novas situações e oportunidades para o delinquente. Ao invés de apenas se concentrar no tratamento do indivíduo, propõe uma maior participação da comunidade nesse processo.

Com essa nova concepção de tratamento para o delinquente, a participação da comunidade é vista, hodiernamente, como uma nova proposta, haja vista a forma de se lidar com a violência, agora mais realista dentro das limitações governamentais.

Procura-se, assim, com essa criminologia revisitada, não apenas entender o problema da criminalidade como desvios – não restam dúvidas de que estes devem ser contornados ou combatidos –, mas igualmente promover a participação dos indivíduos e da sociedade nesse processo de controle, iniciada desde a criminalização primária.

Com uma nova forma de punição dos delitos, busca-se explicar o que as práticas punitivas têm a revelar sobre a própria sociedade e como estas podem contribuir para a promoção da paz social.

Segundo Garland, é mister uma maior articulação entre os poderes políticos, para se poder delimitar a participação dessas instâncias na construção dos sistemas punitivos, visando a uma maior eficácia. Vale dizer, o Estado precisa estar ao mesmo tempo atento, afim de que suas ações possam dialogar com os atores sociais interligados.

Em síntese: o Estado deve verificar os elementos necessários os quais carecem de ser observados, para se compreender os fenômenos punitivos de um determinado território. Elementos culturais, morais, sociais, científicos, tecnológicos, econômicos, entre outros, devem ser levados em conta, na tentativa de se compreender o método de controle punitivo a ser aplicado em cada caso concreto.

As consequências desses procedimentos devem criar um espaço próprio de reflexão, para analisar a punição e discutir os meios pelos quais o Estado deve operar, visto que o objetivo é lograr êxito em questões de segurança social e mecanismos de controle da criminalidade.

No início da década dos anos oitenta, houve um forte crescimento da violência urbana, sobretudo em relação aos problemas ligados à segurança pública, ilustrado pela estatística crescente de crimes patrimoniais, tráfico de drogas e homicídios nas grandes metrópoles do país, em decorrência do fracasso da atuação das instituições estatais.

Em sua obra, Garland descreve as consequências do medo urbano no mundo globalizado, acentuando como os processos de privatização e comercialização do sistema penal passaram a ser lucrativos para alguns empresários do setor, em suas experiências de privatização da segurança pessoal e de gestão privada do sistema penal.¹

¹ Cf. GARLAND, David. *A Cultura de controle*, p.24. O autor nos traz um exemplo ilustrativo da Delegacia de Repressão aos Crimes contra a

Paralelo ao crescimento da criminalidade, a cultura do medo se solidificou, diante do fenômeno do crime e da violência, tendo como ponto culminante a constatação de que há uma grande dificuldade de serem contidos os conflitos sociais urbanos e de que a justiça criminal somente atende as camadas privilegiadas da população.

O aumento da segregação social, com a supressão do espaço público, a guetificação (de ricos e pobres) descambou para grandes empreendimentos imobiliários, calcados em condomínios fechados da classe média alta, em paralelo ao esquecimento da população periférica.

Nessa perspectiva, Teresa Pires do Rio Caldeira², em pesquisa sobre a crescente onda de violência na cidade de São Paulo, ao dissertar acerca do comportamento da população de baixa renda, em relação à descrença ao sistema penal, aos constantes ataques da polícia na comunidade, aponta como essa camada da população lida com a dificuldade de acesso à justiça e às garantias dos direitos fundamentais, limitados pela segregação espacial.

2. AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL E A SEGREGAÇÃO URBANA

Em nosso país, podemos detectar que o problema de segurança pública traz reflexos tanto na constatação de uma polícia violenta e despreparada para abordagem quanto na formação de um sistema punitivo desumano – vez que viola os direitos fundamentais do cidadão – o qual é amparado por uma justiça criminal ineficaz.

Propriedade Imaterial, no Rio de Janeiro, que tem a função de proteger os interesses da Nike, Warner, Microsoft, etc., ou seja, favorecendo, portanto, uma gestão privada de interesses.

² CALDEIRA, Teresa Pires do Rio, in: *Cidades de muros*, p.101.

Apesar de algumas medidas já terem sido adotadas para inibir a violência urbana, como a construção de Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's) no Rio de Janeiro, a violência urbana continua se expandindo para a região periférica de todo o país. As UPP's se instalaram, em sua maioria, nas áreas consideradas ricas na cidade, propensas a novos empreendimentos (esportivos e/ou turísticos) cujos focos principais são os eventos da Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos que a capital fluminense sediará em 2016.

Tais medidas são consideradas, para a maioria da população, como uma forma simbólica de segregação e propícias para o surgimento de guetos urbanos na periferia. E, mais que isso, não resolvem, a curto prazo, os problemas da violência e da criminalidade da região. Nesse mesmo diapasão, podemos apontar um outro aspecto falho da política de segurança pública, como a complementaridade entre a política das UPP's e o poder paralelo existente das milícias nessas localidades.

É certo que a população da favela é considerada passiva e, assim como antes (com o comando pelo tráfico de drogas), a construção da cidadania na favela continua marcada pela presença de um aparelho repressor. Há evidências de que as abordagens policiais requerem um preparo técnico, pois a estrutura desse modelo de gestão ainda prima por uma capacitação humanística, já iniciada com o implemento da polícia comunitária.

3. O PAPEL DA JUSTIÇA COMUNITÁRIA NA ESFERA PENAL

Na atual conjuntura processual penal, podemos ter a nítida constatação de que a justiça penal formal apresenta-se cada vez menos operante e que os sistemas de justiça formais não encontram respostas para satisfazer a população hipossuficiente, além de que os tribunais se encontram assoberbados de processos, não alcançados em razão do deficitário número de juízes para decidir as causas.

Paralelo ao sistema penal moderno, o sistema penal da forma que se apresenta, favorece a superpopulação prisional, composta por uma clientela pré-selecionada, oriundas das camadas mais baixas da população, a qual nunca teve acesso aos direitos sociais mais básicos.

Ademais, o discurso filosófico sobre a legitimidade de punir, esbarra na ideia errônea da prisão como solução a criminalidade ou na falsa percepção de que maior número de leis podem substituir o que o Estado negou ao indivíduo, vale dizer, há simplesmente uma substituição da proteção às garantias individuais pela atuação do Estado Penal.

É certo que o trabalho de prevenção criminal ainda não é feito nas Delegacias ou Juizados Criminais, alternativa plausível para conter o impulso da violência ou para facilitar o filtro dos processos encaminhados a justiça formal, principalmente os crimes de pequeno potencial ofensivo. Destarte, a ideia de composição de conflitos resolvido “ab initio” na própria comunidade, antes da formação do processo penal formal, seria uma alternativa louvável, daí a importante função da Justiça Comunitária: ser implantada nas localidades onde a criminalidade apresenta alto nível de incidência.

A resposta para a explosão da violência, se manifesta através da maneira pela qual os órgãos repressores do Estado atuam enquanto poder, ou seja, com uma política de tolerância zero, a população responde com maior violência e as instituições repetem o erro, descambando em um ciclo vicioso de poder, que não consegue deter as desigualdades manifestadas através dessas diferenças. Numa palavra: para os desfavorecidos, maior punição; para os poderosos, tolerância, formando o que se chama de Estado Penal, como anteriormente mencionado

Como assinala WACQUANT ¹, a “tolerância zero” apresenta, portanto duas fisionomias diametralmente opostas, segundo se é alvo (negro) ou o beneficiário (branco), isto é, de acordo com o lado onde se encontra essa barreira de casta que a ascensão do estado penal americano tem como efeito -ou função- restabelecer e radicalizar.

A ideia de se colocar o ser humano longe dos olhos da lei, e conseqüentemente, afastando-o dos agentes políticos, se manifesta pela própria elaboração de critérios em que nitidamente se verifica com o tratamento dispensado ao infrator, muitas vezes realizado da pior maneira possível, quando do etiquetamento de “inimigo da sociedade”. Além da elaboração de leis penais mais severas, há os que defendem um direito processual virtual, sem cheiro, cor, presença ou percepções de sentidos, isolando o infrator do contato “civilizado”.

Numa palavra: agentes públicos se utilizam de critérios formais mais autoritários, como interrogatório através de videoconferências, monitoramento eletrônico, regime disciplinar diferenciado (RDD), procedimentos que afastam, cada vez mais, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma importante pesquisa sobre o autoritarismo entre juízes, dirigida por uma equipe da Universidade de Berkeley ², aplicou um instrumento capaz de descobrir personalidades de inspiração fascista a partir de um escalonamento: anti-semitismo, etnocentrismo diante de minorias, conservadorismo político-econômico e fascismo.

¹WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

² Cf. CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC. 2005. Pensamento Criminológico, v.10, p.134-135

O estudo da antropologia, aplicado a justiça comunitária, demonstra que costumes, práticas indígenas, círculos de consenso, democracia participativa, regras de convivência de determinados grupos, podem ser utilizadas para compor conflitos e integrar a justiça formal, pois, mais do que leis positivadas, o Direito nasce e se desenvolve nas relações sociais.

Um Direito que privilegie a compreensão do ser humano precisa dialogar com essas reações sociais de diferentes maneiras. O estudo da antropologia jurídica enfatiza sistemas de valores e crenças em que estão inseridos diversos aspectos da vida social, dentre eles, o jurídico, enquanto a Sociologia Jurídica enaltece práticas institucionais, a antropologia jurídica se interessa pelas diferentes formas de se praticar o direito.

Nos centros urbanos, por exemplo, a antropologia jurídica, através da análise do direito comparado, se posicionou a favor da diversidade cultural. Nessa linha de pensamento, verifica-se que as práticas alternativas em comunidades, contribuiu para o estudo do desenvolvimento das relações sociais em diversas formas, sejam elas formais ou não formais.

Considerando o estudo antropológico, ou seja, do indivíduo como sujeito de Direito, a justiça comunitária pode comprovar que o ser humano busca sentidos para a própria existência e isso se dá através de dimensões do sensível e do invisível, os quais são contemplados no campo científico da cooperação interdisciplinar como: psicologia, educação em Direitos Humanos, sociologia, conhecimento dos direitos fundamentais e cidadania, além de comprovar que a formação do pluralismo jurídico é uma realidade indissociável da própria sociedade, relacionando-o a vários grupos sociais e a múltiplos sistemas agenciados por relações de colaboração, coexistência e competição.

4. O PROGRAMA “PACTO PELA VIDA” COMO MODELO DE GESTÃO DE SEGURANÇA E PREVENÇÃO CRIMINAL

O *Pacto Pela Vida*¹ é um programa do estado da Bahia – foicriado pela Lei nº 12.357, de 26/09/2011, por intermédio da Secretaria de Segurança Pública e da Secretaria de Comunicação do Estado –, que inaugurou um novo modelo de gestão e de política pública de segurança, cujo foco não se encontra exclusivamente nas ações policiais, mas sim na conjugação destas com as ações sociais no território do estado da Bahia.

Nesse sentido, podemos verificar a atuação de diversas fontes de saberes, com o objetivo de implementar ações de combate à violência e à criminalidade. As ações que integram esse Programa buscam ampliar a articulação entre os diversos Poderes, a Sociedade, o Ministério Público, a Defensoria Pública, a OAB, os municípios e a União, configurando-se, portanto, a noção de “pacto”.

O “Pacto” contempla ações integradas entre os Poderes, Órgãos e Entidades do estado da Bahia, com o intuito de solucionar problemas associados às causas da criminalidade e da impunidade, sendo por isso considerada como uma gestão que visa à transversalidade dos poderes.

Podemos destacar alguns pontos importantes que constituem estrutura do “Pacto”, quais sejam:

a) o Policiamento Comunitário, que consiste numa estratégia operacional com ênfase na integração do policial com a comunidade, na excelência dos serviços prestados e no respeito aos Direitos Humanos;

b) a Repressão Qualificada, que tem como escopo a intensificação do uso da inteligência policial no combate à criminalidade;

c) o combate aos Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI), que são um agrupamento de crimes constituído pelos seguintes delitos: homicídio doloso, latrocínio e lesão corporal seguida de morte.

Para fins estatísticos, os CVLI são acompanhados por meio de uma taxa que é calculada para cada grupo de 100.000 habitantes. A taxa CVLI é o indicador nacionalmente utilizado para o acompanhamento e comparação de dados sobre criminalidade violenta contra a vida.

A sigla AISP significa Área Integrada de Segurança Pública. Uma AISP constitui a menor unidade territorial considerada para fins de planejamento integrado das ações do Programa *Pacto pela Vida*, de apuração de resultados e de comparação com metas estabelecidas. Assim, para o Programa, as AISP’s serão a referência territorial das ações policiais, sociais e de articulação.

As AISP podem ser constituídas por um conjunto de bairros, por apenas um município ou por uma região que concentre vários municípios. Atualmente o território do estado da Bahia encontra-se dividido em AISP’s, a saber: são 16 na Capital, 07 na RMS e existe um estudo em andamento para definição da quantidade de AISP’s no interior.

¹ Cf. CARTILHA DO PACTO PELA VIDA. Núcleo de Gestão do Pacto Pela Vida-PPV. Secretaria de Segurança do Estado da Bahia. E-mail: ngppvba@gmail.com

No que se refere às ações policiais, o Programa *Pacto pela Vida* prevê a atuação integrada das Polícias Civil e Militar, do Departamento de Polícia Técnica, dos Bombeiros Militares e das unidades da Secretaria da Segurança Pública, em todo o território do estado.

As Bases Comunitárias de Segurança (BCS's) são estruturas físicas que viabilizam o estabelecimento da relação de proximidade entre o policial e a comunidade local, sendo instaladas em áreas limitadas e permanentes, selecionadas em função de estratégia policial, de aspectos sociais, da acessibilidade e da visibilidade. As BCS's são pontos de gerenciamento da operacionalidade policial e têm o objetivo de conferir segurança às comunidades de áreas com altos índices de criminalidade, focando na prevenção.

A estrutura física de uma Base Comunitária de Segurança contempla a seguinte divisão:

- a) Recepção: tem por objetivo acolher inicialmente o público que procure a BCS;
- b) Comando da BCS;
- c) Sala de Reunião;
- d) Central de Telecomunicações: que realiza o controle operacional da BCS, por meio de telefone, rádio VHF e vídeo-monitoramento;
- e) Centro de Cidadania: coordena as ações sociais policiais, incorporando-as às ações das secretarias dos serviços públicos estaduais e municipais, cadastrando e acompanhando as ações sociais públicas, privadas e comunitárias.

Dentro do *Pacto pela Vida*, as principais estruturas componentes do seu modelo de gestão são (ver Lei nº 12.357/2011):

1. Comitê de Governança: é responsável pela formalização das principais diretrizes e estratégias; composto pelos dirigentes de Poder e de órgãos essenciais à Administração da Justiça (Governador, Presidente da Assembleia Legislativa, Presidente do Tribunal de Justiça, Procurador Geral de Justiça do Ministério Público Estadual e Defensor Público Geral).

2. Câmaras Setoriais: têm por finalidade propor e definir diretrizes e políticas setoriais (promoção da igualdade, educação, saúde, cidadania, segurança, etc.) que contribuam para a redução das taxas de CVLI, na sua respectiva área de atuação, estando previsto o funcionamento simultâneo de cinco câmaras setoriais:

2.1 Câmara Setorial da Segurança Pública: formada pelos integrantes da Secretaria de Segurança Pública;

2.2 Câmara Setorial de Articulação dos Poderes;

2.3 Câmara Setorial de Prevenção Social;

2.4 Câmara Setorial de Enfrentamento às Drogas;

2.5 Câmara Setorial de Administração Prisional.

Os instrumentos que sinalizam a variação de resultados em um período – considerando-se a relação entre a quantidade de serviços prestados por uma determinada unidade do estado e os recursos humanos empregados na prestação – são denominados de indicadores de produtividade e servem como base para o trabalho de controle da violência e criminalidade nas regiões onde o “Pacto” está circunscrito.

CONCLUSÃO

A problemática da violência e criminalidade urbanas envolve várias discussões sobre políticas de segurança e modelos adotados, na maioria, em comunidades periféricas marcadas por um processo de disputa de poder.

O estudo da Sociologia da Punição pode contribuir para o entendimento de como trabalhar a nossa situação presente, observando, sobretudo, nosso passado histórico, o qual é marcado por profundas desigualdades sociais e é bastante sensível a condições sociais adversas: criminalização da pobreza, quadro de miserabilidade, falta de acesso à justiça e aos direitos fundamentais, que são, muitas vezes, vítimas da violência produzida pelas instituições que deveriam combatê-la.

O passado colonial escravista e a posição periférica do nosso país – composto pelo chamado “realismo marginal dos países periféricos”, causado pelo capitalismo globalizado – fizeram com que conflitos sociais fossem tratados como problemas criminais, tendo como base o positivismo lombrosiano e o previdenciarismo penal.

Em virtude de a Criminologia Etiológica ter se mostrado falha e o previdenciarismo penal se revelado ineficaz, houve a necessidade de se construir um controle punitivo mais participativo, destinado ao enfrentamento da violência e da criminalidade nos centros urbanos, sob uma ótica multidisciplinar que envolve, portanto, diversos atores sociais.

Diante de fenômenos como o guetismo, a criminalização da pobreza e a repressão policial injustificada, concomitantes a uma justiça criminal em descrédito com os meios de comunicação insufladores de violência, a proposta de pacificação se tornou uma necessidade premente para as políticas de segurança pública.

Tanto a instauração das UPP's no Rio de Janeiro quanto os diversos programas de governo espalhados em todo o país, como o *Pacto pela Vida*, na Bahia, são idênticos em apontar que um modelo participativo multidisciplinar, com o

propósito de disseminar uma cultura de paz, pode ser mais eficaz no combate a violência e prevenir a criminalidade.

Outro objetivo dos programas de pacificação é naturalizar a violência policial, investindo em capacitações e instauração de polícias comunitárias, integração dos moradores, orientando sobre seus direitos fundamentais. Tais fatores podem contribuir para modificar o pensamento sobre esses “territórios desconhecidos”, uma demonstração de que a favela não é apenas local de criminosos ou de “fora da lei”, etiquetados e segregados, mas sim um espaço de cidadania.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da Segurança Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Critica e Critica do Direito Penal*: Introdução à Sociologia do Direito Penal. Tradução: Juarez Soares Cirino, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1999.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Lucia Guidicini, 2ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. *Cidade de muros*: crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34/EDUSP, 2000.

CARRANZA, Elias (coordenador) *Justiça Penal y Sobrepoblación Penitenciaria*: Respuestas Posibles. ILANUD, México: Siglo Vientiuno Editores, 2001.

CARTILHA DO PACTO PELA VIDA. Núcleo de Gestão do Pacto Pela Vida-PPV. Secretaria de Segurança do Estado da Bahia. E-mail: ngppvba@gmail.com

CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da liberdade*. Rio de Janeiro: Revan: ICC. 2005. Pensamento Criminológico .

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: Teoría del Garantismo Penal. 9ª edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do Positivismo Penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. Tradução: Raquel Ramallete. 21ª edição. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Coleção Pensamento Criminológico, volume 16. Tradução, apresentação e notas de Andre Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

KOROL, Claudia (Org.), LONGO, Roxana. *Criminalización de la pobreza y de la protestasocial*. 1ª ed. Buenos Aires: El Colectivo, America Libre, 2009.

RUSCHE e KIRCHHEIMER, Georg e Otto. *Punição e Estrutura Social*. Coleção Pensamento Criminológico, volume 3. Tradução: Gizlene Neder, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

_____. *Punir os Pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raul (Coordenador) *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)*. Buenos Aires: Depalma, 1986.

_____. La legislación anti-droga latinoamericana: sus componenets de derecho penal autoritário.In: *Fascículos de Ciências Penais*. nº 2, p. 16/25, 1990.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Artigos

BARROS, Rodolfo Arruda leite de. *Notas acerca da sociologia da punição*: uma contribuição para o debate sobre a justiça criminal no Brasil(1985-2002). Acesso em 18.11.2012.

CHRISTIE, Nils. *Control de la delincuencia en europa y norteamerica*: ejemplos que nodeveseguirse. ILANUD, México, in: *Justiça Penal y Sobrepoblación penitenciaria*.

RESUMOS EXPANDIDOS

FUNCIONALISMO SISTÊMICO E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

Ana Claudia da Silva Abreu¹

RESUMO

O objeto da pesquisa, mediante pesquisa bibliográfica, é a análise do funcionalismo sistêmico proposto por Günther Jakobs, visando situá-lo dentre as correntes funcionalistas e avaliar a aplicação da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann para essa construção teórica. Dentre as correntes funcionalistas, a teoria de Jakobs é alicerçada no escopo de estabilização normativa – fundamenta a pena na proteção da norma. Transfere a teoria sistêmica para o Direito penal, alterando a ótica do indivíduo para o sistema, cuja violação disfuncional é o crime. Independentemente do bem jurídico violado, a transgressão da norma em si justifica a reação penal, a pena reforça a validade da lei infringida, reafirma a confiança no sistema – teoria da vigência da norma: relação entre a confiança da vigência da norma e a expectativa de que não seja frustrada. Enquanto o delito representa um ataque à vigência, a pena é a sua reafirmação – mantém o padrão de confiança e as expectativas do cidadão em relação à norma. A imputação objetiva enfoca, assim, apenas comportamentos que violam determinado papel social. Ao utilizar a teoria dos sistemas, reconhece a sociedade como um sistema independente dos indivíduos que a compõe, mas dependente das

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Criminal pela Faculdade de Direito de Curitiba (UNICuritiba). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Professora de Filosofia do Direito, de Direito Penal Parte Especial I e II, Parte Geral I e II da Faculdade Campo Real – Guarapuava-Pr.

alterações produzidas pelos indivíduos e avaliadas pelos demais membros, cujas expectativas sociais precisam ser normatizadas para que então sejam estabilizadas. A teoria funcional destaca a norma jurídica enquanto ferramenta de comunicação, pois a observância das leis é que define os indivíduos: o cidadão coaduna o seu comportamento à norma e o inimigo é seu transgressor. Formula-se o Direito penal do inimigo, segundo o qual coexistem dois direitos: o do cidadão – aquele que, mesmo após delinquir oferece garantias de que continuará mantendo-se fiel à norma (sujeito de direitos) –; e o inimigo – avaliado enquanto fonte de perigo e penalizado pelo que é, não pelo que fez (não cidadão).

Palavras-chave: *Direito Penal do Inimigo. Funcionalismo. Teoria dos Sistemas.*

ABSTRACT

The research's object, through bibliographic research is the analysis of systemic functionalism proposed by Günther Jakobs, aiming to place him among the current functionalist and evaluate the application of systems theory of Niklas Luhmann to this theoretical construct. Among the current functionalist theory of Jakobs is based on the stabilization rules - the penalty is based on protecting the norm. Transfer systems theory to criminal law, changing the individual's perspective to the system, a *crime* is a *violation* of societal norms. Regardless of the law breached, the breach of the standard itself justifies the criminal punishment supports the validity of the law violated, reaffirms confidence in the system - validity of the standard theory: relationship between trust and validity of the standard of expectation that is not frustrated. While the offense is an attack on the validity, the penalty is a reaffirmation - maintains the pattern of trust and expectations of citizens in relation to the norm. The imputation objective focuses only determined behaviors that violate social role. By using systems theory, recognizes society as an independent system of individuals

composing it, but dependent on the changes produced by individuals and evaluated by other members, whose social expectations need to be standardized so that they are then stabilized. The functional theory emphasizes the norm as a tool of communication, the compliance with the laws is that defines individuals: the citizens's behavior is consistent with the standard and the enemy is your transgressor. Elaborates the criminal law of the enemy, under which coexist two rights: the citizen - one who, even after breaking the law offers guarantees that will continue staying true to the norm (subject of rights) -, and the enemy - rated as a source hazard and penalized for what is, not for what he did (not citizens).

Keywords: *Criminal law. Enemy. Functionalism. Systems Theory.*

O objetivo central deste trabalho consiste em realizar uma análise, ainda que concisa, do funcionalismo sistêmico proposto por Günther Jakobs. Tendo-se em conta a complexidade desse tema e, sobretudo, as dificuldades em se fundamentar a teoria do direito penal do inimigo de forma mais sucinta, foram utilizados os critérios metodológicos a seguir descritos.

Inicialmente, optou-se pela divisão do trabalho da seguinte forma: em um primeiro momento, apontar as principais características da doutrina e suas consequências nos campos da teoria do delito e da pena, para, então, avaliar a base sistêmica da teoria, e finalmente, estabelecer as críticas e questionamentos principais da concepção teórica do doutrinador alemão.

As teorias de política criminal contemporâneas, inicialmente, podem ser divididas em movimentos punitivistas e não punitivistas. As teorias punitivistas, por sua vez, são observadas como fruto do Direito penal do terror – Direito penal máximo – centrando-se a análise no uso do Direito penal como instrumento de controle social.

Foi em 1985, na Jornada de Direito Penal em Frankfurt am Main, que Günther Jakobs “tentou fixar limites materiais a ‘criminalização no estágio prévio à lesão a bem jurídico’” (GRECO, 2005, p. 80) por meio dos arquétipos contrapostos do direito penal do inimigo e do direito penal do cidadão.

Criticando a doutrina penal tradicional, fundada no conceito aberto de bem jurídico, e censurando, sobretudo, vários tipos penais do Código Penal Alemão (verdadeiras antecipações da tutela penal), o autor defendeu que o Estado, através do Direito penal, transforma os seus cidadãos em inimigos. Jakobs alertou que a doutrina do bem jurídico é que levaria à ausência de limites do Estado penal, pois “sob o conceito amorfo de bem jurídico tudo poderia ser acolhido e, assim, tornar-se suspeito de lesão social, em desrespeito à esfera de liberdade do destinatário do direito, garantida pelo princípio do Estado de Direito Liberal”. (BUNG, 2006, p. 113)

Interessante notar a crítica de Jakobs aos tipos penais de perigo abstrato, à punição do planejamento de futuros delitos (muitas vezes sequer concretizados), bem como à punibilidade da tentativa (a partir dos atos de cognição), além, sobretudo, da responsabilização do autor pela tentativa inidônea (crime impossível). Segundo o autor, essa penalização antecipada – a qual prescinde de qualquer resultado concreto – seria uma violação aos direitos dos cidadãos, pois trata o cidadão injustamente como o inimigo por intermédio de uma intervenção penal mesmo que ausente um comportamento (externo) capaz de causar uma perturbação. “Para Jakobs, tal criminalização ‘antecipada’ não é compatível com as premissas do direito penal liberal: a ‘consideração da esfera interna das *cogitationes* degrada o cidadão a inimigo”. (BUNG, 2006, p. 114)

São características típicas do direito penal do inimigo: a) a punição antecipada, fundada na periculosidade do indivíduo (inimigo); b) a desproporcionalidade das penas (penas severas); c) a flexibilização das garantias processuais penais; d) o exacerbado uso da lei penal como ferramenta de combate à criminalidade (enfoque combativo).

Seria preciso, portanto, para legitimar a intervenção do Estado com a finalidade de afastar e prevenir delitos futuros um novo Direito penal – o direito penal do inimigo – o qual valida a adoção de medidas excepcionais. Jakobs “admite sem maiores dificuldades o estado de emergência: ‘inexiste, atualmente, qualquer alternativa ao direito penal do inimigo’”. (GRECO, 2005, p. 87)

Como bem destaca PRITTWITZ (2004, p. 42/43): “(...) é preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito penal parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’.”

Ora, a sociedade moderna é uma sociedade de riscos, uma sociedade emergencial. “o direito penal do risco e o direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro”. (PRITTWITZ, 2004, p. 32) Trata-se de uma sociedade “extremamente tecnologizada, massificada e global, onde a ação humana se revela suscetível de produzir riscos, também eles globais”. (SILVA, 2004, p. 75) O direito penal do inimigo é a consequência desse direito penal do risco, desse direito emergencial.

Aqui é interessante ressaltar a teoria da imputação objetiva elaborada pelo autor, a qual se funda em uma sociedade concretamente considerada, ciente de que o contato social (princípio da confiança) é gerador de riscos, os quais não podem ser eliminados por completo (existem riscos permitidos), porém, para ser imputado um determinado resultado ao autor é salutar que o mesmo tenha violado determinado papel social.

Destarte, passa o Direito penal a ser concebido por dois modelos opostos: o direito penal do cidadão – liberal e garantidor – e o direito penal do inimigo – emergencial e voltado à prevenção de riscos. Trata-se de uma forma de pensar a estrutura penal a partir de cidadãos, inseridos em uma estrutura jurídica – estado de direito – e o inimigo, colocado em um local extrajurídico, assim por dizer, um retorno ao estado de natureza. Ora, o papel do direito penal seria neutralizar essa fonte de perigo, como se neutraliza um animal selvagem. (GRECO, 2005, p. 86)

Desse modo, essa segregação dos membros de uma dada sociedade passa a ser estruturada a partir das funções atribuídas à pena, da antecipação das proibições penais, da relação entre o sujeito e o Estado (pessoa e não pessoa) e, como consequência, a relação processual penal que será estabelecida entre o Estado-juiz e o sujeito-réu (restrição das garantias).

A partir da crítica à doutrina do bem jurídico – em razão da sua falta de definição tudo a ele pode se relacionar – Jakobs abdica da ideia de bem jurídico e em seu lugar coloca a validade da norma, segundo “uma relação triangular entre o violador da norma, o atingido pela violação da norma e a própria norma”. (BUNG, 2006, p. 117)

A partir dessa distinção fundamental, o autor faz um contraponto entre as funções manifestas e latentes da pena. Aquelas dizem respeito à estabilização normativa, pois visa a confiança na (vigência) norma, estas, por sua vez, têm a função clara de prevenção de delitos futuros pelos demais destinatários da norma – prevenção geral positiva – pune-se para confirmar a expectativa dos demais cidadãos em relação à norma.

“A contraposição entre confirmação da norma, de um lado, e prevenção de perigos, de outro, permanece central, não obstante, para o modelo dualista de direito penal do cidadão e direito penal do inimigo: aquele conversa a norma, este combate perigos”. (NEUMANN, 2007, p. 166)

Fazendo uma distinção entre as ciências da natureza, cujas normas, uma vez violadas perdem a sua vigência e eficácia, e as normas jurídicas, as quais vigoram contrafaticamente, alerta que, não obstante essa distinção, caso uma norma de direito penal seja freqüentemente violada a confiança na vigência dessa norma seria abalada. “Por ex., se homicídios fossem cometidos repetidamente, em algum momento, estaria afetada a confiança na vigência da proibição do homicídio”. (GRECO, 2005, p. 85)

Portanto, decorre do funcionalismo de Luhmann, segundo o qual interessa mesmo é a manutenção do sistema social. Conforme esclarece Juarez Tavares (2000, p. 62): “o fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se vêem regidas por expectativas, as quais encontram no sistema seus marcos

delimitadores, correspondente a diversas variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas”.

Assim, segundo a teoria funcional de Luhmann, explicada por Juarez Tavares (2000, p. 68-69): “na análise do direito não entram em consideração as influências que sobre ele pode exercer a sociedade. (...) ‘a unidade de um sistema pode ser produzida e reproduzida tão somente através do próprio sistema e não de fatores de seu ambiente’”. O sistema jurídico constrói as suas normas como comunicações dotadas de sentido, englobando informações e compreensão, como um sistema fechado, o que significa “se produz e se reproduz por ele mesmo”. (TAVARES, 2000, p. 70)

“Ao sistema jurídico só pertence uma forma de comunicação: a definição codificada do justo e do injusto”. (TAVARES, 2000, p. 71) Assim, a função do direito orienta-se e se expressa por expectativas, “como a norma jurídica tem como seu objeto material a conduta humana projetada no espaço e no tempo, o que se tem em vista é a expectativa dessa conduta e sua regulação num futuro ainda desconhecido e incerto”. (TAVARES, 2000, p. 72)

Segundo a construção de Luhmann (1996, p. 94-95) as expectativas comportamentais normativas “têm que se imunizadas contra um certo grau de contradições ao nível fático, e têm que poder ser vinculáveis a justificativas cognitivamente plausíveis para desapontamentos. (...)”.

A premissa luhmanniana pode ser verificada na transferência das expectativas sociais para o Direito penal, ou seja, as interações humanas criam expectativas entre seus agentes – indivíduos – as quais são normatizadas para que então sejam estabilizadas. A teoria funcional de Luhmann parte da relação sociedade-direito, destacando o papel desempenhado pela *norma jurídica*, enquanto ferramenta de comunicação.

Essa transmutação ocorre da seguinte forma: altera-se a ótica penal do indivíduo para o sistema, de modo a fundamentar a pena na busca da afirmação da norma – estabilização normativa – vendo o delito enquanto uma violação disfuncional ao sistema.

Dessa forma, o crime corresponderia a uma afirmação, a essa afirmação deve a sociedade contestar com outra afirmação – reafirmação normativa – servindo a pena mais à segurança cognitiva da vigência da norma. “Jakobs diferencia, em todo caso, o significado da pena e finalidade da pena. O significado da pena seria a contestação da contestação à norma. A finalidade seria a pena como reforço (alicerçamento cognitivo) desta contestação”. (BUNG, 2006, p. 121)

Ora, para Jakobs, a teoria da vigência da norma está alicerçada em dois conceitos diretamente relacionados: expectativa normativa e o do alicerçamento cognitivo desta expectativa. Conforme esclarece BUNG (2006, p. 120): “(...) a vigência da norma só existe onde também há confiança em sua vigência, e a confiança na vigência da norma, apenas onde a expectativa de que a norma vigente não é sistematicamente frustrada. Esta interdependência não deve ser negada”.

Contudo, para combater esses perigos e realizar a tarefa de prevenção, o direito penal do inimigo “deve antecipar em muito o seu momento de intervenção, para atingir a mais otimizada proteção de bens jurídicos”. (NEUMANN, 2007, p. 168)

Acerca dessa antecipação punitiva e sua relação com as expectativas normativas, JAKOBS (2003, p. 133-134) assevera que: “(...) a vigência da norma não depende somente dos autores potenciais, e sim também do que esperam os afetados; resulta evidente que a vigência da norma pode ser prejudicada não só pela violação da norma, (...) como também por qualquer detrimento da confiança dos afetados (...)”.

Com base na proteção da norma, muda-se o ponto de referência do Direito penal, ou seja, do fato cometido para o fato futuro, através de um amplo adiantamento

da punibilidade, pois independente se foi ou não violado algum bem jurídico, a transgressão da norma em si justifica a reação penal, pois a pena passa a funcionar como um mecanismo que reafirma a confiança dos cidadãos ao sistema demonstrando as consequências penais da violação da norma – prevenção geral positiva. Além disso, as penas passam a ser desproporcionalmente altas, exatamente para coibir a transgressão da norma. (MELLIÁ, 2008, p. 57)

Igualmente, “num direito penal orientado à prevenção de perigos, o autor aparece como fonte de perigo, não como pessoa”. (NEUMANN, 2007, p. 169) Opera-se, portanto, a despersonalização do inimigo. Mas como essa despersonalização é (real)izável?

O autor, por conseguinte, estabelece ser o inimigo aquele sujeito que, além de constantemente violar a norma, não oferece garantias de que não ira repetir esse comportamento crônico de delinquência (reincidência). A pessoa, por sua vez, é definida a partir da expectativa de comportamento fiel à norma e ao direito – destinatária de expectativas normativas. Assim, nega-se o direito e o *status* de pessoa àqueles que não se comportam em conformidade com o direito e que não fornecem “a garantia mínima cognitiva de comportamento pessoal”. (BUNG, 2006, p. 123)

Balizado em um direito subjetivo de segurança dos cidadãos, JAKOBS (2007, p. 42) defende que a atuação interventiva penal serve ao *combate de perigos*. Aquele que “não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, (...) do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”.

Quem são esses inimigos? “É inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma”. (JAKOBS, 2007, p. 36)

Vale ressaltar, aqui, a concepção sistêmica segundo a qual pessoas existem apenas em uma sociedade. Assim para integrar esse organismo social, a definição de pessoa, segundo o autor, não parte do ponto de vista dos seus direitos – concepção jusnaturalista de direito inatos do ser humano – e sim a partir dos seus deveres – são pessoas aquelas que desempenham corretamente o seu papel social, através do cumprimento de seus deveres – bom comportamento.

Por fim, a partir dessa concepção – pessoa *versus* inimigos – ao inimigo, além de lhe ser negado o *status* de pessoa, também lhe são negados todos os direitos inerentes a essa condição, ou seja, o rompimento do contrato social tem como consequência a sua suspensão em relação ao transgressor, o que irá redundar no vilipêndio às garantias penais e processuais penais.

“Por conseguinte, ao inimigo são negadas ou flexibilizadas as garantias penais e processuais penais, ao não-cidadão é recusada a qualidade de sujeito, coisificando-o enquanto objeto de coação.”. (SILVA, 2008, p. 24)

Pode-se afirmar que aqui reside uma das principais críticas à doutrina de Jakobs, uma vez que, analisando sua doutrina sob o ponto de vista constitucional, o *status* de pessoa não é reconhecido pelo bom comportamento e sim pela qualidade de ser humano, o que não permite que lhe sejam negadas as garantias processuais e penais previstas na Constituição.

Segundo Greco (2005, p. 80): “o alvo principal das críticas foi o suposto direito do estado de recusar a seres humanos o *status* de pessoa. (...) a concepção mal seria constitucionalmente aceitável, ou mostrar-se-ia de todo inapropriada para um estado de direito”.

Ora, tal qual o conceito de bem jurídico, o conceito de inimigo não seria também um conceito elástico? Na verdade, falta um conceito claro de quem deva ser, em geral, o inimigo. Apontado esse problema, importante ressaltar uma observação

fundamental efetuada por Alejandro Aponte (2007, p. 19): “En virtud de las decisiones que se toman em el contexto de los estados de excepción, em virtud de La lógica de las normas de emergencia dirigidas contra actores específicos, se puede concluir lo siguiente: el enemigo siempre es un enemigo construido”.

Uma das grandes questões seria: o direito penal do inimigo poderia ser assim considerado direito? Seria o direito penal do inimigo – segundo apontam Jakobs e Luhmann – apenas um reflexo da sociedade atual e da crise da humanidade?

Desde que foi apresentado, a grande questão é se Jakobs estaria apenas descrevendo um novo paradigma (e criticando o modelo baseado na doutrina do bem jurídica) ou se o autor estaria apresentando uma concepção suscetível de ser legitimada. Haja vista os ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Espanha, a impressão é que “o desenvolvimento da tese de Jakobs nos tempos mais recentes não deixa dúvida acerca de que, além de mera descrição, este autor considera legítimo um Direito penal do inimigo em determinadas circunstâncias”. (MELLIA, 2008, p. 277)

Apresentado através de uma legislação de exceção – um Direito penal em estado de necessidade, fundado em um estado de guerra contra o inimigo, visando o seu combate e a eliminação dos perigos por ele causados o que se conclui é que se requer muita cautela. É preciso que se enfrentem os perigos do mundo atual, porém, a reação deve estar pautada no respeito à Constituição e seus princípios de garantia, sobretudo a dignidade humana e a presunção de inocência. Deve-se evitar, portanto, o aporte ao direito penal do inimigo com o fulcro de legitimação de governos autoritários e de um Direito penal irrazoável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APONTE, Alejandro. Derecho penal de enemigo vs. Derecho penal del ciudadano. Günther Jakobs y los avatares de um derecho penal de la enemistad. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 51, nov./dez. 2004.

BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. Trad. Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 62, nov/dez. 2006.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito do inimigo. *penal Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 56, set.-out. 2005.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NEUMANN, Ulfried. Direito penal no inimigo. Trad. Antonio Martins. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 69, nov/dez. 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal de Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Trad. Helga Sabotta de Araújo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 47, mar.-abr. 2004.

SILVA, Ana Claudia da. *Políticas de (des)criminalização*. 2008. 249 f. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 46, jan.-fev. 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

O CONFLITO ENTRE O DIREITO DE SER MÃE E O DE SER FILHO NA PENITENCIÁRIA FEMININA DO PARANÁ

Andrea Cristina Martins¹

RESUMO

Na sociedade contemporânea com a concretização nas Constituições Nacionais dos direitos fundamentais, surgem novos conflitos no que tange a colisão de direitos. No Brasil, especificamente, devido à amplitude dos direitos fundamentais alguns conflitos têm surgido, possibilitando a reflexão em torno desse. Esta pesquisa tem como escopo a análise da colisão entre direitos da mulher presidiária na condição de mãe, e de seus filhos, enquanto crianças inseridas no sistema prisional, em especial na Penitenciária Feminina do Paraná. A análise utilizará a perspectiva multidisciplinar e tem como metodologia a pesquisa bibliográfica e legislativa e a coleta de dados. Como marco teórico foi utilizado a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, que busca uma análise racional nos conflitos entre direitos fundamentais, fazendo uma distinção entre regras e princípios para que, em uma colisão de princípios possa ser feita uma ponderação e a definição com base em uma argumentação jurídica. A pesquisa aponta a existência de direitos constitucionais protetivos à mãe presidiária e também à criança e um conflito entre normas na legislação infraconstitucional, em especial, entre a Lei de Execução Penal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. As conclusões destacam

o aspecto complexo que se reflete na díade mãe-criança no contexto prisional, impondo uma nova reflexão para a efetivação de uma política de respeito à diversidade com garantia e segurança para a criança, pois o que se verifica é a ênfase na garantia constitucional da mãe permanecer com seu filho durante a amamentação, e no caso paranaense até os sete anos de idade. Necessário dar visibilidade a essa realidade e iniciar ações efetivas na proteção aos direitos das mães presas, mas também, e com prioridade absoluta, aos direitos das crianças.

Palavras-chave: *criança, mãe, sistema penitenciário, conflito de direitos*

ABSTRACT

In contemporary society with the achievement in National Constitutions fundamental rights, new conflicts arise regarding the collision of rights. In Brazil, specifically due to the amplitude of the fundamental rights some conflicts have arisen, enabling reflection on this. This research has the objective of analysing the collision between the rights of women prisoner on condition of mother, and their children, while children involved in the prison system, especially in women's penitentiary of Paraná. The analysis uses a multidisciplinary approach and its methodology is bibliographic and legislative research and data collection. As a theoretical framework we used the Theory of Fundamental Rights of Robert Alexy, who seeks a rationale in conflicts between fundamental rights, making a distinction between rules and principles so that, in a collision of principles can be made and a weight-based definition legal argument. The research points to the existence of constitutional rights and convict protective mother to the child and also a conflict between norms in constitutional legislation, in particular between Law Enforcement and Criminal Statute of Children and Adolescents. The findings highlight the complex aspect that is reflected in the mother-child dyad in the prison context, imposing a new reflection on the effectiveness of a

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professora da Universidade Positivo. Coordenadora do Projeto Geração de Renda da Escola de Negócios da Universidade Positivo. Advogada e consultora com atuação no Terceiro Setor. Andreamartins2004@hotmail.com

policy with respect to diversity and ensuring safety for the child, because what is happening is the emphasis on ensuring constitutional mother stay with your child during breastfeeding, and in the case until the Paraná seven years old. Necessary to give visibility to this reality and initiate effective actions to protect the rights of imprisoned mothers, but also, and with absolute priority to children's rights.

Keywords: *child, mother, prison system, conflicting rights.*

Essa pesquisa teve sua origem em um trabalho realizado durante a disciplina de Sociologia Jurídica no Curso de Direito da Faculdade OPET, quando ministrava essa disciplina na instituição. Foi realizada uma pesquisa de campo por um grupo de alunos, sobre mães encarceradas na Penitenciária Feminina do Paraná. Os resultados foram tão surpreendentes que foi proposto à Coordenação de Curso a criação de um núcleo de pesquisa sobre o tema. Após a ampliação da pesquisa inicial, os resultados do núcleo de pesquisa podem ser apresentados nesse resumo expandido.

A análise utilizará a perspectiva multidisciplinar, sendo uma pesquisa do tipo descritiva, pois procura descrever sistematicamente um fenômeno, também pode ser considerada uma pesquisa do tipo qualitativa, porque pretende analisar de forma detalhada as características da situação analisada. A coleta de dados se deu através de uma pesquisa bibliográfica, incluindo a pesquisa legislativa. Também foi utilizada como forma de coleta de dados a entrevista de sujeitos intencionalmente escolhidos.

A Constituição Federal de 1988 foi o primeiro momento na história do ordenamento jurídico brasileiro em reconhecer e consagrar o princípio da proteção da prioridade absoluta à criança e adolescente, assegurado expressamente pelo artigo 227¹, sendo posteriormente regulamentado pela Lei nº 8069 de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Ressalta-se que à criança, ao adolescente e ao jovem estão assegurados na Constituição Federal os direitos e garantias fundamentais dispostos no artigo 5º, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no inciso III do artigo 1º do mesmo diploma legal, além dos direitos fundamentais originários de tratados internacionais de direitos humanos.

¹ Sendo ampliando-se este princípio ao jovem com o advento da Emenda Constitucional nº 65 de 2010.

O Estatuto da Criança e do Adolescente responsável por muitas mudanças no cenário brasileiro trouxe grandes avanços aos direitos fundamentais tanto para a criança como para os adolescentes.

Verifica-se que o Estatuto da Criança e Adolescentes é regido por uma série de princípios que representam essa nova política estatutária, sendo os principais: princípio da proteção integral, princípio da prioridade absoluta, princípio da prevenção geral, princípio do atendimento integral, princípio da proteção estatal, princípio da prevalência dos interesses do menor, princípio da sigilosidade e princípio da gratuidade.

O art. 6º do ECA é claro ao preceituar que a criança e o adolescente são pessoas em desenvolvimento e deve-se sobrelevar a proteção dos interesses do menor sobre os demais bens ou interesses juridicamente tutelados. Essa condição de peculiaridade deve ser respeitada, pois caso contrário não há como tornar efetivas as demais normas jurídicas de proteção à criança.

1. A MULHER NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional é o sistema de encarceramento dos condenados por crimes contra a sociedade, está centrado preponderantemente na premissa da exclusão social do criminoso. Toda a estrutura do sistema prisional converge para manutenção de uma rede de poder instituída para manter o controle, a vigilância e a disciplina através da ação do Estado.

O artigo 5º da Constituição Federal irá estabelecer em seus incisos XLV ao LXVI os direitos referentes ao processo penal e às pessoas que se encontram no sistema prisional, não fazendo distinção entre os gêneros. No que tange em especial à mulher, o inciso L do artigo 5º da Constituição Federal estabelece o direito da mulher permanecer com o filho durante o período da amamentação.

A Lei nº 7210 de 1944 que institui a Lei de Execução Penal também dispõe no art. 14, § 3º que “será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Verifica-se que durante o período de gravidez a mulher passa por transformações físicas e emocionais, peculiares a este estado. Afora a felicidade da espera de um filho, a gravidez é acompanhada de enjoos, sobrepeso, dores na coluna dentre outros problemas mais graves que podem ocorrer como anemia, pressão alta e diabetes gestacional. No entanto, a maioria das penitenciárias brasileiras não possui um ambiente propício que esteja de acordo com as necessidades destas mães e suas futuras famílias intramuros.

Segundo SANTA RITA (2009, p. 208):

São inegáveis as precárias condições de habitabilidade que se encontram as penitenciárias brasileiras. Esse problema se agrava à medida que as unidades femininas não dispõem de recursos humanos especializados e espaços físicos necessários à saúde da mulher, em especial ao tratamento pré-natal e pós-natal.

A Lei de Execução Penal em seu art. 83, § 2º irá estabelecer o direito da mulher presa ficar com seu filho para amamentá-lo até no mínimo os 6 (seis) meses de idade. No art. 89 do mesmo diploma legal dispõe sobre o direito da mulher presa de ficar com o seu filho até os 7 anos de idade. Esse direito pode ou não ser exercido dentro da unidade prisional, conforme o estabelecimento tenha estrutura suficiente para proporcionar uma permanência saudável tanto para a mãe quanto para o seu filho.

Conforme a Lei de Execução Penal é facultado à mãe cuja criança, que depois da fase de aleitamento não tenha condições de sobreviver com a família extramuros,

fique consigo no ambiente penitenciário até que complete sete anos de idade. Se a mãe assim não quiser, a guarda dos filhos é cedida temporariamente, enquanto esta estiver presa, assegurando o previsto no art. 19 do ECA.

Os dispositivos legais existentes buscam uma regulamentação mínima no tocante às necessidades da mulher presa e do seu filho, contudo não contemplam aspectos da maternidade como um todo.

Através de dados fornecidos pelo Ministério da Justiça através do Departamento Penitenciário Nacional, em estudo realizado em abril de 2008, denominado “Mulheres Encarceradas”¹ demonstra a evolução da população carcerária feminina. Existe no Brasil aproximadamente 27.000 (vinte e sete mil) presas, e nos últimos anos o crescimento real do encarceramento das mulheres foi de aproximadamente 12% e para os homens em torno de 5%.

Até o ano de 2008 havia 58 unidades prisionais exclusivamente femininas, sendo as demais adaptadas a partir de ambientes preparados para receber apenas homens.

Os dados fornecidos pelo InfoPen 12/2010 mostram que existem apenas 45 penitenciárias femininas no Brasil, no entanto existem 84 creches e berçários em penitenciárias, o que se pode concluir que existem 39 creches e berçários em penitenciárias masculinas, que têm alas femininas, o que pode-se supor que exista maior dificuldade para manutenção de espaços adequados para atendimento a essas crianças. Ainda, segundo os dados do InfoPen 12/2010, verifica-se que existem 195 crianças no sistema prisional, mas o questionamento é: em quais condições?

¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Mulheres encarceradas** – Consolidação dos dados fornecidos pelas Unidades da Federação. Brasília, 2008.

O Estado do Paraná possui 2 estabelecimentos exclusivamente femininos, são eles: Penitenciária Feminina do Paraná – PFP, destinada ao regime fechado e o CRAF – Centro de Regime Semi-Aberto Feminino de Curitiba. No complexo Médico Penal – CMP há uma ala exclusiva com 45 vagas para presas, sendo 30 vagas para cumprimento de medida de segurança.²

O perfil das mulheres que chegam grávidas e dão a luz dentro do sistema prisional paranaense não difere das mulheres encarceradas no resto do país, de um modo geral.

A Penitenciária Feminina do Paraná, a partir de 1990, passou a ter uma creche para dar atendimento aos filhos das internas, sendo construído um local próprio para o alojamento, dispondo de uma área de lazer, brinquedos, jardim e playground. A Lei nº 9304/90 foi a responsável por instituir na Penitenciária Feminina do Paraná a creche intitulada “Cantinho Feliz”.

Verifica-se que a lei paranaense irá estabelecer a creche como um espaço para atendimento aos filhos das presas quando não houver possibilidade de sobrevivência com a família, e estabelece um prazo até os 6 (seis) anos, apesar da Lei de Execução Penal estabelecer 7 (sete) anos.

As detentas da Penitenciária Feminina de Piraquara são separadas em turnos de 8 horas para o trabalho de cuidado das crianças, incluindo a alimentação e também o serviço de limpeza, tendo o direito de receber o pecúlio e a remição da pena. Cabe esclarecer que nos turnos para cuidado às crianças, as presas fazem um revezamento, desta forma, as crianças não são cuidadas exclusivamente por suas mães, não podendo deixar de destacar que existem rivalidades entre as presas que podem se refletir no

² Disponível: <<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=24>> Acesso em: 12 de outubro de 2011.

“cuidado” das crianças. À noite, no entanto, as crianças são deixadas aos cuidados das agentes penitenciárias e as mães dormem em suas celas.

Segundo Quintino (2005, p. 125) a mulher grávida com filhos pequenos não sobra muitas opções, “em alguns casos a penúria da família é tão grande que o próprio juiz determina que a criança seja levada para a prisão com a mãe por entender que de outra forma a criança ou às vezes, as crianças, não sobreviverão”.

O momento crucial dentro da Penitenciária Feminina é a separação mãe e filho. Estas crianças, muitas vezes sem ter a mínima noção do mundo fora das grades, liberam-se da pena imposta pela mãe para viverem em abrigos tutelados pelo Estado, com famílias acolhedoras ou familiares que raramente ou nunca tiveram contato com elas durante seus poucos anos de vida. O sofrimento é de ambos. A mãe, embora ciente que o sistema prisional não oferece a condição ideal para a criação de um filho, sofre com esta ruptura e, a criança que pouco ou nada conhece do mundo extramuros vai sofrer com essa mudança e com a separação da mãe.

No entanto, cabe esclarecer que muitas detentas têm penas de curta duração e que quando passam a ter o direito à liberdade levam consigo seus filhos.

2. OS CONFLITOS LEGAIS QUE ENVOLVEM AS CRIANÇAS NO SISTEMA PRISIONAL

O Relatório Mulheres Encarceradas (2008, p. 18) elaborado pelo Ministério da Justiça, aponta que das crianças no sistema prisional, 24,02% estão em berçários, 28,74% estão em creches e 47,24% estão em outros locais (celas).

No mesmo relatório Mulheres Encarceradas (2008, p. 14 a 16) encontram-se as informações abaixo sobre as condições dos berçários e os locais improvisados para atendimento às crianças:

◦ *ESTABELECIMENTOS COM BERÇÁRIO* - A realidade, porém, apresenta uma situação bem diversa da recomendada, pois apenas 19,61% dos estabelecimentos penais femininos possuem berçários ou estruturas separadas das galerias prisionais equivalentes.

As mães passam, em 81,25% dos casos, o período integral com as crianças. Em 12,50% dos casos as mães permanecem no local durante o dia e retornam para as celas durante a noite em companhia da criança. Enquanto que 6,25% das presas permanecem no local durante o dia e retornam para as celas durante a noite sem a companhia da criança.

◦ *LOCAL IMPROVISADO (PRÓPRIA CELA) PARA ATENDIMENTO*

ÀS CRIANÇAS - Em 51,61% dos estabelecimentos penais femininos existem locais improvisados para atendimento às crianças.

Ao comparar os dados existentes algumas incongruências, pois se verifica que 47,24% das crianças ficam em outros locais (celas), outros dados mostram que 12,50% das mães ficam com seus filhos o dia todo no berçário e dormem com essas nas celas, e outro dado mostra que 51,61% dos estabelecimentos prisionais tem locais improvisados para atendimento as crianças. Mas independente da precisão dos dados o que se mostra é a precariedade da situação das crianças.

É espantoso verificar que quase metade das crianças que permanecem com

suas mães dentro do sistema prisional ficam dentro das celas. Essas crianças efetivamente cumprem pena com suas mães, o que afronta os mais básicos direitos fundamentais!

Na falta de uma maior discussão e aprofundamento sobre o tempo mínimo e máximo para a permanência de criança em ambiente de pena, as unidades da federação, em sua maioria, continuam decidindo conforme sua livre vontade legal refletindo, assim, ações institucionais diferenciadas de qualquer diretriz de política pública minimizadora de violações das crianças que permanecem presas com suas mães.

No que tange ao local onde a criança deveria ter a assistência adequada, verifica-se que na Lei de Execução Penal (art.89) e na Lei estadual paranaense nº 9304/90 (art.1º) definem esse como creche, inclusive estabelecendo que deverá haver “atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional”, no entanto o que se verifica no caso da Penitenciária Feminina de Piraquara é que não existe atendimento qualificado, e sim apenas um espaço cuidado pelas próprias detentas, sem nenhum tipo de atividade educacional às crianças.

A Lei nº 9394 de 1996 que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional estabelece no art. 11 que os Municípios deverão incumbir-se de oferecer educação infantil em creches e pré-escolas, e no art. 29 estabelece que a educação infantil, “tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança até seis anos de idade, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.” Não há um atendimento profissional que possibilite o desenvolvimento integral das crianças. As crianças ficam em um espaço diferenciado, com adequação física, inclusive na parte da alimentação, mas o desenvolvimento integral precisa abranger os aspectos psicológico, intelectual, social e

de convivência com a comunidade. O que não vem sendo cumprido no caso em análise.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Identifica-se, assim, um aspecto complexo que se reflete na díade mãe-bebê no contexto prisional, impondo uma nova reflexão para a efetivação de uma política de respeito à diversidade com garantia e segurança para todas as crianças.

Não há dúvida que a permanência de uma criança junto à sua mãe é muito bom para o seu desenvolvimento, mas na prisão é algo problemático e polêmico, por isso, devemos pensar sobre os benefícios e os malefícios das consequências desse procedimento.

Para uma análise racional desse conflito entre princípios constitucionais será utilizada a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy. As características dos princípios apresentadas por Alexy (2011) encontram-se essa situação real, como o alto nível de generalidade, a constituição enquanto mandados de otimização e deônticos, além de possuírem a mesma hierarquia.

Para buscar a solução desse conflito será necessário, conforme proposto por Alexy (2011) utilizar a ponderação, para tanto, o autor estabelece a Lei de Colisão que se destina a resolver conflitos entre princípios através da precedência que deverá ser aplicada verificando as consequências fáticas e jurídicas do caso concreto. O critério da proporcionalidade é composto de três fases distintas: a adequação, verificando-se a finalidade real do princípio analisado, desta forma, não deve haver um desvio da intenção contida no princípio. A segunda fase trata da necessidade, quando se verifica se o meio escolhido era o único existente e o mais favorável. A terceira fase trata da proporcionalidade, isto é, permanecendo o conflito, deverá ser resolvida utilizando uma das duas leis de ponderação. A primeira lei de ponderação trata da relação das

consequências jurídicas que a escolha acarretará, a segunda lei de ponderação trata sobre a dimensão do direito fundamental.

No conflito existente entre o direito de ser mãe e o direito de ser filho no sistema prisional, ao utilizar os critérios de proporcionalidade, ainda assim, fica difícil a solução desse caso concreto. Para tanto, pode-se utilizar uma das objeções apresentadas por Alexy (2011), ou seja, a objeção dos princípios absolutos. Segundo Alexy (2011, p. 111) se um princípio é absoluto “trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios em nenhuma hipótese cedem em favor de outros”, nesse caso concreto, o princípio da prioridade absoluta, em seu bojo já estabelece que a prioridade deve ser absoluta e assim não pode ser relativizada em relação a outro princípio. A aplicação desse princípio deve prevalecer em relação aos demais.

Essa questão é demais inquietante, não cabendo uma análise restritiva ou conclusiva, mas a premência do estudo sobre o tema e da aplicação adequada desses princípios constitucionais.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

QUINTINO, Silmara Aparecida. *Creche na prisão feminina do Paraná – Humanização da pena ou intensificação do controle social do Estado?* Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre. Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005.

SANTA RITA. Rosangela Peixoto. *Criança em ambiente penitenciário: uma análise da experiência brasileira*. Vox Juris, Ano 2, v. 2, n. 1, 2009. Disponível em: http://www.ugf.br/editora/pdf/voxjuris_2/artigo7.pdf Acesso em: 06 de novembro de 2011.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GT DIREITOS HUMANOS E PRÁTICAS SOCIAIS

A DISPUTA PELO PODER SIMBÓLICO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E SEUS IMPACTOS NA PROTEÇÃO DA VÍTIMA

Shana Marques Prado dos Santos¹

RESUMO

A partir da obra de Pierre Bourdieu e de Antônio Augusto Cançado Trindade, o presente trabalho tem como objeto os impactos na proteção das vítimas de direitos humanos causados pela disputa entre os atores do sistema regional americano de direitos humanos. Diante do atual processo de “fortalecimento” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, faz-se necessário um olhar crítico das reformas ocorridas desde a segunda metade do século XX. Analisando este âmbito de proteção como um campo em que diferentes agentes disputam o poder enunciativo, compreende-se que os Estados ocupavam uma posição central neste espaço e gradativamente outras instituições e operadores jurídicos passaram a concorrer com o mesmo. Assim, através da revisão bibliográfica, do estudo das normas e, subsidiariamente, da discussão de julgados da Corte Interamericana, procura-se identificar as mudanças ocorridas para definir

¹ Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas, na linha de pesquisa "Direitos Humanos, Sociedade e Arte", do PPGD da Universidade Federal do Rio de Janeiro e pesquisadora do Laboratório de Direitos Humanos da mesma instituição. Currículo Lattes disponível no link: <http://lattes.cnpq.br/3803428943842592>. E-mail: shanasantos@yahoo.com.br

a trajetória do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, as diferentes configurações de força que apresentou no decorrer da história, e como os operadores do direito exercem suas influências neste universo delimitado. Por fim, será avaliado se as constantes reformulações impactaram numa ampliação ou restrição do acesso à justiça e da proteção dos indivíduos que se utilizam destes mecanismos. O trabalho é desenvolvido no âmbito da pesquisa de mestrado da autora, em andamento.

Palavras-chave: *sistema interamericano de direitos humanos; poder simbólico, atores; acesso à justiça.*

ABSTRACT

Using Pierre Bourdieu's and Antônio Augusto Cançado Trindade's works, this article intends to analyse the dispute between actors of the American regional system of human rights and its impacts on the protection of the victims of this system. Considering the current process to "strengthen" the Inter-American Human Rights System, it is necessary to take a critical look at the reforms occurred since the second half of the twentieth century. Considering this structure as a field in which different actors dispute the power to enunciate, it is understood that States occupied a central position in this field and, gradually, other institutions and legal practitioners started to compete with them. It is used a bibliographic review, study of norms, and additionally a discussion of decisions from the Inter-American Court of Human Rights with the purpose to identify the modifications happened, the trajectory of the Inter-American System, its different power configurations throughout its history, and how practitioners exercise their influence in this universe. Finally, it will be evaluated if the constant reformulations have expanded or restricted the access to justice and the protection

of individuals which use these mechanisms. The article is comprehended in the author's research for her masters, which is in progress.

Keywords: *inter-american human rights system; symbolic power; actors; access to justice*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo volta-se a analisar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (“SIDH”) como um *campode poder*¹ (Bourdieu, 1989) diferenciado em constante transformação desde 1948. Diante de um processo de “fortalecimento”² que pode mudar drasticamente os caminhos deste sistema regional, faz-se necessário recuperar sua trajetória histórica com uma visão crítica.

Procura-se identificar em que medida há um rearranjo das forças no campo com o surgimento de outros atores e se houve uma cessão de espaço por parte do Estado. Além disso, será avaliado se para as vítimas³ estas mudanças representam uma ampliação ou restrição em termos de acesso à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH ou Corte) e de utilização do processo. Para compreender as alterações nas instituições e no processo interamericano, utiliza-se a revisão bibliográfica, o levantamento, estudo e

¹ O conceito de *campo* em Bourdieu implica num conjunto de relações entre grupos diferentes no espaço social, no qual os agentes de posições distintas disputam o poder. Especificamente o termo *campo de poder* designa as “relações de forças entre grupos sociais que garantem aos seus ocupantes um *quantum* de força suficiente de força social – ou de capital – de modo que a estes tenham a possibilidade de entrar nas lutas pelo monopólio do poder (...)” (Bourdieu, 1989, p. 28-29).

² Desde junho de 2011, o Conselho Permanente da OEA tem estudado a possibilidade de novas reformas no funcionamento da Comissão Interamericana com o propósito anunciado de fortalecer o Sistema Interamericano. No entanto, o presente trabalho não pretende analisar as mudanças posteriores ao ano de 2009.

³ Por vítima, entende-se indivíduos ou coletividades que tiveram direitos e garantias previstos no Pacto de São José da Costa Rica potencialmente lesados por um Estado parte do tratado.

sistematização de estatutos, regulamentos e documentos legais dos órgãos e de jurisprudência na Corte.

Considerando a complexidade que envolve as Relações Internacionais e a multiplicidade de agentes que trabalham com a temática dos direitos humanos, faz-se necessário explicitar que este trabalho volta-se a apresentar a estrutura e a dinâmica das interações entre os principais atores em âmbito regional, em especial a Corte Interamericana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH ou Comissão), os Estados Partes e os peticionários. Apesar de não ser o foco da análise, não se desconhece o papel de outras instituições como órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), na proteção internacional dos direitos humanos.

1. ANTECEDENTES AO SISTEMA INTERAMERICANO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos parte do pressuposto da desigualdade entre os Estados e os indivíduos sob sua jurisdição (LEDESMA, 2009, p. 10). Os Estados estariam em uma posição privilegiada no campo de poder, incumbindo-lhes a função de reconhecer os direitos, garanti-los, prevenir suas violações e repará-las, caso ocorressem. A interação com os indivíduos se dava exclusivamente no âmbito das diversas instituições nacionais.

Conforme Proner (2002, p. 67-68), as relações entre os Estados na segunda metade do século XX traduziam-se no *modelowestfaliano* que “consagrava o direito de um Estado exercer o poder exclusivo no interior de suas próprias fronteiras e reclamar uma independência absoluta em relação a qualquer autoridade internacional.”.

Contudo, a noção clássica de soberania passa por uma flexibilização evidenciada pela criação de diversas organizações internacionais (RANGEL, 2007,

p. 98), em especial a Organização das Nações Unidas (ONU). Inspirada por ideias cosmopolitas¹ e de universalidade² dos direitos humanos, a temática ganha projeção na agenda internacional ao se entender que sua proteção não se exaure na ação estatal (TRINDADE, 1998). Neste contexto, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948 em conjunto com a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, do mesmo ano, passam a ser as matrizes principiológicas dos Estados Partes da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Ainda nesta fase, antecedente à formação do Sistema Interamericano, não havia em âmbito regional uma instituição voltada a esta temática. E, na esfera da ONU, até os anos 60, a Comissão de Direitos Humanos não possuía competência para lidar com as violações de direitos, sendo a sua função primordial elaborar estandartes internacionais por meio de tratados.³

Nesse primeiro momento, em que os instrumentos normativos internacionais vinculavam os Estados em grau reduzido e os órgãos de supervisão também tinham poderes limitados, é possível afirmar que os Estados detinham o monopólio do *poder simbólico*⁴ (Bourdieu, 1989, p. 14-15) no universo trabalhado.

¹ Sobre o assunto ver LIMA, Manoel Pedro Ribas de. Humanidade e Direito Cosmopolita. **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 4, 2008. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/>.

² Para mais informações sobre o assunto ver: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. V. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997. p. 301-403; LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 53-78.

³ Para mais informações: <<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/further-information.htm>>.

⁴ “O poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo, e deste modo, a ação sobre o mundo e, portanto, o mundo;

Soberanamente poderiam determinar quais direitos seriam reconhecidos em seu ordenamento jurídico, as políticas públicas que garantiriam sua efetivação, a interpretação oficial dessas normas e as formas de sanções e reparações quando desrespeitadas. Ou seja, por meio de suas instituições, agentes investidos de competência para determinar o sentido de um *corpus* de textos, consagravam a visão que entendiam ser *legítima, justa* dos direitos humanos para seus jurisdicionados (Bourdieu, 1989, p. 212).

2. CRIAÇÃO E FORTALECIMENTO DA COMISSÃO INTERAMERICANA

A primeira mudança nesse cenário se deu, em 1959, com a aprovação da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros de Relações Exteriores, que criou a Comissão Interamericana. De início, a Comissão não se consolidou como um *intérprete autorizado* (Bourdieu, 1989, p. 213) dos tratados devido às circunstâncias de sua criação, que ocorrera à revelia da Carta da OEA. Além disso, a limitação de seus poderes à mera promoção dos direitos humanos no continente também foi um entrave à sua disputa por uma posição enunciativa do campo.

Alguns anos depois, a reforma do Estatuto da CIDH⁵ e a alteração da Carta da Organização Americana⁶ – incorporando oficialmente a Comissão à estrutura desta organização internacional – trouxeram mais legitimidade à atuação

poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força, (...) graças ao efeito de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário. (...) O que faz o poder das palavras e das palavras de ordem, poder de manter a ordem ou de a subverter, é a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras”.

⁵ Durante a Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965.

⁶ Por intermédio do Protocolo de Buenos Aires de 1967.

do referido órgão, que teve suas funções ampliadas. A CIDH passou a conhecer denúncias de situações violatórias e a formular recomendações a serem observadas pelos Estados.

Entretanto, o rol de direitos que poderiam ser objeto de uma petição individual era restrito¹ e amparado na Declaração Americana de Direitos e Deveres, que possuía uma força normativa limitada. Em caso de inobservância das recomendações da Comissão, ela poderia se referir ao assunto no seu informe anual destinado à Conferência Interamericana – hoje Assembleia Geral – ou à Reunião de Consulta e, em último, caso tonar a questão pública.

A outorga dessas atribuições e ratificação do trabalho da Comissão, promovendo-lhe a órgão consultivo da OEA, instituiu-lhe como órgão “mandatário autorizado de uma coletividade” (Bourdieu, 1989, p. 236), ao passo que transformou seus posicionamentos em *atos de nomeação*². A CIDH concorreria agora com os Estados pelo poder simbólico e poderia atribuir sentido às situações que lhes fossem denunciadas. As decisões deste novo agente – como a admissibilidade dos casos individuais, a existência de violações de direitos humanos e quais medidas cabíveis deviam ser implementadas pelo Estado – produziriam efeitos. Além disso, como autoridade regional, sua interpretação sobre a extensão das normas contidas nos instrumentos internacionais e as obrigações

dos Estados referentes às mesmas também adquiririam relevo. Neste sentido, Bourdieu (1989, p. 232) enfatiza que o agente do campo jurídico possui a capacidade de tornar visível no código do direito o que o *profano*, o leigo, apenas enxerga na dimensão fática:

“a passagem do agravo despercebido ao agravo percebido e nomeado, e sobretudo imputado, supõe um trabalho de construção da realidade social que incumbe, em grande parte, aos profissionais: a descoberta da injustiça como tal assenta no sentimento de direitos (...) e o poder específico dos profissionais consiste na capacidade de revelar os direitos e, simultaneamente, as injustiças ou, pelo contrário, de condenar o sentimento de injustiça firmado apenas no sentido da equidade e, deste modo, dissuadir da defesa judicial dos direitos subjectivos” (1989, p. 232).

Não obstante a inserção de um novo ator tenha impactos expressivos, os Estados ainda detinham grande parte do poder disputado. Isto porque as implicações do descumprimento das recomendações da CIDH eram precipuamente políticas, ao invés de jurídicas, e os Estados faziam preponderar sua soberania sobre os entendimentos da Comissão quando lhes convinha. A própria instituição reconheceu a falta de poderes para adotar uma decisão propriamente dita, entendendo – no primeiro relatório sobre o trabalho que vinha realizando – que poderia apenas formular recomendações. Ledesma (2009, p. 47) observa que, até 1975, os informes da Comissão não eram debatidos quando levados a outros órgãos da OEA, ainda que concluíssem pela existência de graves violações de direitos humanos em alguns países.

¹ De acordo com o artigo 48 do Regulamento de 1966 da Comissão, poderiam ser denunciadas violações aos seguintes artigos da Declaração Americana: I (vida, liberdade e segurança pessoais), II (igualdade perante a lei), III (liberdade religiosa), IV (liberdade de expressão), XVIII (acesso à justiça), XXV (garantias judiciais) e XXVI (princípio da legalidade, do juiz natural e da humanidade das penas).

² Os atos de nomeação representam a forma por excelência da palavra autorizada, da palavra pública. São atos que impõem um ponto de vista e se fazem reconhecer. (Bourdieu, 1989, p. 236-237).

Outro aspecto relevante é a seleção dos casos que serão conhecidos pelo órgão. Poucos são os critérios objetivos previstos no seu Regulamento de 1966¹ – e no atual – o que denota uma alta subjetividade na escolha das petições e controle ao acesso ao campo jurídico interamericano. Quanto à imparcialidade e independência dos comissionados debate-se se a metodologia de escolha desses profissionais é a mais apropriada². Sobre esta questão, Ledesma (2009, p. 36-37) afirma que as fortes ligações com os governos prejudicaram a eficiência da Comissão ao politizar diversos assuntos. Em sentido contrário, Cançado Trindade (2003, p. 35) observa que, apesar disso, os comissionados atuaram com independência e foram os responsáveis pela expansão progressiva das funções deste órgão.

3. CRIAÇÃO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O marco mais relevante na perspectiva histórica deste campo é a adoção do Pacto de São José da Costa Rica, que possibilitou a efetiva criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O destaque para esta nova fase deve-se ao estabelecimento de um órgão jurisdicional e o acréscimo de novas funções à Comissão Interamericana, mudanças que entraram em vigor a partir de 1978, quando foi atingido o número mínimo de ratificações.

Evidentemente, somente os Estados que, no exercício da sua soberania, optaram por ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e

reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte foram submetidos às novas regras. Em relação aos demais membros da OEA, a CIDH manteve sua atuação de formular informes e estudos nos termos do sistema anterior, em que a Declaração Americana de Direitos e Deveres era o parâmetro principal.

Com respeito à atuação da Comissão para os Estados Partes do Sistema Interamericano, uma das alterações foi a previsão de um procedimento de conciliação entre os Estados acusados e as supostas vítimas ante a CIDH³. Após a denúncia ser aprovada na análise de admissibilidade, o órgão passa a conhecer o mérito do caso concreto e, ao longo deste procedimento, é tentada uma solução amistosa entre as partes.

Nesta segunda etapa, o objeto da Comissão Interamericana é definir se houve uma violação dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos, podendo ser utilizados, de modo a complementar a interpretação das normas da CADH, os demais tratados de âmbito regional⁴⁵. O entendimento pela violação de artigos deste tratado significaria reconhecer a existência de responsabilidade internacional do Estado acusado. Se esta for a hipótese, a CIDH produzirá um informe confidencial⁶ destinado ao Estado Parte com recomendações

³ Artigo 48. f) da CADH.

⁴ No Regulamento da Comissão de 1980 eram mencionados apenas a Declaração Americana e a CADH, somente sendo incluídos novos tratados no Regulamento de 2000.

⁵ Podem ser mencionados: o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, entre outros.

⁶ “Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e

¹ A título de exemplo podem ser citados a regra do esgotamento prévio dos recursos internos estatais e o prazo decadencial de seis meses desde o trânsito em julgado da última sentença à apresentação do caso à Comissão.

² A escolha dos sete membros da CIDH se dá por eleição de candidatos apontados pelos governos dos Estados americanos.

para reparar a situação, e uma vez não implementado no prazo concedido, a Comissão conta com três meses para decidir se submeterá o caso concreto à apreciação da Corte IDH¹.

A princípio, tampouco eram explicitados quais os parâmetros de envio de um caso à Corte, o que só ocorreu com a alteração do Regulamento, em 2000, quando foram elencados os seguintes critérios: a) a posição do peticionário sobre o assunto; b) a natureza e gravidade da situação; c) a necessidade de desenvolver ou esclarecer a jurisprudência do sistema sobre o tema; d) o possível efeito da decisão nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes; e e) a qualidade de prova disponível². Destaca-se que todos os parâmetros enumerados são altamente subjetivos dando uma margem de discricionariedade à atuação da Comissão.

Ao submeter o caso à Corte, a CIDH adotava a posição de parte no processo, defendendo a suposta vítima contra o Estado litigado. Essa posição ambígua de investigador, conciliador e parte no mesmo caso concreto foi alvo de muitas críticas referentes a falta de parcialidade da Comissão Interamericana para conduzir a primeira etapa do procedimento e a uma posição privilegiada no processo por ser órgão do SIDH. Como será abordado, a CIDH sofreu diversas transformações no seu funcionamento, nos últimos anos, que levaram a um distanciamento do lugar de autor da demanda.

suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.” (art. 50 da CADH).

¹ Desde 2009, o Estado pode pedir à Comissão que suspenda esse prazo de três meses, desde que tenha demonstrado sua vontade de implementar as recomendações mencionadas.

² Este último item foi excluído dos Regulamentos da Comissão de 2009 e 2011.

Em que pese a relevância da atuação da Comissão na solução dos casos individuais – seja por meio da conciliação ou do litígio – e ter uma procura cada vez crescente por parte das vítimas, seu financiamento não evoluiu de maneira proporcional. Os recursos insuficientes oriundos da OEA forçam a CIDH a procurar fontes externas que – em 2011 – forneceram o equivalente a 54% do seu orçamento.³ Como resultado, a instituição fica sujeita a pressões variáveis que prejudicam um desempenho independente e imparcial como ator no campo. Além disso, o órgão tem enfrentado dificuldades para apreciar as denúncias com eficiência, resultando em uma demora excessiva na tramitação dos processos, que em média levam seis anos e meio para obterem uma decisão de mérito.⁴ Além disso,

Quanto à jurisdição da Corte Interamericana de direitos humanos, cabe explicar que seu caráter é complementar⁵ – somente são admitidos casos que não tiveram um tratamento adequado pelo Estado acusado. Isto ocorre especificamente, quando a vítima esgotou os recursos judiciais internos e não obteve reparação ou quando não pôde ter amparo judicial do seu caso – por não existir o devido processo legal para a proteção de seu direito naquele Estado, por não ter tido acesso aos recursos da jurisdição interna, por ter sido impedido de

³ De acordo com a prestação de contas de 2011, os recursos da OEA destinados à CIDH representam apenas 5% do orçamento da organização internacional.

⁴ Para mais informações ver: http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizando_la_Justicia_en_la_CIDH.pdf

⁵ “Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”.

esgotá-los, ou ainda por ter havido demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.¹

Logo, não é objetivo desse tribunal ser uma instância recursal às decisões internas e sim supervisionar se o proceder do Estado está de acordo com as obrigações assumidas internacionalmente. Ao ratificar a CADH o Estado assume o compromisso de respeitar os direitos e garantias previstos no seu texto e de assegurar a sua efetivação² colocando o indivíduo em posição de sujeito de direito. Obriga-se a adotar as medidas necessárias em seu território³ para garantir a observância dessas normas e cabe à Corte IDH determinar se ele assim o fez.

Muito embora a oposição de questões preliminares ao mérito seja uma forma de defesa do Estado contra uma atuação indevida da Corte – seja por não ter competência para conhecer aquele caso concreto, seja por a demanda não cumprir com os requisitos essenciais de admissibilidade, ou por outros motivos – está pacificado em sua jurisprudência que o Estado pode renunciar a esse direito, ainda que tacitamente, e a sentença da Corte seria válida⁴. Esta situação exemplifica o caráter extensivo do trabalho interpretativo deste novo ator no campo, à medida que, inclusive sua própria competência, já foi objeto de deliberação, possibilitando-se ampliá-la caso as partes não se oponham à questão.

Quanto a isto, deve-se ter em mente que, norteados pelos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estes magistrados trabalham com a lógica de proteção do indivíduo, considerando as vulnerabilidades que possui em relação ao Estado. Seguindo esta lógica, o regulamento da CIDH de 2000

¹ Art. 46 da CADH.

² Artigo 1.1 da CADH.

³ Art. 2 da CADH.

⁴ A título de exemplo pode ser mencionado o caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras de 26 de junho de 1987.

introduziu um dispositivo⁵ que prevê a possibilidade do peticionário desistir de prosseguir com a demanda, mas a própria Comissão Interamericana pode decidir continuar com o procedimento se entender que subsistem os motivos da petição.

Quanto aos efeitos da sentença da Corte Interamericana são *autoexecutórios* (LEDESMA, 2009, p. 58), tendo aplicabilidade imediata aos Estados condenados, sem necessidade de outros tramites, como uma homologação judicial. Por ter buscado inspiração no modelo regional europeu de direitos humanos, a Convenção Americana não trouxe como parte do sistema a intervenção de um órgão político do OEA – como o Conselho Permanente. Essa opção teria comprometido a eficácia das sentenças prolatadas pela Corte IDH, já que não poderiam ser determinadas sanções aos Estados condenados que resistissem ao cumprimento das decisões. (LEDESMA, 2009, p. 56).

A Corte exerce também uma função consultiva, na qual, mediante requerimento, fornece interpretações a respeito de tratados internacionais concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, ou sobre a compatibilidade entre leis internas e os referidos instrumentos. Este aspecto constitui um diferencial deste tribunal em relação a demais órgãos jurisdicionais. Como regra, os tribunais nacionais apenas conferem a significação prática da lei quando dois *corpus* com interesses divergentes se enfrentam (Bourdieu, 1989, p. 217)..

No que tange a disputa simbólica travada pelos Estados e Comissão Interamericana de Direitos Humanos no campo estudado, a adoção do CADH inseriu mais um ator considerável ao criar a Corte IDH. A consolidação de uma instituição jurisdicional por meio de um tratado lhe outorga ainda mais legitimidade que a Comissão Interamericana, estabelecida como um órgão da

⁵ Art. 35.

OEA. Merecedestaque o fato de a adesão dos Estados ao tribunal ser voluntária e que submeter-se a este órgão judicial significa reconhecer outra autoridade enunciativa na temática dos Direitos Humanos. Isto evidencia-se em alguns dispositivos da Convenção Americana:

“62.3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

64. 1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.” (grifos meus).

Os vereditos da Corte são identificados como verdadeiros atos de nomeação, pois são identificadas com a palavra autorizada na questão dos direitos humanos. Contudo, este tribunal supranacional possui características muito diferentes se comparado a um nacional, não tendo suas sentenças o mesmo poder de nomeação trabalhado por Bourdieu (1989). O poder judicial dos Estados Nação

estaria em uma posição de superioridade, pois representaria a palavra final do Estado.

Esta afirmação não poderia ser considerada verdadeira em relação à Corte IDH porque os condenados são necessariamente Estados soberanos, com ordenamentos jurídicos e instituições próprias, que fazem valer as sentenças quando e como lhes interessar. De início, é perceptível que o cumprimento das decisões interamericanas é prejudicado por a Corte não deter o monopólio legítimo da força na região e, logo, o *monopólio da violência simbólica legítima* (Bourdieu, 1989, p. 269).

Apesar de indesejado, é facultado aos Estados retirarem-se do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, denunciando a CADH, como governo venezuelano anunciou pretender fazer recentemente.¹ Isto ocorreu após o Estado ter sido condenado no Caso Díaz Peña², em que a Corte entendeu ter sido violada a integridade pessoal de Raúl José Díaz Peña, preso preventivamente por seis anos, em condições degradantes que deterioraram sua saúde. Os únicos limites estabelecidos pela Convenção Americana para denúncia são: que o Estado ofereça o aviso prévio de um ano, notificando o Secretário-Geral da Organização, e que ele poderá ser responsabilizado por atos que constituam violações de suas obrigações até a data da denúncia.

Nos últimos anos ocorreram algumas mudanças referentes à participação das vítimas no processo interamericano e conseqüentemente na sua posição como

¹ Para mais informações ver: <http://acnudh.org/pt-br/2012/07/acnudh-lamenta-planos-da-venezuela-de-se-retirar-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos>; <http://www.infolatam.com.br/2012/07/30/oea-espera-que-venezuela-nao-se-retire-da-corte-interamericana-de-ddhh>.

² Caso Díaz Peña Vs. Venezuela de 26 de junho de 2012.

ator desse campo. No regime estabelecido pelo primeiro Regulamento da Corte¹, para submeter um caso à sua apreciação, a Comissão deveria apresentar o informe mencionado no artigo 50² da Convenção Americana e a demanda. O peticionário não era consultado sobre o envio, sendo notificado após a decisão da CIDH, o que só mudou vinte anos depois. Não havia menção à participação das vítimas no processo, embora não estivesse vedado que seus representantes trabalhassem conjuntamente com o órgão da OEA.

Em 1996, passou-se a admitir a participação autônoma das vítimas ou de seus familiares na etapa de reparação do processo³. Sete anos depois, os peticionários passaram a ter autonomia para se manifestar durante todo o litígio com o Estado. Para tanto, a Comissão deveria indicar os dados do representante legal das vítimas, e caso não houvesse, quem exerceria esse papel seria o próprio órgão, a fim de evitar que ficassem desamparadas.⁴

Por fim, em 2009, o Regulamento da Corte IDH estabeleceu que a CIDH ao remeter um caso não elaboraria mais a “demanda” – o documento argumentativo em forma de petição – mas apenas o informe do art. 50 da CADH, com uma exposição de motivos que levaram àquele envio.⁵ Foram limitadas as

suas intervenções em matéria de interrogatório de testemunhas e para o caso de vítimas sem representação legal, foi criada a figura do Defensor Interamericano.⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças ocorridas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos desde a sua concepção foram no sentido de constituir instituições regionais fortes que pudessem fazer um contraponto ao monopólio de poder dos Estados na temática dos Direitos Humanos.

São significativas as mudanças empreendidas nos últimos anos. O indivíduo passou a ter voz processo, ao passo que a Comissão se distanciou como parte do litígio. A exposição de motivos da última alteração regulamentária enfatiza que um o objetivo seria que a CIDH ocupasse cada vez mais um função semelhante ao Ministério Público, como um guardião da Convenção Americana, enquanto o indivíduo protagonizaria a defesa de seus interesses. Desta forma seria atingido um maior equilíbrio processual.

No entanto, cabe refletir em nome de que atores esse equilíbrio foi construído. Os indivíduos que ingressam nesta batalha judicial já tiveram o reconhecimento de um órgão do Sistema de que violações a direitos humanos seus ocorreram e não foram reparadas pelo demandado. Certamente, a mudança confere ao Estado uma posição mais vantajosa, à medida que sua disputa enunciativa agora é travada com um agente hipossuficiente em muitos sentidos. Bourdieu evidencia que a decisão judicial, no fim, beneficia a quem melhor representou no campo jurídico e não necessariamente a quem possuía a razão:

¹ Artigo 25 do regulamento da Corte de 1980.

² “Se não se chegar a uma solução, e dentro do prazo que for fixado pelo Estatuto da Comissão, esta redigirá um relatório no qual exporá os fatos e suas conclusões. Se o relatório não representar, no todo ou em parte, o acordo unânime dos membros da Comissão, qualquer deles poderá agregar ao referido relatório seu voto em separado. Também se agregarão ao relatório as exposições verbais ou escritas que houverem sido feitas pelos interessados em virtude do inciso 1, e, do artigo 48.”

³ Artigo 23 do Regulamento de 1996 da Corte.

⁴ Artigos 23 e 33 do Regulamento de 2003 da Corte.

⁵ Artigos 35 do Regulamento de 2009 da Corte.

⁶ Artigos 37 do Regulamento de 2009 da Corte.

“o conteúdo prático da lei, que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das regras <possíveis>, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa”

Deve ser observado que houve um prejuízo à isonomia entre as partes, considerando que o Estado possui um *capital jurídico* (Bourdieu, 1989, p. 219), estrutural e econômico incomparáveis aos indivíduos que tiveram seus direitos violados.” (1989, p. 224).

Em atenção ao processo denominado de Fortalecimento do Sistema Interamericano, Boaventura expõe que as tendências são no sentido de limitação dos poder da Comissão na disputa do campo:

“Por lo que se sabe, todas las recomendaciones apuntan a limitar el poder de la CIDH para interpelar a los Estados por violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo: dedicar más recursos a la promoción de los derechos humanos y menos a la investigación de las violaciones; acortar los plazos de investigación para que se vuelva imposible realizar análisis cuidadosos; eliminar del informe anual la referencia a países cuya situación en materia de derechos humanos merezca una atención especial; limitar la emisión y la extensión de las medidas cautelares; terminar con el informe anual sobre libertad de expresión; impedir pronunciamientos

sobre violaciones que parecen inminentes pero que aún no se han concretado.”

Resta observar se a proposta de reformulação do SIDH tentará resgatar uma lógica que privilegie a proteção do ser humano ou se será apenas uma tentativa dos Estados de recuperar parte do *podersimbólico* livremente concedida aos atores do sistema regional.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 1ª reimpr. Da 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difel, 1989.
- _____. *A economia das trocas lingüísticas*. São Paulo: Edusp, 1996.

CEJIL - CENTRO PELA JUSTIÇA E PELO DIREITO INTERNACIONAL. *A proteção da liberdade de expressão e o Sistema Interamericano*, 1a. reimp. San Jose, 2005.

CIDH. Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/1966.Esp.pdf>>. Acesso em: 20/10/12

COLVILLE, R. ACNUDH lamenta planos da Venezuela de se retirar do sistema interamericano de direitos humanos. *Naciones Unidas Derechos Humanos*. 27 de julho, 2012. Disponível em: <<http://acnudh.org/pt-br/2012/07/acnudh-lamenta-planos-da-venezuela-de-se-retirar-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos/>>. Acesso em: 17/10/2012.

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Exceções Preliminares. Sentença de 26 de junho de 1987. Serie C No. 1.

_____. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de junho de 2012. Serie C No. 244.

_____. *Exposición de motivos de la Reforma Reglamentaria (Noviembre 2009)*. Disponível em:

<<http://www.corteidh.or.cr/reglamento.cfm>>. Acesso em 7/11/2012.

GODINHO, Fabiana de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. (Coleção para entender).

HUMAN RIGHTS CLINIC OF THE UNIVERSITY OF TEXAS SCHOOL OF LAW. *Maximizando la justicia, minimizando la demora: Acelerando los procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Dezembro de 2011. Disponível em:

<http://www.utexas.edu/law/clinics/humanrights/work/Maximizando_la_Justicia_en_la_CIDH.pdf> Acesso em: 08/09/2012.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro (Coord.). *Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos: ensaios ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. 6 Tomos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed, 2005.

LEDESMA, Hector Faundez. *El Sistema Internacional de Derechos Humanos – aspectos institucionales y procesuales*. 3ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

LIMA, Manoel Pedro Ribas de. Humanidade e Direito Cosmopolita. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 4, 2008. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/>. Acesso em: 07/08/2012.

OEA. *Resolução VIII da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores*, Santiago, 1959. Disponível em <http://www.oas.org/consejo/sp/rc/Actas/Acta%205.pdf>. Acesso em: 20/10/12

_____. *Report on the work accomplished during its first session*, October 3 to 28, 1960, OASOR, OEA/Ser.L/V/11.1, Doc. 32, Washington, D. C., 1961.

ONU. *Comisión de Derechos Humanos. Breve perspectiva histórica de la Comisión*. Disponível em:

<<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/further-information.htm>>. Acesso em: 05/11/12

PRONER, Caroline. *Os Direitos Humanos e seus paradoxos: Análise do Sistema Interamericano de Proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2002.

RANGEL, Vicente Marotta. Evolução da Justiça Internacional. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo/ Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 79-100.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Las ultimas trincheras*. Pagina/12. Argentina. 29 de agosto de 2012. Disponível em:

<<http://www.pagina12.com.ar/diario/elmundo/4-202097-2012-08-29.html>>. Acesso em 07/11/12.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Consolidação da capacidade processual dos indivíduos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos: quadro atual e perspectivas na passagem do século*. Seminário Direitos Humanos no Século XXI, 10 e 11 de setembro de 1998, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Fundação Alexandre Gusmão, Rio de Janeiro. Disponível em: www.mre.gov.br/ipri.

_____. Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 4 v. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1997.

Venezuela se desvinculará da CIDH. *Instituto Humanitas UNISINOS*. 28 de julho de 2012 Disponível em:

<<http://www.infolatam.com.br/2012/07/30/oea-espera-que-venezuela-nao-se-retire-da-corte-interamericana-de-ddhh/>>. Acesso em: 15/08/2012.

ZOLO, D. Ratio Juris. *A Cosmopolitan Philosophy of International Law? A ealistic Approach..* Vol. 12. No 4. Dezembro de 1999 (429-44). Tradução de: Iain Fraser.

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NOS PAÍSES DO CONE SUL – UMA ANÁLISE SOBRE SUA EFETIVIDADE À PARTIR DO DIREITO COMPARADO.

Andrea Tourinho Pacheco de Miranda¹

*“El silencio no será una respuesta ni el tiempo cerrará las heridas”
(Madres de la Plaza de Mayo)*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo principal fomentar o debate sobre a Justiça de Transição dos países do Cone Sul, os quais foram alvos de graves violações dos direitos humanos, durante o período de ditadura militar, comparando as suas diferentes formas de efetivação num contexto político-social semelhante, como Brasil, Argentina, Uruguai e Chile. Inicialmente, faremos uma sucinta exposição sobre a maneira como se procedeu a justiça de transição nesses países, além de realizar um breve estudo sobre o alcance da Lei 6683/79, que trata da Anistia no Brasil, cuja interpretação tem criado uma grande polêmica, permitindo a impunidade dos agentes públicos que cometeram graves violações aos direitos humanos durante o regime ditatorial militar. Demonstraremos, assim a importância do processo de internacionalização dos sistemas

376. Defensora Pública. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa, Bahia.

internacionais de direitos humanos, sobretudo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua colaboração para o alcance da democratização dos países do Cone Sul.

Palavras-chave: *Justiça de Transição. Países do Cone Sul. Sistema Interamericano de Direito Humanos. Anistia.*

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo principal, estimular el debate sobre la justicia de transición en los países del cono sur que han cometido graves violaciones de derechos humanos durante el período de la dictadura militar, haciendo una comparación con las diferentes maneras de efectivación en algunos países que tuvieron un contexto político-social semellante, como Brasil, Argentina, Uruguay e Chile. Primer, demostraremos el proceso de internacionalización de los sistemas internacionales de derechos humanos, especialmente en el sistema interamericano de derechos humanos. Por lo tanto, haremos una breve presentación acerca de la manera cómo se procedió la justicia de transición en estos países. Además haremos un breve estudio sobre el alcance de la Ley 6683/79, que trata de la amnistía en Brasil, cuya interpretación ha creado una gran controversia, lo que permitió la impunidad de los agentes públicos que han cometido graves violaciones de derechos humanos durante la dictadura militar.

Palabras-llave: *Justicia de transición. Países del Cono Sul. Sistema Interamericano de derechos humanos. Amnistía.*

ABSTRACT

This work has the primary purpose, encourage debate on the transitional justice among the southern cone countries, which had committed serious human rights violations during the period of military dictatorship, demonstrating the various forms of procedure of transitional justice in Brazil, Argentina, Uruguay and Chile. Initially

we will demonstrate the process of internalization of the systems of human rights. We will make , therefore, a brief presentation about the way how was the transitional justice in those countries, in addition to hold a brief study about the Law 6683/79 of amnesty in Brazil, whose interpretation has created a big controversy, allowing the impunity of public officials who have committed serious human rights violations during the military dictatorship.

Keywords: *Transitional Justice. Cone Sul Countries. Interamerican Human Rights System. Amnesty.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a maneira pela qual alguns países do Cone Sul, particularmente Brasil, Argentina, Uruguai e Chile, marcados pelos abusos do período da ditadura militar e por acentuadas violações de direitos humanos, buscaram alcançar o caminho para consolidar a democracia após um vasto período ditatorial.

Esse processo de mudanças, em que se responsabiliza a criminalidade do passado ditatorial, é denominado pela doutrina internacional como *justiça de transição ou justiça transacional* cuja tarefa tem sido a de estabelecer estratégias e mecanismos para enfrentar o legado de violência do passado e atribuir responsabilidades aos Estados, no presente. Assim, a justiça de transição, enquanto marco histórico das duas realidades políticas, a do passado e a do presente, além de exigir a efetividade do direito à memória e à verdade, deve iniciar a persecução aos perpetradores das atrocidades do antigo regime, preservar o direito fundamental da verdade e desenvolver um conjunto de reparações para fortalecer as instituições democráticas a fim de garantir que violações de direitos humanos não voltem a acontecer.

A justiça de transição teve origem na Segunda Guerra Mundial, com o Tribunal de Nuremberg, o qual procurou julgar e condenar os autores do holocausto na Alemanha nazista, tendo se desenvolvido no século XX, especialmente mediante julgamentos de membros da junta militar na Grécia (1975) e Argentina (1983), com marcante atuação das organizações defensoras dos direitos humanos.

A concepção de justiça de transição trouxe para o direito internacional um novo campo multidisciplinar baseado em três pilares a saber: justiça, verdade e reparação, como respostas às mudanças políticas, sobretudo nos países latino-americanos, objeto do nosso estudo.

Dentre os três alicerces que sustentam a justiça de transição, o Brasil só construiu um, qual seja, a reparação, através da Lei 9.140, de 04 de dezembro de 1995, quando estabeleceu a indenização devida à família dos mortos e desaparecidos durante o regime militar. Não divulgou a verdade por inteiro sobre o paradeiro dos desaparecidos até a presente data, visto que, em muitos Estados da Federação, ainda mantém fechados os arquivos do período ditatorial, nem tampouco realizou a justiça desejada por todos, condenando os torturadores do regime de exceção.

A partir do argumento de que não se condenou nem se condenará nenhum dos violadores do regime militar, um País, como *v.g.* o Brasil, contribui para a cultura da impunidade e faz desacreditar na possibilidade de construção de uma democracia plena, principalmente perante a comunidade internacional.

O Chile, exemplo de outro País do cone sul, por outro lado, levou a sério o processo de justiça de transição, quando julgou Pinochet em 2005. A Argentina, por sua vez, iniciou seu processo de justiça de transição, julgando os generais do regime ditatorial, episódio que ficou popularmente conhecido como *Nuremberg argentino* e tem sido o melhor país sulamericano que efetivou a justiça de transição. Por fim, o Uruguai realizou a sua justiça de transição sem maiores dificuldades.

Vale salientar que não existe um consenso na doutrina internacional, nem um modelo único para o processo de justiça de transição, pois cada país tem seu processo peculiar para lidar com o legado de violência do passado totalitário e implementar mecanismos que garantam a efetividade do direito à memória e à verdade.

A Comunidade Internacional, no entanto, menciona quatro obrigações comuns para os Estados adotarem no processo de transição, quais sejam: implementarem medidas razoáveis para prevenir violações de direitos humanos; oferecer mecanismos e instrumentos que permitam a elucidação de situações de violência; dispor de um aparato legal que possibilite a responsabilização dos agentes que tenham praticado as

violações e garantir a reparação das vítimas, por meio de ações que visem à reparação material ou simbólica.

O Centro Internacional de Justiça de Transição (ICTJ), organização não governamental que oferece assistência a países os quais enfrentam um legado de violência dos direitos humanos, destaca, três enfoques básicos de justiça de transição – memória, verdade e justiça –. Algumas iniciativas importantes são executadas como estratégias, a saber: interposição de ações penais contra torturadores e violadores dos direitos humanos, instauração de comissões da verdade, instauração de programas de reparação em favor das vítimas e de familiares, acesso e abertura dos arquivos do período da repressão, além de reformas institucionais. O ICTJ sinaliza que essas medidas não são exaustivas, já que cada país tem a liberdade de lidar com o seu passado violento e desenvolver estratégias para avançar no processo democrático de maneira peculiar.

Os objetivos da justiça de transição em geral giram em torno do reconhecimento do passado totalitário, para que se possa ver efetivado a democracia plena, os direitos fundamentais, além do respeito aos direitos das vítimas e de seus familiares.

1. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONE SUL: TRAÇOS COMUNS, EVOLUÇÃO, E ALCANCE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

No Brasil, a justiça de transição não priorizou medidas para judicializar as políticas de sua justiça de transição, nesse sentido considerando um conceito mais amplo de justiça(que varia desde a condenação dos agentes públicos do período ditatorial na justiça penal, até incluir certos elementos mais amplos e importantes

nessa tarefa, como responsabilidade, verdade e equidade na proteção e garantias aos direitos humanos.

Na Argentina, a Suprema Corte seguiu um precedente internacional para anular a Lei de Anistia, fazendo a adequação da norma interna com a internacional, quando utilizou o exemplo do caso Barrios Altos, uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que anulou a Lei de Anistia do Peru. Dessa maneira, a Suprema Corte Argentina tomou como base um caso ocorrido no ano de 1991, quando um grupo de militares matou quinze pessoas em Barrios Altos, em Lima, durante o governo de Alberto Fujimori.

Essa decisão tornou-se um marco na jurisprudência dos direitos humanos, tendo sido utilizada como referência, pois o Congresso teve a oportunidade de considerar que a anistia decretada no Peru violava o direito interno. Tal jurisprudência pode ser seguida em todos os países americanos que respeitem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos e que integrem a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA).

No Chile, por exemplo, a lei de anistia imposta pela ditadura de Pinochet em 1979 foi finalmente declarada sem aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário do Peru.

Na Argentina, as leis do “ponto final” e da “obediência devida”, foram declaradas nulas, e hoje mais de 800 militares enfrentam processos por violações aos direitos humanos.¹ Nesse diapasão, vê-se que é possível instaurar processos judiciais para se promover a justiça de transição efetiva e fortalecer a democracia.

2 Cf. *REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO* /Ministério da Justiça nº 01/ Brasília, p.28.

Assim, tomando como exemplo o caso do Peru, em junho de 2005 a Suprema Corte da Argentina revogou as leis da impunidade do governo Alfonsín, iniciando o processo político e jurídico dos agentes opressores da ditadura. Hodiernamente condenações criminais contra esses agentes ainda acontecem, como foi o caso da condenação dos sequestradores dos filhos de militantes políticos, em 2012.

Em 2005, uma decisão da Corte Suprema de Justiça da Argentina considerou que as leis de ponto final (lei nº 23.492/86) e de obediência devida (lei nº 23.521/87), que impediam o julgamento dos crimes cometidos no regime militar, no período de 1976 a 1983, as considerou como incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No Chile, o decreto-lei nº 2.191/78 (que anistiava os crimes perpetrados por agentes públicos no período de 1973 a 1978), também foi revogado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No Uruguai, já houve decisão condenando o ex-ditador Juan María Bordaberry, e no Peru, também por decisão da Corte Interamericana e leis de anistia também foram revogadas, sempre com fundamento no dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos.

A justiça de transição desafia o passado autoritário e viabiliza o ritual de passagem à ordem democrática, para que violações de direitos humanos não voltem a acontecer.

Em relação ao Brasil, a Lei nº 6.683/79(Lei de Anistia) e a Lei nº 9.140/95(que reconheceu como mortos os desaparecidos políticos e estabeleceu indenização aos seus familiares), ilustram a nossa justiça de transição, porém ainda há muito o que se fazer, incluindo desconstruir com a ideia errônea da concepção da autoanistia, que gerou

uma interpretação distorcida, disposta a beneficiar torturadores e vítimas, em razão do conceito de "crimes conexos" contido na referida lei.

Nesse entendimento, não podemos falar em conexidade entre os fatos praticados por delinquentes e vítimas simultaneamente. A anistia perdoou as vítimas e não aqueles que delinquem em nome do Estado. Ao lado ao direito à justiça, encontra-se o direito à verdade e ao acesso aos arquivos, e no Brasil, em alguns Estados, estes remanescem fechados. Destarte, o outro pilar da justiça de transição- *verdade*- ainda não ocorreu de forma plena.

A lei nº 11.111/05 previa que o acesso aos documentos públicos classificados "no mais alto grau de sigilo" poderia ser restringido por tempo indeterminado ou até permanecer em eterno segredo em defesa da soberania nacional. Era flagrante a violação dessa lei aos princípios constitucionais da publicidade e da transparência democrática, derogado pela lei de acesso a informação, promulgada em 2012.

O direito à verdade assegura a redemocratização efetiva e a construção da identidade, da história e da memória coletiva, tendo como propósito: proteger o direito à memória e a verdade, considerados direitos fundamentais e essenciais ao Estado Democrático.

Nesse contexto, uma releitura da Lei de Anistia e o direito à verdade rompem com o silêncio, promovendo a redemocratização do país e a defesa dos direitos à justiça, à verdade e à memória coletiva.

Embora o Brasil tivesse ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1992, mesmo sendo signatário desse tratado internacional, não vem cumprindo a obrigação de seguir o entendimento internacional da Corte Interamericana nos casos de graves violações de direitos humanos, ocorridos no período da ditadura, mesmo quando qualquer cidadão brasileiro que sofrer abusos e violações que atentem contra a

dignidade humana, e que se sentir insatisfeito com os resultados das decisões judiciais no País, possa recorrer à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse passo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), reconheceu a Guerrilha do Araguaia, ocorrida no Brasil. A partir do movimento das vítimas e dos familiares dos militantes desaparecidos é que cobrou do Estado brasileiro uma resposta as violações de direitos humanos ocorridas naquele período. Esse processo inicialmente teve procedência no direito interno, mas, com fundamento no Direito Internacional, pode ser apreciado pela Comissão que levou o caso a julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, logrando êxito internacional.

Conforme assinala Flávia Piovesan¹:

Em face do catálogo de direitos constantes na Convenção Americana, o Estado- partetem a obrigação de respeitar e assegurar o livre e pleno exercício desses direitos e liberdades, sem qualquer discriminação. Cabe ao Estado- parte adotar todas as medidas legislativas e de outra natureza que sejam necessárias para conferir efetividade aos direitos e liberdades enunciados.

O Sistema Internacional de Direitos Humanos engloba sistemas regionais e nacionais de controle das violações de direitos humanos, que atinjam os países que integrem a OEA (Organização dos Estados Americanos).

3 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011,p, 127.

As justiças argentina, chilena e uruguaia, têm o costume de se referirem a decisões internacionais da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com frequências em julgados internos, porém essa atitude não é um hábito do cidadão brasileiro. Se assim agisse, a Lei da Anistia poderia ter sido invalidada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Estado brasileiro teria que anular a referida lei, com fundamento de que o crime de tortura não é um crime anistiável, por ser considerado um crime de lesa-humanidade e que vários delitos cometidos durante a ditadura militar já vigoravam em nosso ordenamento jurídico naquele período. Significa dizer que, muito desses crimes perpetrados por agentes públicos já eram tipificados em nosso Código Penal, que entrou em vigor desde 1940.¹

Dessa maneira, os agentes públicos que atuaram em nome do Estado, naquele momento histórico, poderiam ter sido responsabilizados penalmente por seus crimes com fulcro no ordenamento jurídico interno, antes de serem apreciados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Vale salientar que nesse momento histórico, o Brasil era um dos líderes da Operação Condor, que interligava os organismos de repressão no Cone Sul, colaborando para a manutenção do regime ditatorial, daí haver uma maior necessidade

4 Exemplos de crimes praticados no exercício da repressão militar, que estavam inseridos no Código Penal Brasileiro de 1940: crimes contra a vida-homicídio (art.121), crimes contra a integridade física- lesão corporal(art.129), maus-tratos (art.136), sequestro ou cárcere privado (art.148), violação de domicílio (art. 150), crimes contra o respeito aos mortos (art.-destruição ou ocultação de cadáver (art.211), abuso de autoridade (art.350), etc., sendo alguns crimes, mais adiante, amparados por lei especial.

em se ter acesso aos arquivos da ditadura no país, para não apenas respaldar a punição dos agentes públicos que atuaram durante o regime de exceção no Brasil, mas também auxiliar o processo de justiça de transição dos países vizinhos do cone sul.

O fundamento para que haja punição sobre os crimes contra a humanidade, como é o caso dos crimes perpetrados durante a ditadura militar, está embasado no princípio da extraterritorialidade penal, como aconteceu, *v. g.*, com a Itália, quando a justiça italiana determinou a prisão de 146 sul-americanos, incluindo 13 brasileiros, por participarem efetivamente da Operação Condor.

Conclui-se, assim, que como o crime de tortura é reconhecido como delito de lesa humanidade e sendo o Brasil signatário da Convenção Contra a Tortura, uma vez reconhecidas as violações de direitos humanos internamente e não sendo ali julgadas, poderiam ser estas objeto de apreciação em outros países. Nesse diapasão, podemos citar o processo que culminou com o julgamento de Augusto Pinochet, no Chile, iniciado através de uma ordem de prisão expedida pelo juiz espanhol Baltasar Garzón Real, da Espanha.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL

O Brasil adotou um modelo de justiça de transição que afasta o *jus puniendi* dos autores dos crimes, fundamentado na errônea interpretação da Lei 6.683/79 - Lei de Anistia, que não alcançou a responsabilização criminal dos torturadores do período ditatorial, não havendo, consequentemente, até a presente data, nenhuma condenação contra estes tramitando na justiça criminal.

Dessa maneira, os crimes perpetrados pelos violadores dos direitos humanos – sequestros, ocultação de cadáveres, torturas, homicídios, entre outros – não foram apreciados pela justiça criminal do Brasil. Ademais, alguns crimes citados, os quais deveriam ser interpretados como delitos de lesa humanidade, como o delito de tortura,

são imprescritíveis de acordo com o estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A responsabilização penal por essas condutas é considerada essencial para que se possa realmente consolidar a democracia brasileira até mesmo perante um contexto internacional, do contrário, a cultura da impunidade no Brasil e a prática da tortura encontrarão respaldo justamente pela não apreciação dos casos encaminhados ao poder judiciário.

No entanto, algumas ações realizadas no Brasil, destinadas a concretizar a justiça de transição merecem algumas considerações, a saber: a abertura de arquivos do período ditatorial em alguns Estados do Brasil, a atuação da Comissão Especial de Mortos Desaparecidos (Lei 9.140/95), que tem um acervo importante sobre vítimas e atrocidades cometidas pelos torturadores *nos anos de chumbo*, o trabalho da Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça (Lei 10.559/02), a publicação do livro *Direito à Memória e à Verdade*, lançado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República em 2007 e a criação do Centro de Referência das Lutas Políticas no Brasil, denominado *Memórias Reveladas*, institucionalizado pela Casa Civil da Presidência da República e implantado no Arquivo Nacional (2009), a instituição do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos- PNDH pelo Decreto Presidencial nº 7.037/09, e recentemente a instauração da Comissão da Verdade (2012).

A Comissão da Anistia do Ministério da Justiça lançou, em abril de 2008, a Caravana da Anistia, com o objetivo de percorrer todos os estados brasileiros para difundir o conhecimento histórico do passado ditatorial e julgar os pedidos de indenizações de militantes políticos.

A lei 6683/79, introduziu a Anistia no Brasil, mesmo tendo sido incapaz de solucionar questões relevantes, como a punição dos agentes públicos do período ditatorial.

O conceito de anistia é polêmico e possui significado diversos, a depender da sua aplicabilidade. A questão do significado da anistia encontra diferentes interpretações, que podem favorecer governos autoritários, que pretendem eximir-se da culpa pelo cometimento de crimes contra a humanidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou nesse sentido, sobretudo em razão da necessidade de se demonstrar a inaplicabilidade de autoanistia.

De fato, a interpretação da lei de Anistia brasileira, contribuiu para que o país não punisse os torturadores e criminosos do regime ditatorial, se omitindo das responsabilidades, considerando prescritos os crimes cometidos naquele momento histórico.

Nesse entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, através de jurisprudência, considerou esses crimes como crimes de lesa-humanidade, e , portanto imprescritíveis.

A Corte interamericana de Direitos Humanos não aceita a autoanistia a crimes cometidos na época das ditaduras latino-americanas, por estes terem caráter de crimes de lesa-humanidade. A alegação de que esses crimes foram cometidos num contexto em que se fazia necessário a repressão, “ em nome da garantia da ordem”, sendo os agentes públicos um “ instrumento” para perseguir membros da sociedade civil considerados subversivos, carecem de fundamentação. A CIDH repele esses argumentos com base na autoanistia, fortemente rebatida através da jurisprudência, como no caso Barrios Altos , em que consideram inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a punição

dos responsáveis das violações graves dos direitos humanos, tais como a tortura, as execuções sumárias, extralegais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.¹

Na referida sentença (casos Barrios Altos), a Corte Interamericana de Direitos Humanos, estabeleceu que a autoanistia “deixa as vítimas indefesas e conduzem à perpetuação da impunidade, o que as torna manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito da Convenção Americana. Contra este tipo de dispositivo a CIDH, reiterou seus argumentos com a jurisprudência do caso Almonacid Arellano , salientando que é dever do Estado assegurar que essa interpretação não siga representando um obstáculo para a investigação da execução, nem para a punição dos responsáveis por violações similares.

A CIDH possibilitou assim, o entendimento de que a autoanistia seria incompatível com a Convenção Americana, o que dificultaria a punição de alguns Estados, e os impossibilitaria de prestar contas aos cidadãos pelo passado e cumprir as suas obrigações internacionais. Nesse ponto, a Argentina, através de sua Suprema Corte , derogou as leis de “ Obediência Devida” e “ Ponto Final” , fundamentando sua decisão na jurisprudência da CIDH.

3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NA ARGENTINA

6 Cf. OEA. Corte IDH. Caso Barrios Altos versus Peru. Mérito.Sentença 14 de março de 2001.

Como anteriormente demonstrado, apesar de a ditadura na Argentina ter vigorado durante um curto período –apenas sete anos em comparação com os vinte anos do Brasil – foi tempo suficiente para que inúmeras atrocidades pudessem ter sido perpetradas naquele país.

A ditadura militar argentina, iniciou-se com um golpe militar ocorrido em 24 de março de 1976, originando uma constituição que proibia a atividade dos partidos políticos e cancelava quase todos os direitos civis, sociais e políticos dos cidadãos argentinos. A partir dessa data, milhares de pessoas foram privadas de suas liberdades no país, sendo que 8.960 ainda estão desaparecidas. Homicídios, estupros, torturas, extorsões, saques, sequestros, além de outros delitos graves ocorreram em demasia no País

Os sequestros cometidos pelos agentes públicos naquele país, obedeciam a uma metodologia diferenciada, já que eram perpetrados em altas horas da noite e, geralmente, ocorria nos fins de semana, com o objetivo de impossibilitar, nesse espaço de tempo, a atuação dos familiares das vítimas. Essas violações aconteciam de súbito, quando uma “patota” armada invadia os domicílios das vítimas, bloqueava o serviço de energia das suas residências, utilizavam bombas ou granadas, com o objetivo de aterrorizar os moradores e, em seguida, partiam em veículos, às vezes particulares, outras vezes pertencentes às Forças Armadas.²

7 Cf. *Nunca más*: Informe de La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas- 8ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 201, 1, p.20.

Três generais argentinos ocuparam o poder durante a ditadura militar na Argentina: o general Juan Carlos Onganía, o general Roberto Marcelo Levingstone e o general Alejandro Agustín Lanusse. Onganía governou a Argentina, já bastante debilitado por conta de protestos naquele país. Em seu lugar, a Junta de Comandantes das Forças Armadas assumiu o governo, a qual indicou posteriormente Roberto Marcelo Levingston para a presidência. Levingston governou a Argentina até 1971, sendo substituído pelo general Alejandro Agustín Lanusse, entre os anos de 1971 e 1973.

O período da ditadura militar na Argentina foi bastante cruel, com indicadores de aproximadamente 30 mil sequestros e torturas realizados pelos militares, além da constatação de que várias crianças foram arrancadas de seus pais e entregues a famílias de militares ou a orfanatos em total desrespeito aos direitos humanos.

A sociedade argentina, por meio dos organismos de direitos humanos, partidos de esquerda e movimentos sociais, como o *Movimiento Madres de la Plaza de Mayo*, foram bastante atuantes para que se pudesse realizar a justiça de transição na Argentina, e a consolidação da democracia no país.

O presidente Raul Alfonsín, quando assumiu a presidência e seus assessores, particularmente o professor Carlos Nino, anunciaram que iriam promover a justiça de transição do País de uma forma amena, para não prejudicar a ordem constitucional interna, fazendo distinções quanto ao tratamento penal dos agentes públicos, conforme a hierarquia militar. Em 1984, foi determinada a competência da Câmara Federal da Capital Argentina, de feitos criminais e correccionais, para iniciar o julgamento contra os militares, que se pronunciou sobre os 700 casos emblemáticos dos militantes desaparecidos durante o período da ditadura, selecionados pelo Ministério Público.

Assim, dos nove comandantes julgados, cinco foram condenados por decisão unânime dos seis juízes da respectiva Câmara Criminal, com pena privativa de liberdade, pela configuração dos crimes qualificados pela violência e ameaça e demais delitos, que variavam desde roubo até homicídio qualificado.¹

O ex-presidente, Tenente General Jorge Rafael Videla e o Almirante Emilio Eduardo Massera foram condenados a prisão perpétua, sendo que Videla recebeu, em dezembro de 2010, sua segunda condenação à prisão perpétua no dia 23 de março de 2011. O General Luciano Benjamin Menéndez também foi condenado, pela segunda vez, a pena de prisão perpétua pela prática de crimes contra a humanidade.

As condenações dos militares argentinos ainda continuam sendo alvo de julgamentos, discussões e mobilizações da população sofrida, e a sociedade argentina não se cansa em exigir dos órgãos públicos providências para se fazer justiça contra o passado e prosseguir no processo de democratização do país.

Em 2012, a Justiça Argentina condenou militares pela subtração de menores, filhos dos militantes taxados de subversivos, que em tenra idade eram separados de seus pais, e quando retirados de sua guarda, eram colocados para a adoção. Ao fim da ditadura, muitos filhos de militantes estavam sob guarda de famílias de militares.

8 Cf. LORENZETTI, Ricardo; Luis KRAUT, Alfredo Jorge. *Derechos Humanos: justicia y reparación*- la experiencia de los juicios en la Argentina- crímenes de lesa humanidad. 1ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2011, p. 90.

O movimento popular conhecido como *Las Madres de la Plaza de Mayo*, constituídos por mães de militantes políticos, iniciou a busca pelo paradeiro de seus netos e informações sobre os filhos desaparecidos no período ditatorial. Ainda hoje, todas as quintas-feiras, as *Madres de la Plaza de Mayo* realizam manifestações na *praça de maio*, em frente à Casa Rosada, residência oficial da Presidência da República, para dar continuidade à busca por informações sobre o desaparecimento de seus filhos e netos.

Hodiernamente, as *madres de la Plaza de Mayo* já são consideradas as *Abuelas dela Plaza de Mayo*, já tendo recuperado mais de 50 filhos de militantes desaparecidos. Esse emblemático movimento social teve grande importância no procedimento da justiça de transição no país, iniciado desde o dia 26 de abril de 1976, em um sábado, quando as mães argentinas se uniram para chorarem na *Plaza de Mayo*, conseguindo adeptos de todo mundo e respeito frente aos organismos nacionais e internacionais de direitos humanos.

4. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO URUGUAI

No Uruguai, a ditadura militar só chegaria ao fim em 1984, tendo a justiça de transição naquele país, ocorrido de forma gradual, culminando com a eleição do presidente Sanguinetti, que em 1985, em sua posse, assumiu o compromisso de apurar as violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura. Sanguinetti apresentou um projeto de “lei de pacificação nacional”, criando uma comissão de repatriação dos exilados políticos, iniciando a restituição de funcionários exonerados pelo regime militar e a revogação de algumas medidas ocorridas durante o regime, promovendo, ao final, a anistia dos presos políticos.

A justiça de transição no Uruguai foi instaurada com o reconhecimento de 164 desaparecidos nos anos de 1973 e 1982. Com a lei de Prescrição da Pretensão Punitiva do Estado, promulgada em 22 de dezembro de 1986, houve a anistia dos delitos cometidos pelos Oficiais das Forças Armadas e pela polícia, que atuaram “por razões políticas ou no exercício de suas funções”, durante o regime militar. Assim, as violações aos direitos humanos cometidas pelos militares, como sequestro, tortura e morte de perseguidos políticos, também não foram apuradas no país.

Essa decisão injusta levou o “Grupo de Mães e Familiares de Uruguaios Detidos e Desaparecidos” a tomar a iniciativa de coletar assinaturas visando à realização de um referendo para que a lei de anistia fosse anulada, entretanto, a Corte Eleitoral e a Corte Suprema do Uruguai declararam a constitucionalidade da “Lei de prescrição” para que ao final, o presidente Sanguinetti garantisse a estabilização das instituições. Ainda que a consulta popular tivesse ocorrido em abril de 1989, mais da metade da população referendou a aludida “Lei de prescrição”.

Nesse entendimento, podemos concluir que a “Lei de prescrição” não contribuiu para o procedimento da justiça de transição, nem para a implementação do regime democrático uruguaio, porém, em fevereiro do mesmo ano, o Congresso Nacional Uruguaio declarou a inconstitucionalidade da referida lei, iniciando uma tendência mais positiva para a concretização da democracia no Uruguai, fortalecendo, destarte, a justiça de transição no País.

5. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CHILE

A justiça de transição no Chile utilizou-se de dois mecanismos: verdade e reparação, paralelamente a perseguição penal para tratar dos crimes perpetrados durante a ditadura Chilena, entre os anos de 1973 a 1990, que ocasionou mais de três mil e

cento e oitenta e oito pessoas vítimas de desaparecimento forçados, além de vinte mil e duzentas e cinquenta pessoas presas por motivos políticos.

No Chile, verificamos alguns elementos importantes, de democratização, que vão desde o patriotismo até a unidade e produção cultural nacional, que serviram como incentivo para que a população refletisse a favor das punições dos agentes públicos, violadores dos direitos humanos da ditadura. Nesse sentido, constata-se que o Chile, foi o país que mais utilizou-se do Direito Internacional Público, para que houvesse uma maior responsabilização e condenação efetiva dos envolvidos no governo militar, como foi o caso da punição do General Pinochet.

A Comissão Nacional da Verdade e Conciliação do Chile, assim como a Comissão Nacional sobre Prisão Política e Tortura, com seus informes precisos, puderam oferecer um conjunto de propostas de reparação, reconciliação e prevenção, mas nem todas se ajustaram ao ordenamento jurídico do país. Verifica-se, no entanto, que a maioria das leis aprovadas, se preocuparam com a reparação das vítimas e seus familiares.

Destarte, podemos concluir que a justiça de transição no Chile, com o suporte da Comissão Nacional da Verdade e Reconciliação, formulou uma série de medidas, que deram importância fundamental aos familiares das vítimas, sugerindo entre estas: restabelecer publicamente, através de monumentos, museus e parques, a memória dos militantes políticos, resolver legalmente os problemas jurídicos das famílias (civis, previdência social, etc), de cujas mortes não se pudesse determinar, instituir uma pensão vitalícia para os dependentes das vítimas reconhecidas nos informes da Comissão Nacional da Verdade, dispor de um sistema de saúde pública gratuita para as famílias dos desaparecidos políticos, sobretudo as próprias vítimas que sofreram danos psicológicos, através das torturas e ameaças, além de traumas decorrentes desse período, favorecimento do acesso a escola aos filhos das vítimas e dos desaparecidos políticos,

além de liberar os filhos das vítimas da obrigação legal de cumprir o serviço militar, entre outras medidas, sempre voltadas a amparar as famílias dos militantes políticos.

6. A LUTA PELO RESGATE DA MEMÓRIA E DA VERDADE PARA SE CONSOLIDAR A DEMOCRACIA NA AMÉRICA LATINA.

As Comissões da Verdade são instrumentos importantes para se garantir à sociedade – como forma de resgate da cidadania – o direito a ter conhecimento dos motivos pelos quais esses crimes foram cometidos no passado, num regime distante do atual.

Essas comissões são instituídas mediante iniciativas oficiais com o objetivo de mostrar a verdade dos acontecimentos ocorridos durante um período ditatorial, comprovando as violações ocorridas no passado, com vistas a reparar as famílias dos militantes mortos ou desaparecidos. A investigação e coleta das provas desse período, são iniciadas a partir do depoimento das vítimas, dos violadores e de pessoas envolvidas nos acontecimentos. Assim, além de estabelecer a verdade, outro desafio dessas Comissões é fazer com que a sociedade e os próprios violadores reconheçam as injustiças cometidas e peçam perdão pelas atrocidades cometidas.

As medidas estabelecidas pela Comissão da Verdade devem ser aplicadas, preferencialmente, de forma integrada, a fim de não comprometer a credibilidade do processo. Cada país deve buscar seu próprio caminho para alcançar a democracia, desde que seja levada em consideração a prevalência dos direitos humanos e a obediência ao cumprimento de princípios universais.

Paralelo a Comissão nacional da Verdade, comissões estaduais e institucionais podem ser criadas para auxiliar a descoberta da verdade e preservar a memória nacional, salientando que estas não têm o condão de condenar os agentes políticos perante a justiça criminal, mas podem resgatar importantes informações sobre

o período histórico, apontando autores e fatos da época, para que violações de direitos humanos não voltem a acontecer, já que as Comissões da Verdade trabalham com o pilar da reparação.

As reparações são instrumentos de suma importância para a justiça de transição, e podem ser feitas por meio de benefícios financeiros, de assistência psicológica ou de outras medidas cabíveis a cada caso específico, com a finalidade de amenizar o sofrimento dos familiares e vítimas da ditadura.

CONCLUSÃO

A ditadura militar nos países do Cone Sul deve pertencer ao passado. Embora ainda haja muitas dificuldades enfrentadas pela justiça de transição nesses países, a memória e a verdade não podem ser afastadas do conhecimento da nova geração, sobretudo para que as atrocidades do regime totalitário não voltem a se repetir.

Mesmo sem a abertura dos arquivos da ditadura, no Brasil, em algumas regiões, como na Bahia, onde prevalece o silêncio, as Comissões da Verdade vêm se firmando na luta pela democracia e no reconhecimento das violações dos direitos humanos gradativamente.

Apesar da evidência dos documentos queimados, encontrados na base da Aeronáutica, na Bahia, no Brasil, a justiça de transição já não é mais uma utopia.

Poderá demorar algum tempo, mas a verdade sobre um passado sofrido será mostrada e contada como parte de uma história. Os remédios jurídicos democráticos como o *Habeas Data*, *Habeas Corpus*, e as ações de reparação podem confirmar que a luta sempre existiu e que pessoas morreram porque acreditaram que poderiam mudar os rumos do País. Documentos confidenciais do governo podem esclarecer a história de muitas vidas, confirmar as violações dos direitos humanos e indicar os nomes dos

autores dessas barbaridades que foram realizadas contra o ser humano, com o auxílio da Comissão Nacional da Verdade.

O advento da democracia trouxe a esperança para muitas famílias dos países periféricos do Cone Sul, para que se pudesse obter informações sobre o passado. É de se reconhecer que nenhum esforço a favor da verdade será tardio. Vale a lição daquelas que nunca desistiram dos seus ideais, como foi o importante movimento social das *Madres de la Plaza de Mayo*, mesmo reconhecendo que as “mães de ontem” tornaram-se as “avós do amanhã”. Nesse ponto, vale lembrar que mais de 50 netos foram encontrados, após um período de silêncio.

À medida que os governos são surpreendidos com a memória revelada, estes podem conceder compensações financeiras às famílias, embora tais reparações não possam trazer de volta aqueles que um dia deram a vida para a concretização do ideal libertário, ao menos as suas famílias podem ver os sonhos dos seus filhos concretizados no ideal democrático conquistado mediante a efetivação da justiça de transição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo; CARLET, Flávia; FRANTZ, Daniela; FERREIRA, Kelen Meregali Model; OLIVEIRA, Vanda Davi Fernandes. As Caravanas da Anistia: Um mecanismo privilegiado da justiça de transição brasileira. In: *Revista Anistia política e Justiça de Transição*/Ministério da Justiça nº 02. Brasília, jul-dez.2009. Pg.112- 149.

AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel(editores).Justicia de transición- informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

ARNS, Dom Paulo Evaristo (Org.). *Brasil: nunca mais*. 14ª ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2007.

BUENOS AIRES. Secretaria de Derechos Humanos. Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. *Nunca más*: informe de La Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas- 8ª ed. 2ª reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2011.

CALLONI, Stella. *Los años del lobo* – operación Condor. 1ª ed. Buenos Aires: Peña Lillo-Ediciones Continente, 1999.

CENTRO DE ESTUDOS LEGALES Y SOCIALES-CELS. *Líneas de acción para fortalecer el proceso de verdad y justicia* propuestas del Cels. In: Derechos Humanos en Argentina: Buenos Aires. Informe 2008.

COURTIS, Christian (Org.) et al. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editora Del Puerto, 2004.

DALBORA, José Luis.“Chile” .In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel(editores). Justicia de transición- informes de América Latina, Alemania, Italia y España. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Rio de Janeiro: Editora paz e Terra, 1978.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS- IIDH. *Diálogo sobre la reparación*: experiencias en el sistema interamericano de derechos humanos. San Jose: Costa Rica: IIDH, 2008.

LORENZETTI, Ricardo; Luis KRAUT, Alfredo Jorge. *Derechos Humanos: justicia y reparación*- la experiencia de los juicios en la Argentina- crímenes de lesa humanidad. 1ª ed. Buenos Aires: Sudamericana, 2011.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO ALMONACID ARELLANO E OUTROS VERSUS CHILE. EXCEÇÕES PRELIMINARES, REPARAÇÕES E CUSTAS. SENTENÇA DE 26 DE SETEMBRO DE 2006.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO BARRIOS ALTOS VERSUS PERU. MÉRITO. SENTENÇA DE 14 DE MARÇO DE 2001.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO DA “PANEL BLANCA” (PANIAGUA MORALES E OUTROS) VERSUS GUATEMALA. MÉRITO. SENTENÇA DE 08 DE MARÇO DE 1998.

PADILLA, Alejo Ramos. *Crímenes de lesa humanidad en la argentina* - de la cultura de la impunidad a la inexorabilidad del juicio. Buenos aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2011.

PERRONE-MOISÉS. Cláudia. Lei de anistia face ao direito internacional: desaparecimentos e direito à verdade. In: PIOVESAN, Flavia. (Org.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*: Max Limonad, 2002.

PIOVESAN, Flávia. (Org.). *Direitos Humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*: Max Limonad, 2002.

_____. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

REVISTA ANISTIA POLÍTICA E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO /Ministério da Justiça nº 01/ 02. Brasília, jul-dez.

SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Org.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SWENSSON JUNIOR, Lauro Joppert. *Anistia penal: problemas de validade da lei de anistia brasileira* (Lei 6.683-79). Curitiba: Juruá, 2007.

_____; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio (Orgs.). *Justiça de transição no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

A PERVERSÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO: QUANDO A LIBERDADE RELIGIOSA ULTRAPASSA OS LIMITES DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESPAÇO PÚBLICO MIDIÁTICO

Licinia Claire

Stevanato¹

¹ Advogada Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST. Graduada em Direito pela Faculdade de

RESUMO

Este ensaio tem por objetivo o estudo da ausência de efetividade da proteção conferida pela Carta Magna aos preceitos fundamentais, em especial o da dignidade da pessoa humana, diante da atual inocuidade das medidas estatais de controle aos conteúdos manifestamente homofóbicos, veiculados no espaço público midiático brasileiro, quando estes são apresentados sob a prerrogativa de liberdade religiosa, ou ainda, como exercício legítimo da liberdade de expressão e de opinião de seus interlocutores.

Palavras chave: *Liberdade religiosa. Liberdade de expressão. Liberdade de opinião. Homofobia. Direitos Humanos.*

ABSTRACT

This essay aims to study the lack of effectiveness of the protection afforded by the Constitution to the fundamental precepts, especially the dignity of the human person, in the face of current inefficiency of government measures to control the content clearly homophobic, aired in public Brazilian media when these are presented under the prerogative of religious freedom, or even as legitimate exercise of freedom of speech and opinion of their interlocutors.

Keywords: *Religious freedom. Freedom of speech. Freedom of opinion. Homophobia. Human Rights.*

INTRODUÇÃO

Há um movimento de crescente tensão entre os atos praticados em nome de uma moral conservadora, na defesa da tradição e dos direitos da família, e os fundamentos universais estatuídos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, emblematicamente representado pela recente aprovação, em 21 de setembro de 2012,

pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, da resolução apresentada pela Rússia¹, no sentido de que “a compreensão e o respeito dos valores tradicionais favorece o incentivo e a defesa dos direitos humanos e das liberdades básicas”.

Tal aprovação se contrapõe à anterior aprovação, também pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, em 14 de junho de 2011, de resolução² apresentada pelo Brasil e pela África do Sul, no sentido de se buscar um “diálogo construtivo, fundamentado e transparente sobre a questão das leis e práticas discriminatórias e atos de violência contra as pessoas por motivo de sua orientação sexual e identidade de gênero” no mundo, por considerar tal questão como prioridade para aquela corte, isto porque, um dos principais focos de atuação das frentes que defendem tais valores da sociedade tradicional é o combate à homossexualidade, sob o argumento de que tal orientação sexual deve ser alterada ou tratada, ainda que a Organização Mundial da Saúde (OMS) já tenha reconhecido desde 1990 que a homossexualidade não pode ser denominada patologia, excluindo-a do rol de Classificação Estatística Internacional de Doenças (CID).

Importante decisão³ foi proferida no caso de *Vejdeland v Suécia*, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos em 09 de fevereiro de 2012, considerando que a condenação penal imposta pelo governo sueco à estudantes que distribuíram panfletos de conteúdo homofóbico em uma escola seria legítima, uma vez que tal

discurso de insulto, manutenção ao ridículo e calúnia a grupo específico não poderia de beneficiar do art. 10º da Convenção Europeia, que garante a liberdade de expressão, ressaltando ainda que a discriminação com base na orientação sexual é tão grave quanto a discriminação com base na “raça, origem ou cor”.

No âmbito nacional, a promoção de tais valores tradicionais tem representado igualmente o constante ataque a grupos historicamente oprimidos, como as mulheres e homossexuais, principalmente com a veiculação de artigos no espaço público midiático, nos quais se articulam argumentos de segregação e inferiorização dos movimentos feministas e LGTB. A rejeição em plenário, culminando com o arquivamento da PLC 122/2006 que objetivava, entre outros, a tipificação penal do crime de homofobia, contribuiu sobremaneira para que tais práticas discriminatórias prosseguissem sem qualquer punição ou controle, assim como a ausência de legislação atual e dinâmica no âmbito da Comunicação Social.

Ainda que em afronta aos direitos constitucionais fundamentais, recorrentes abusos vêm sendo cometidos no exercício do direito à liberdade de opinião e de expressão, principalmente no âmbito de grupos que propõe uma “restauração” social por meio do conservadorismo, cujos efeitos negativos são maximizados pelo amplo alcance geográfico e velocidade imediata conferida aos meios midiáticos pelo ambiente virtual.

A guisa de exemplo da nocividade de tais declarações podem ser mencionados dois textos recentemente publicados em jornais de grande circulação, e que, portanto, ultrapassam o discurso proferido dentro de igrejas e templos, afetando a individualidade e dignidade daqueles que possuem tal orientação sexual no convívio social diário. O primeiro deles, denominado “Perversão da Adoção”⁴, publicado em

¹ Disponível em: http://www.dhescbrasil.org.br/attachments/674_traditional_values.pdf, acessado em 17 de outubro de 2012.

² Disponível em <http://www.onu.org.br/conselho-de-direitos-humanos-adota-resolucao-sobre-orientacao-sexual-e-identidade-de-genero/>, acessado em 05 de novembro de 2012.

³Disponível na íntegra em inglês em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109046>, acessado em 05 de novembro de 2012.

⁴RAMALHETE, Carlos. Disponível na íntegra em:

30 de agosto de 2012 no jornal Gazeta do Povo, maior jornal em circulação no Estado do Paraná, contém expressamente em seu bojo:

Uma mãe até pode entregar seus filhos para que uma dupla de amigos do mesmo sexo ou uma comunidade religiosa ou hippie os crie. Ela vai estar criando uma dificuldade para a criança, mas ainda estará dentro dos limites de seu poder de mãe. Esticando-os, é verdade, mas dentro dos limites.

Quando o Estado o faz, contudo, não está mais agindo dentro de seus limites. O Estado não pode registrar como “mães” de uma criança todas as freiras de um convento em que ela seja criada, nem como “pais” uma dupla do mesmo sexo. Uma certidão de nascimento em que constem os nomes do pai e mãe adotivos é uma mentira piedosa, que serve para evitar constrangimentos.

Por outro lado, por mais que haja quem tente “desconstruir a família tradicional”, continua sendo biologicamente impossível ser filho de 20 freiras ou dois barbados.

Uma certidão em que constem dois “pais” e nenhuma mãe – ou 20 “mães” e nenhum pai – é um absurdo patente, um abuso de autoridade por parte do Estado.

O Estado reconhece a família porque é nela que a vida é gerada. Um homem e uma mulher se unem, geram filhos e os criam, e é do interesse de toda a sociedade que isso funcione bem. Quando falta uma família, o Estado pode entregar a criança a outra família, que a adota como nela houvesse nascido. Conventos, comunidades hippies e uniões de pessoas do mesmo sexo, contudo, podem ser modos de convívio agradáveis para quem neles toma parte, mas certamente não são famílias. Isso é abuso, não adoção.

(grifo não consta no original)

Desconsiderando, ou ainda, não reconhecendo a legitimidade do elemento afetivo presente na união conjugal matrimonializada entre duas pessoas do mesmo sexo, o autor deliberadamente a equipara à convivência de uma comunidade hippie ou de freiras em um convento, como justificativa para uma suposta perversão do direito de adotar se concedido pelo Estado.

Mais recente é o artigo “Parada gay, cabra e espinafre”, publicado em todo o Brasil na edição nº 2294, da segunda semana de novembro de 2012 da Revista veja, de autoria do ex-diretor de redação da mesma e seu atual colunista, José Roberto Guzzo. Iniciando com a afirmativa “Já deveria ter ficado para trás no Brasil a época em que ser homossexual era um problema”, o autor perfidamente articula toda uma retórica na qual sustenta que a luta pela igualdade de direitos empreendida pelo movimento LGTB seria a atual causa dos próprios problemas enfrentados pelos homossexuais.

Para isso, denominando propositalmente homossexualidade como homossexualismo, atribuindo aos homossexuais um “estilo de vida gay” pelo qual teriam optado, menciona que “Para a maioria das famílias brasileiras, ter filhos ou filhas gay é um desastre – não do tamanho que já foi, mas um drama do mesmo jeito” e atribui este desastre ao fato de que *o empenho para eliminar a antipatia social em torno do homossexualismo rateia tanto assim*, pois estaria em ação uma *Lei das Consequências Indesejadas*, segundo a qual *as atuais cruzadas em favor do estilo de vida gay*, em vez de gerarem a paz estariam ajudando a *manter viva a animosidade; divide, quando deveria unir*.

Em seguida, inicia uma série de ataques à todos os direitos de igualdade pretendidos:

<http://www.gazetadopovo.com.br/colunistas/conteudo.phtml?id=1292008&tit=Perversao-da-adocao>, acessado em 05 de novembro de 2012.

O fato é que, de tanto insistirem que os homossexuais devem ser tratados como uma categoria diferente de cidadãos, merecedora de mais e mais direitos, ou como uma espécie ameaçada, a ser protegida por uma coleção cada vez maior de leis, os patronos da causa gay tropeçam frequentemente na lógica – e se afastam, com isso, do seu objetivo central.

O primeiro problema sério quando se fala em "comunidade gay" é que a "comunidade gay" não existe – e também não existem, em consequência, o "movimento gay" ou suas "lideranças". [...] Então por que, sendo tão distintos entre si próprios, deveriam ser tratados como um bloco só? Na verdade, a única coisa que têm em comum são suas preferências sexuais – mas isso não é suficiente para transformá-los num conjunto isolado na sociedade, da mesma forma como não vem ao caso falar em "comunidade heterossexual" para agrupar os indivíduos que preferem se unir a pessoas do sexo oposto. A tendência a olharem para si mesmos como uma classe à parte, na verdade, vai na direção exatamente contrária à sua principal aspiração – a de serem cidadãos idênticos a todos os demais.

Outra tentativa de considerar os gays como um grupo de pessoas especiais é a postura de seus porta-vozes quanto ao problema da violência, imaginam-se mais vitimados pelo crime do que o resto da população. [...] E as agressões gratuitas praticadas contra gays? Não há o menor sinal de que a imensa maioria da população aprove, e muito menos cometa, esses crimes; são fruto exclusivo da ação de delinquentes, não da sociedade brasileira.

Não há proveito algum para os homossexuais, igualmente, na facilidade cada vez maior com que se utiliza a palavra "homofobia"; [...] Qualquer artigo na imprensa que critique o homossexualismo é considerado "homofóbico"; insiste-se que sua publicação não deve ser protegida pela liberdade de expressão, pois "pregar o ódio é crime". Mas se alguém diz que não gosta de gays, ou algo parecido, não está praticando crime algum – a lei, afinal, não obriga nenhum cidadão a gostar de homossexuais, ou de espinafre, ou de seja lá o que for. Na verdade, não obriga

ninguém a gostar de ninguém; apenas exige que todos respeitem os direitos de todos.

Há mais prejuízo que lucro, também, nas campanhas contra preconceitos imaginários e por direitos duvidosos. Homossexuais se consideram discriminados, por exemplo, por não poder doar sangue. Mas a doação de sangue não é um direito ilimitado – também são proibidas de doar pessoas com mais de 65 anos ou que tenham uma história clínica de diabetes, hepatite ou cardiopatias. O mesmo acontece em relação ao casamento, um direito que tem limites muito claros. O primeiro deles é que o casamento, por lei, é a união entre um homem e uma mulher; não pode ser outra coisa. Pessoas do mesmo sexo podem viver livremente como casais, [...] mas a sua ligação não é um casamento – não gera filhos, nem uma família, nem laços de parentesco. Há outros limites, bem óbvios. Um homem também não pode se casar com uma cabra, por exemplo; pode até ter uma relação estável com ela, mas não pode se casar. [...] A mais nociva de todas essas exigências, porém, é o esforço para transformar a "homofobia" em crime, conforme se discute atualmente no Congresso. [...] Não existe "mais ou menos" no direito penal; ou se diz precisamente o que é um crime, ou não há crime. O artigo 121 do Código Penal, para citar um caso clássico, diz o que é um homicídio: "Matar alguém". Como seria possível fazer algo parecido com a homofobia? Os principais defensores da "criminalização" já admitiram, por sinal, que pregar contra o homossexualismo nas igrejas não seria crime, para não baterem de frente com o princípio da liberdade religiosa. Dizem, apenas, que o delito estaria na promoção do "ódio". Mas o que seria essa "promoção"? E como descrever em lei, claramente, um sentimento como o ódio?

(grifo não consta no original)

Ambos se utilizam de uma sistemática muito semelhante na articulação das ideias discriminatórias, oram utilizando tons jocosos que facilitam a introdução de

conceitos manifestamente homofóbicos, como a comparação entre o homossexualismo e a zoofilia, ora sustentando que os conceitos legais nos quais se objetivam modificações e garantias de direitos seriam imutáveis, principalmente porque o próprio conceito cristão de família seria algo revestido de imutabilidade.

Mas justamente por não se tratarem de intervenções manifestamente religiosas e ainda, por seus autores tentarem revestir seus argumentos de certa cientificidade, ultrapassando limites de mera opinião pessoal, é que tais posicionamentos merecem análise mais detida para compreensão de toda a sua complexidade.

1. A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL NO ESTADO LAICO

A Constituição Federal, decorrente do processo de racionalização do direito baseado na razão sistemática, figura no Estado Moderno como regulador nacional capaz de conferir simultaneamente; soberania nacional, autonomia aos poderes constituídos e segurança jurídica aos jurisdicionados.

Apesar figurar inicialmente como meio de positivação das normas constitucionais, encontrou nos princípios o direcionamento necessário ao fiel cumprimento dos objetivos do constituinte, os quais, por este motivo, permeiam todo o sistema normativo, dentro do qual foram elevados à posição hegemônica. (BONAVIDES, 2008, pg. 287)

Isto porque contém preceitos que limitam direitos individuais por intermédio de fatores que protegem a própria coletividade, mas que, por sua aplicação uniforme, se apresentaram com única via à formação da identidade do homem enquanto ser, ainda que isso represente a restrição a alguns interesses privados pela supremacia do interesse da coletividade. (BONAVIDES, 2008, pg. 289)

Destinada ao sujeito constitucional, cuja identidade apresenta-se como um processo dinâmico e inconcluso, se presta justamente a garantir o livre exercício das opiniões plurais e potencialmente contraditórias no contexto político-social, cujo arranjo termina por designar uma identidade constitucional, forjada justamente a partir do que não é, ou seja, *revela-se o sujeito como carência, como vazio que se interpõe pela tensão produzida entre a auto-imagem própria dos constituintes e aquela ostentada pela comunidade política constitucional pluralista*. Este “vazio” deverá ser preenchido por uma nova identidade comum, e, neste processo, o sentimento religioso do constituinte deve ser afastado, com vistas à construção de um campo autônomo, no qual posteriormente poderá ser readmitido juntamente com outras denominações religiosas ou não-crentes, já compatibilizadas em um discurso cooperativo que garanta a adesão de todos os seus destinatários, num ambiente inicialmente neutro, no qual se compatibilizam diferentes interesses legítimos, balizado pelos ditames do Estado Democrático de Direito e pela proteção aos Direitos Fundamentais. (ROSENFELD, 2003, citado por DOMINGUES)

É pela necessidade deste ambiente neutro que se tornou imperativa a separação entre Estado e Religião, por meio da criação do princípio da laicidade do estado, única via capaz de conferir legitimidade à ordem jurídica constitucional. (GALDINO, 2006, pg. 71)

Isto porque, o poder exercido pela religião se caracteriza pela cumplicidade acrítica daqueles por ele afetados, contrapondo-se diretamente à formação da opinião e da vontade do indivíduo autônomo (autor e destinatário das normas que disciplinam suas condutas e garantem seus direitos), que, segundo Habermas, se apresentam como condições mínimas ao exercício da democracia. (BORDIEU, 2007, pg. 322)

Deste modo, a fé, no estado laico, obrigatoriamente deve estar limitada à esfera privada de cidadãos e instituições, devendo, diante disso, existir uma *constante*

operação de filtragem dos argumentos de fundo religioso trazidos à esfera pública pelos devotos. (ROSENFELD, 2003, citado por DOMINGUES)

No histórico das Constituições brasileiras, como reflexo das novas realidades sociais que se sucederam ao longo da história, a questão da laicidade foi paulatinamente ganhando força, culminando no modelo de separação total entre Igreja e Estado assegurado pelo texto da Constituição Federal de 1988. Prevista no inciso I, do art. 19, declara a vedação à União, Estados, Distrito Federal ou Municípios de *estabelecerem cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.* (GALDINO, 2006, pg. 30)

Para o constituinte, a laicidade se apresenta como método de convergência de todas as formas de manifestação religiosa em prol da garantia de suas liberdades, haja vista que a impossibilidade de intervenção direta no aparato estatal por qualquer uma delas é a garantia de que nenhuma poderá novamente assumir posição hegemônica no âmbito político, determinando, de corolário, a extinção ou perseguição às demais.

Fundamentada no princípio da igualdade, a própria laicidade é o subsídio para a liberdade religiosa no texto constitucional, beneficiando a todas as formas de manifestação da religiosidade e protegendo a liberdade de escolha do indivíduo no tocante à sua religião.

Mais que isso, garante direito ao indivíduo de constituir sua identidade em torno dos princípios e valores que considerar adequados, seja eles de cunho religioso ou não.

Observada esta condição inicial para o constituinte originário, como resolver a questão da homossexualidade no Brasil, já que a própria Constituição

Federal de 1988 permite uma menos-valia de determinados cidadãos no nosso país, protegendo apenas as uniões heterossexuais, pois reconhece, em seu art. 226, a existência de entidade familiar apenas a união entre homens e mulheres? (APPIO, 2008, pg. 374)

Na medida em se reconhece a importância dos direitos de liberdade e igualdade, como princípios fundamentais e principais valores da Carta Magna, a partir dos quais os juízes puderam reconhecer inicialmente a existência de união estável entre os próprios heterossexuais, e, posteriormente, tem se estendido tal reconhecimento aos casais homoafetivos, a inserção definitiva de um modelo de entidade familiar que promova a inclusão do sujeito constitucional homossexual com igualdade dependerá de nova atividade legislativa do Congresso Nacional, dependendo da discricionariedade política outorgada aos representantes eleitos pela população. (APPIO, 2008, pg. 377)

2. HOMOFOBIA, SEXISMO E HETEROSSEXISMO

A tendência ao afastamento de valores morais de conceitos que deveriam ter sido elaborados revestidos de cientificidade refletiu, além do âmbito das ciências jurídicas, no campo da psicanálise, fato este evidenciado pelo reconhecimento, em 17 de maio de 1990, pela Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde, de que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão, deixando de pertencer ao rol Classificação Internacional de Doenças - CID.

Alguns reflexos desta decisão foram perceptíveis na sociedade, como, por exemplo, a preferência da literatura em adotar o termo homossexualidade, em detrimento da denominação homossexualismo, por considera-se que aquela melhor representa tal variante da sexualidade humana, desvinculando-a do antigo estigma de desvio ou doença, do mesmo modo que o termo orientação sexual passou a ser

considerado ideal para representar tal aspecto da personalidade, não se admitindo mais ser confundida com *educação* ou *opção* sexual. Prescindindo de provas, justamente porque não pode ser comprovada como desvio, a homossexualidade passou a ter sua legitimidade reconhecida no campo das manifestações do pulso sexual indivíduo, sendo que o objeto de estudo passou a fixar-se na questão da hostilidade desencadeada na sociedade em face desta forma específica de orientação sexual. (BORRILLO, 2010, pg. 21)

É possível detectar que a marginalização homofóbica, portanto, se interrelaciona com a excessiva necessidade de comprovação empírica e interpretação lógica dos fatos, típica da modernidade, pois o que não pode ser cientificamente comprovado ou logicamente interpretado, quando em desacordo com os preceitos morais vigentes, pode ser facilmente estigmatizado como anomalia. (FOUCAULT, 1992)

Para que esta marginalização se torne irreversível e inquestionável, ainda que preconceituosa (devido à total ausência de supedâneo científico ou compreensão lógica), o fato da homossexualidade seria revestido de um estereótipo falsamente delineado e maciçamente introduzido no discurso dos interlocutores desta estratégia, como instrumento de combate ao não-compreendido e não-aceito. Será em face deste estereótipo que se construirá uma complexa cultura institucional do preconceito, hoje denominada *homofobia*.

Ainda que o termo tenha sido utilizado pela primeira vez em um artigo na década de 70, por K. T. Smith, apenas com o intuito de designar traços da personalidade homofóbica, o conceito inicial foi elástico e a homofobia passou a designar todo um *conjunto de ações negativas em relação aos homossexuais* no contexto social, podendo ser detectada tanto no âmbito individual, quanto institucional e jurídico. (BORRILLO, 2010, pg. 21)

Nas instituições, *espaço de produção, reprodução e atualização de todo um conjunto de disposições (discursos, práticas, valores, etc.)*, quando detectada, significa o meio pelo qual *a heterossexualidade é instituída e vivenciada como única possibilidade legítima de expressão sexual e de gênero*. Nestes meios, a homofobia se mantém como algo familiar e consensual, e pode ser reconhecida ainda como o medo de que a valorização do indivíduo homossexual ocorra, manifestando-se na angústia de ver desaparecer a fronteira e a hierarquia da ordem heterossexual. (BORILLO, 2010, pg 17)

Para Daniel Borillo (2010, pg. 22), o termo “homofobia” designa dois aspectos diferentes da mesma realidade:

A dimensão pessoal, de natureza afetiva, que se manifesta pela rejeição dos homossexuais; e a dimensão cultural, de natureza cognitiva, em que o objeto da rejeição não é o homossexual enquanto indivíduo, mas a homossexualidade como fenômeno psicológico e social. Essa distinção permite compreender melhor uma situação bastante disseminada nas sociedades modernas que consiste em tolerar, e até mesmo, em simpatizar com os membros do grupo estigmatizado; no entanto, considera inaceitável qualquer política de igualdade a seu respeito.

Já o sistema a partir do qual uma sociedade organiza um tratamento segregacionista segundo a orientação sexual do indivíduo pode ser designado sob o termo geral de “heterossexismo”. Para o autor, este sistema heterossexista e a homofobia, *compreendida como a consequência psicológica de uma representação social que, pelo fato de outorgar o monopólio da normalidade à heterossexualidade, fomenta o desdém em relação àquelas e àqueles que se afastam do modelo de referência*, constituem as duas faces de uma mesma intolerância e merecem ser denunciadas com o mesmo vigor que o racismo ou o antissemitismo. Isto porque,

tanto quanto estas outras formas de inferiorização, se fundamenta na polarização alienante do bem e o mal, do puro e do impuro, do perfeito e do imperfeito, do humano e do não humano, conceituados em uma “verdade” inafastável principalmente porque firma raízes na “vontade divina”. (BORILLO, 2010, pg. 23)

Para dar vida ao estereótipo formulado, combatendo-se o livre exercício da sexualidade, o âmbito da indústria cultural, como concebida por ADORNO (2002), se mostra amplamente eficaz, já que para ela se direcionam podem ser concretizados primariamente os anseios do prazer e do desejo humanos. Neste ambiente, como tentativa de anulação total da subjetividade da individual experimentação e vivência da sexualidade, se tornam cognoscíveis os modelos estereotipados de uma “cultura gay degenerada”, que deve ser combatida pelo espectador genérico, passivo e acrítico.

Para BORILLO (2010, pg. 25):

A violência em estado puro – destilada pela homofobia psicológica – nada é além da integração paradigmática de uma atitude anti-homossexual que, aliás, permeia a história de nossas sociedades. O medo, às vezes pueril, suscitado ainda pela homossexualidade, resulta da produção cultural do Ocidente judaico-cristão. Dos textos sagrados às leis laicas, passando pela literatura científica e pelo cinema, a campanha de promoção da heterossexualidade não hesita em proferir o anátema não só contra a homossexualidade, mas também contra qualquer manifestação de afeto entre pessoas do mesmo sexo. Assim, a homofobia cognitiva serve de fundamento a um saber sobre o homossexual e a homossexualidade baseado no juízo prévio que os reduz a um clichê.

Difundindo este estereótipo dentro da representação de uma confusão ou crise de valores universal, dissimula-se a existência de um anseio por inclusão específico e real, pois no “caos total” e na “crise irremediável”, a única alternativa é o

fortalecimento das barreiras de proteção do indivíduo em face aos demais que se apresentam como ameaça, impedindo-se o fortalecimento da identidade do grupo que viabilizaria a defesa de seus interesses.

Será no âmbito jurídico e político que este enfraquecimento da identidade do grupo oprimido se torna mais aparente, principalmente quando se comparam as conquistas dos direitos dos homossexuais em face daquelas galgadas pelos demais grupos historicamente marginalizados, como as mulheres e os negros. Para estes, ainda que sem a efetividade necessária, a teoria segregacionista se tornou insustentável e puderam ser constatados avanços com a criação de leis infraconstitucionais que visam a inclusão, diminuição de desigualdades ou proteção contra a violência física e moral dos sujeitos oprimidos, além de políticas públicas de combate à violência em face destes grupos.

No caso da homossexualidade, ao passo em que a ciência comprova a inexistência de uma doença a ser curada ou de uma anormalidade a ser corrigida, reitera-se uma perversa doutrina de “opção” e não de orientação sexual, na qual o sujeito, por ter “escolhido” relacionar-se sexualmente com sujeitos do mesmo gênero deve arcar com as consequências de seu “modo de vida degenerado”.

Fator preponderante de singularização da forma de hostilidade homofóbica é que esta acaba por atingir indivíduos isolados que não participam de grupos já constituídos como minorias, sem filiação a uma raça, religião ou origem étnica determinada, fazendo com que o homossexual suporte o ostracismo causado pelo preconceito de forma solitária, na maioria das vezes em um ambiente familiar também hostil, situação que inúmeras vezes os torna vulneráveis e alvo de mutilações e suicídio. (BORILLO, 2010, pg. 40)

Sob um estereótipo fetichista (FREUD, 1969, pg. 157) de vulgaridade, perversidade, promiscuidade, luxúria e artificialidade, os oprimidos são facilmente

silenciados no plenário do Congresso Nacional, que energicamente se mobiliza em defesa dos “valores tradicionais da família brasileira”.

A luta pelo reconhecimento legal da igualdade, que somente se concretizaria com o *status constitucional de igualdade*, conferindo-lhes direitos civis igualitários (casamento, adoção, etc.) e até mesmo com a tipificação da homofobia como crime, no âmbito penal, é considerada uma ameaça *sui generis*, contra a qual o engajamento é “questão de honra”, ainda que inconstitucional. Isto porque, a homofobia cognitiva enraizada na *atitude de desdém constitutiva de um modo habitual de apreender e de categorizar o outro*, pretende perpetuar a diferença preconizando suposta tolerância e até arguindo a já existência de igualdade, *forma civilizada da clemência dos ortodoxos em relação aos heréticos*, na qual ninguém rejeitaria ao homossexual, entretanto, *ninguém fica chocado pelo fato de que eles não usufruam dos mesmos direitos reconhecidos aos heterossexuais*. (BORILLO, 2010, pg. 24)

Se verifica até mesmo a divulgação de uma construção filosófica de que o reconhecimento destes direitos civis dos homossexuais pela sociedade representaria um meio de diminuição da culpa por parte de uma classe de psicopatas histéricos moralmente pervertidos – denominados Gayzistas ¹, quando em verdade, tal reconhecimento, ainda que tardio, poderia unicamente demonstrar que a mitigada culpa, assim como o medo que a acompanha, fazem parte de construção ideológica historicamente cultivada pela própria moral conservadora como lógica de hierarquização, inferiorização e dominação social, estereotipando como ameaça aquilo que poderia modificar a estrutura de poder existente.

¹ CARVALHO, Olavo de. Aula 160 do Curso Online de Filosofia, transmitida em 23 de junho de 2012. Disponível em <http://www.seminariodefilosofia.org/video/homofobia-e-gayzismo>, acessado em 20 de outubro de 2012.

No contexto de uma confusão e crise universal, amplamente difundida, que ultrapassa o aspecto econômico e alcança o aspecto moral na conformação de uma suposta crise de valores morais, a ideologia conservadora se apresenta como nobre alternativa para “restauração da moralidade” na sociedade. O que não se considera, no entanto, é que esta proposta manifestamente traz em seu bojo a aniquilação dos valores de igualdade e liberdade com relação ao homossexual, pois está fundamentada justamente na perpetuação da exclusão e na fantasia perversa de que existe um sujeito ou uma identidade original e pura que está sob ameaça e que deve ser defendida.

Não se pode olvidar, no entanto, como assevera BORILLO (2010, pg. 38), que os argumentos adotados contra a igualdade de direitos do homossexual, veiculam preconceitos semelhantes aos que haviam sido utilizados os EUA para proibir os casamentos inter-raciais – *para justificar a aplicação de uma lei que proibia o casamento entre pessoas de raça diferente, o Tribunal de Instância do Estado da Virgínia considerava, em 1966, que Deus Onipotente criou as raças branca, negra, amarela, malásia e vermelha, além de coloca-las em continentes separados*.

Se analisarmos que tal argumento era utilizado na recente década de 60, passados pouco mais de cinquenta anos da utilização de tal argumento de preconceito racial, seria possível concluir que a conquista do direito de igualdade viesse se perfazendo de forma contínua e progressiva, porém, nota-se uma espécie de ativismo recente pela moralidade, que até mesmo provocou a aprovação pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU da proposta no sentido de que “a compreensão e o respeito dos valores tradicionais favorece o incentivo e a defesa dos direitos humanos e das liberdades básicas”, aprovação esta que soa como um alarme no cenário mundial.

3. O ESPAÇO PÚBLICO MIDIÁTICO

A democracia da modernidade tem como característica fundamental o pluralismo, que, para BOBBIO (2000, pg. 73), significa justamente a *liberdade – melhor: a liceidade – do dissenso*.

Para ele, no entanto, ainda que se mostre possível mensurar a qualidade da democracia de determinado país pelo amplo acesso à visibilidade de diferentes ideologias, sendo a liberdade de opinião uma das condições preliminares ao bom funcionamento do sistema democrático, a mesma não pode ser admitida de forma ilimitada, assim como as demais liberdades constitucionalmente garantidas, devendo-se, para tal “juízo de admissibilidade” ser tomado em consideração o critério de sempre salvaguardar o sistema constitucional em seu conjunto. (BOBBIO, 2000, pg. 85)

Considerando-se que tal acesso à visibilidade se perfaz em um espaço público midiático, é interessante adentrar ao âmago do conceito Habermasiano, segundo o qual a esfera pública haveria surgido como zona de manifestação crítica das elites burguesas em face da monarquia no século XVII. (HABERMAS, 1962)

Após influência decisiva do poder da mídia das grandes massas, o mencionado filósofo passou a designar a esfera pública do seguinte modo:

Ela [a esfera pública] de novo se transformou com o desenvolvimento dos meios eletrônicos de massa, com a importância recente da publicidade, a assimilação crescente da informação, a centralização reforçadas em todos os domínios, o declínio da vida associativa liberal, dos espaços públicos locais. [...] Disso resultou uma nova categoria de influência, o poder midiático, que, utilizado de maneira manipuladora, roubou a inocência do princípio de publicidade. O espaço público, que é, ao mesmo tempo, pré-estruturado e dominado pelos mídia de massa, tornou-se uma verdadeira arena vassalizada pelo poder, no seio da qual se luta por temas,

por contribuições, não somente para a influência, como também para um controle dos fluxos de comunicação eficazes. (HABERMAS, 1999, p. 16).

Para GOMES (1999, p. 207), este controle dos fluxos de comunicação por monopólios acabou por transformar o papel da mídia na sociedade, fazendo com que deixasse de simplesmente servir de espaço para discussão de questões relativas aos cidadãos, passando a ter papel predominantemente *formador da opinião pública*, servindo ainda para legitimá-la:

A esfera pública midiática seria, portanto, uma esfera de representação pública de posições geradas de forma não-pública. Porque discursiva, ganha a aparência de esfera pública enquanto, na realidade, é esfera pública encenada, espetacular, espaço de exibição, vitrine de opiniões em disputa pela atenção e adesão.

Sob este prisma, na mesma medida em que houve uma conquista de espaço inicial, destinado no princípio à classes burguesas e posteriormente, principalmente com os meios eletrônicos, alcançando parcela significativa da população na interação comunicativa, grandes grupos de mídia internacional monopolizaram os meios de notícia e entretenimento, restringindo a ação de grupos locais e comunitários neste processo.

A liberdade de opinião pode ser exercida neste contexto, porém, a opinião passa a ser substancialmente consolidada com subsídios culturais não autênticos, pois a esfera pública (cuja denominação, por isso, acabou sendo até mesmo mitigada por alguns autores) acabou sendo sufocada pelo monopólio da mídia por grandes corporações, que passam a utilizá-lo como manobra para concretização de seus interesses.

Apesar da inegável importância para a democracia de que se discutam formas legítimas de acesso da população a este espaço atualmente dominado por monopólios, sua contextualização no presente trabalho se mostra necessária unicamente para compreensão de que não podem ser considerados todos os conteúdos neles veiculados como expressão autêntica da opinião pública, de forma simplista e ingênua, como se concernentes apenas àqueles que as subscrevem, ignorando-se as instituições das quais se fazem porta-vozes.

Grandes grupos mitigam espaço no meio midiático para defesa de seus interesses que na maioria das vezes não reflete às necessidades da população, e acabam por logr-lo pela intervenção maciça no dia-a-dia do cidadão pelo rádio, televisão, jornais, revistas, etc.

Retornando à questão da homofobia, o conservadorismo cristão, como um dos grupos que se utiliza da mídia em todo o mundo como meio de difusão de suas ideologias, como se pode verificar nos trechos de artigos acima colacionados, passou por uma substancial modificação de seu discurso após o reconhecimento dos direitos humanos no cenário mundial, trazendo agora uma suposta aceitação da homossexualidade, desde que esta abdique da reivindicação por direitos igualitários e pelo reconhecimento de sua unidade como grupo. (BORRILLO, 2010)

Diante disso, seus porta-vozes no contexto do espaço público midiático brasileiro reproduzem igualmente este discurso, o qual apresentam como isento de cunho homofóbico por não estar direcionado em face de um indivíduo específico ou da “prática homossexual em si”.

Não se pode e nem se pretende mitigar os conceitos eminentemente morais que fazem parte de doutrinas religiosas cristãs, portadoras de liberdade total para exercício da vivência de seus postulados dentro dos limites da esfera privada, como também já elucidado. A questão da salvação ou não das almas é a matéria que lhe

compete, devendo ser objeto de mediação apenas a sua intervenção nesta esfera pública, como método de perpetuação do arraigado heterossexismo que acaba por significar um empecilho para reformulação necessária de conceitos constitucionais segregadores.

Vale lembrar que esta nova modalidade de combate dissimulado à homossexualidade na mídia, não a reconhecendo como forma de vivência legítima da sexualidade e como condição de desenvolvimento da personalidade, também está abarcada pelo recente conceito de homofobia, traduzindo-se igualmente como violência na medida em que ultrapassa os limites da liberdade individual do cidadão, trazendo-lhe prejuízo.

Justamente por isso se denominam “discursos de ódio”, em face dos quais se pretendia estabelecer punição justa no âmbito do direito penal, com a criminalização da homofobia.

No entanto, considerando-se o insucesso do projeto de lei mencionado, pouco se logra em matéria de condenação de abuso, o que se verifica claramente com relação aos dois artigos publicados mencionados, já que ambos os colunistas não suportaram qualquer medida restritiva ou punitiva imposta, nem ao menos pelo próprio editorial dos meios de comunicação que as veicularam, e continuam a publicar livremente seus textos de alcance global, ainda que remetendo a união homossexual à pedofilia e à zoofilia, quase que diretamente.

Já pela ausência de medida estatal de controle dos conteúdos veiculados, denota-se que a hostilidade desencadeada na sociedade em face desta forma específica de orientação sexual, concretizada pela marginalização homofóbica, encontra, por sua inércia, respaldo no próprio Estado, que a considera, conforme seus postulados jurídicos também segregadores, uma prática regular dentro dos limites dos “bons costumes”.

CONCLUSÃO

Indiscutível é o fato de que a dignidade da pessoa humana é o fim último da democracia e que sua garantia depende do pleno exercício da igualdade e da liberdade no estado de direito, que, no caso do homossexual, ao menos em princípio, se daria com o reconhecimento da igualdade civil de seus direitos e com a penalização de atos discriminatórios homofóbicos.

Para BOBBIO (2000, pg. 94) dentro deste estado de direito democrático, no entanto, não se podem simplesmente ignorar suas instâncias de poder impondo-se direitos pela força, sendo que o único meio de se modificar as relações de força é adquirindo-se “força”, ou seja, adquirindo-se direitos pela única via revestida de legitimidade, a via legal.

No caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, para Lênio Streck, a única via seria pela edição de emenda constitucional, por considerar que a Constituição Federal seria *fonte perene de direitos e conquistas já obtidas ao longo dos anos*. (APPIO, 2008, pg. 373)

Para outros, como Eduardo Appio (2008, pg. 374), a resposta não estaria no texto e sim no valor a ser protegido, recomendando-se no caso o ativismo judicial como medida inicial, que, se não provocasse de plano a votação de texto conformador pelo Congresso Nacional, daria margem à futura Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão que o colocaria em mora, declarando a “moral legislativa” pela via de uma *estratégia política, amparada no dever de proteção dos direitos fundamentais*. (APPIO, 2008, pg. 379)

No caso da homofobia, no entanto, já se verificou a rejeição pelo Congresso Nacional de projeto de lei que viabilizasse a penalização de publicações nos termos já mencionados, sendo que a via de ativismo judicial, em decisões

proferidas em medidas reparatórias individuais em face da pessoa que as articulou, do meio de comunicação que as veiculou e, principalmente, em face do próprio Estado que não tomou as medidas cabíveis para assegurar a incolumidade da dignidade de seus cidadãos, seria possível, mas alcançaria o objetivo último de reconhecimento da existência de premente necessidade de aprovação do texto infraconstitucional pelo congresso?

Ainda, em se tratando de esfera capaz de moldar a opinião pública conforme interesses obtusos, em que medida pode a população livrar-se das antigas amarras do preconceito, elegendo representantes capazes de garantir a liberdade e igualdade necessárias, para que seja finalmente aprovada pelo Congresso Nacional a legislação necessária?

Que o reconhecimento de direitos, no caso da homossexualidade, assim como no caso das mulheres em face da violência machista, deve se realizar por uma profunda mudança ética na sociedade como um todo, reconhecendo-se a amplitude da igualdade que se faz legitimamente necessária e revendo-se no mais das vezes os nossos próprios discursos e atos, é conclusão inafastável.

No entanto, no Brasil, onde a população, em sua maioria, tem sua identidade formada por conceitos oriundos da mídia televisiva e templos religiosos, justamente “agente educadores” que não promovem o exercício do senso crítico, o engajamento do povo nesta suposta “luta pela moralidade” em detrimento destes direitos é crescente.

Percebe-se então que rejeição às práticas homofóbicas, neste período histórico que deve representar a concretização das liberdades individuais, se torna uma necessidade a cada dia mais imperativa, dependendo de um posicionamento firme de psicólogos, cientistas sociais e juristas, capazes de detectar todos estes fatores que compõe esta malha que sufoca a voz dos historicamente excluídos.

O Estado, como principal agente na promoção da diversidade e da pluralidade no meio social no Brasil, poderia investir em duas frentes para a concretização da igualdade almejada. A primeira, com a concretização de um novo marco regulatório para as comunicações, capaz de dar voz às minorias, remediando a ausência de pluralidade e diversidade na mídia atual. Acima disso, se tornam necessárias políticas públicas de educação capazes de desfazer o estereótipo historicamente construído em face da homossexualidade, demonstrando-se que a inclusão da diferença é a única via de construção da tão almejada paz social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. Direito das minorias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BORILLO, Daniel. Homofobia: História e Crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

COMPARATO, Fábio Conder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DOMINGUES, Roberto. Nação religiosa, Estado sem Deus. Laicidade, Identidade Constitucional e Democracia. Disponível em:

<http://pt.scribd.com/doc/32587322/NACAO-RELIGIOSA-ESTADO-SEM-DEUS>.

Acessado em 05 de novembro de 2012.

DUSSEL, Enrique. Ética da Libertação na Idade da Globalização e da Exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal, 1992.

FREUD, Sigmund. 1856-1939 Obras psicológicas completas de Sigmund Freud: Edição *Standard* Brasileira, "O futuro de uma ilusão, o mal-estar na civilização e outros trabalhos", vol. XXI, Rio de Janeiro: Imago, 1969.

GALDINO, Elza. Estado Sem Deus: A Obrigação da Laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOMES, Wilson. Esfera pública: política e media II. In: Práticas discursivas na cultura contemporânea. Rio Grande do Sul: Unisinos, 1999.

HABERMAS, J. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. (Originalmente publicado em 1962).

_____. O Espaço Público, 30 anos depois. Caderno de Filosofia e Ciências Humanas, ano VII, n.12, Unicentro, Belo Horizonte, 1999. (Originalmente publicado em 1990)

A TRAJETÓRIA DO PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS: AVANÇOS E RESISTÊNCIAS

André Luiz Faisting¹

RESUMO

O reconhecimento e a incorporação dos direitos humanos no ordenamento social, político e jurídico brasileiro resultam de um processo de conquistas históricas - marcado muitas vezes por avanços e retrocessos - que se materializaram na Constituição de 1988. Contudo, há ainda inúmeros desafios a vencer para que a “constituição cidadã” seja de fato efetiva. Esses desafios constituem também a fundamentação e as propostas de políticas públicas formuladas nas três edições do Programa Nacional de Direitos Humanos (1996, 2002, 2009). O objetivo principal desse artigo é caracterizar brevemente a trajetória do PNDH no Brasil, bem como refletir sobre algumas controvérsias recentes surgidas a partir de sua última edição, lançada em 2009. Para tanto, além de uma análise comparativa entre as três versões do PNDH, utilizamos como documento referencial o Decreto 7.177/2010, que alterou o texto original do PNDH-3 e que permite, portanto, refletir sobre os pontos fundamentais da resistência ao referido Programa. Em concordância com Adorno (2010, p. 19-20), avaliamos que “há mais continuidade entre as três edições do Programa Nacional de Direitos Humanos do que rupturas”, e que “as críticas ao PNDH-3 são bem-vindas, porque necessárias à vidademocrática”. Há que se reconhecer, contudo, que o PNDH-3 apresenta, certamente, o maior grau de resistência

entre as três edições do PNDH, e que as controvérsias e polêmicas tendem a continuar também porque necessárias a uma sociedade plural que se fundamenta, por um lado, na liberdade de expressão, crença e opinião e, por outro, na garantia de direitos para todo/as, independente de quaisquer características, condições ou preferências.

Palavras-chaves: *direitos humanos; Programa Nacional de Direitos Humanos; Comissão da Verdade*

ABSTRACT

The recognition and incorporation of human rights in the social, political and legal framework in Brazil are the result of a process of historic achievements - often marked by advances and setbacks - that materialized themselves in the Constitution of 1988. However, there are still many challenges to overcome so that the "civic constitution" becomes in fact effective. These challenges are also the reasons and the proposals for public policies formulated in three editions of the National Human Rights Program (1996, 2002, 2009). The main objective of this article is to briefly characterize the trajectory of the *PNDH* in Brazil, as well as to reflect on some recent controversies that have arisen from its last edition, released in 2009. To this end, in addition to a comparative analysis between the three versions of the *PNDH*, we use as a reference document the Decree 7.177/2010, which amended the original text of the *PNDH-3*, allowing us, therefore, to reflect on the fundamental points of resistance to this program. In accordance with Adorno (2010, p. 19-20), we assessed that "there is more continuity between the three editions of the National Human Rights Program than breakages", and that "the criticism to the *PNDH-3* are welcome, because they are necessary for the democratic life". We must recognize, however, that the *PNDH-3* certainly presents the greatest degree of resistance between the three editions of the *PNDH*, and that the controversies and polemics tend to continue because they are

¹ Doutor em Ciências Sociais pela UFSCar e professor de Sociologia da Universidade Federal da Grande Dourados.

necessary to a plural society that is based, on the one hand, on freedom of expression, belief and opinion, and on the other, on the guarantee of rights for all, independent of any features, conditions or preferences.

Key words: *human rights; National Human Rights Program; the Truth Board*

INTRODUÇÃO

Embora a noção de direitos humanos no ocidente esteja associada ao conceito de cidadania moderna, cabe destacar que esses princípios não nasceram do nada, mas são fruto de um passado histórico que, de alguma forma, também se ocupavam com a defesa de direitos da pessoa humana, podendo-se falar até mesmo numa “pré-história da cidadania” (PINSKY, 2010). Sem deixar de reconhecer, portanto, a importância dos movimentos anteriores à concepção moderna de cidadania, é apenas a partir das revoluções liberais do século XVIII que se começa, de fato, a consolidar tal concepção, ainda que muitos dos direitos defendidos pelo liberalismo à época também estivessem restritos a uma pequena parcela da população. Nesse sentido, para se referir ao desenvolvimento da cidadania no mundo moderno é comum recorrer à chamada “geração” de direitos (Marshall, 1949) para identificar a natureza de muitos dos direitos humanos, assim como as lutas que garantiram sua conquista. Apropriando-se dessa ideia é possível pensarmos também no processo de afirmação histórica dos direitos humanos, ainda que não haja consenso sobre a utilização do termo “gerações” para caracterizar esses direitos.¹

¹A crítica à ideia de “gerações” de direitos se fundamenta, entre outras razões, na suposta superação de uma geração pela seguinte, e assim por diante. Contudo, o que Marshall aponta com essa ideia é um processo de cumulação e expansão de direitos, um processo muitas vezes contraditório e no qual a geração anterior não necessariamente significa as condições ideais e necessárias para o surgimento da seguinte. Ao contrário, muitas vezes representa obstáculos e contradições. No campo específico dos direitos humanos quem primeiro formulou a tese das gerações de direitos foi Karel Vasak, numa conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Inspirado nos ideais da Revolução Francesa, Vasak propôs uma divisão dos direitos humanos em gerações: a

Nessa perspectiva, os direitos de primeira geração, reflexos da *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1798*, caracterizam-se justamente pela conquista dos direitos civis e políticos. Como legado do liberalismo, tal geração remete à importância da liberdade tanto individual (direito de ir e vir, direito a uma nacionalidade, registro civil) quanto à desconcentração do poder (direito de participação e organização política). Já os direitos de segunda geração - sociais, econômicos e culturais - surgem como legado do socialismo e da crítica ao direito “formal” e não efetivo proclamado pelas declarações liberais. Trata-se do direito de crédito do indivíduo de participar daquilo que é construído de forma coletiva. Surgem quando padrões básicos de educação, saúde, bem estar e segurança passam a ser reconhecidos como fundamentais na vida dos cidadãos e prioritários para o exercício das dimensões civil e política da cidadania.

Contudo, é apenas após a Segunda Guerra Mundial que se começa a falar em direitos coletivos e humanitários, ou direitos humanos propriamente ditos. Desenvolvidos a partir do processo de internacionalização dos direitos humanos e da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948 (ONU), surgem após a experiência do holocausto vinculada à ideia da “descartabilidade” do ser humano. São os direitos de autodeterminação dos povos, de desenvolvimento e paz, de um meio ambiente saudável, além dos chamados direitos difusos (consumidor, idosos, minorias étnicas, crianças, mulheres etc.). Para muitos estudiosos foi a Declaração de 1948, e

primeira seria relativa aos direitos individuais civis e políticos (liberdade); a segunda seria constitutiva dos direitos econômicos, sociais e culturais (igualdade); e a terceira diz respeito aos direitos ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente (solidariedade). Posteriormente, vários autores também adotaram, revisaram e até mesmo ampliaram essa classificação (BOBBIO, 1992; LAFER, 1997; BONAVIDES, 1998). (FAISTING, 2010:90, 98).

não a de 1789, que representa um divisor de águas na história dos direitos humanos modernos, justamente por cumprir a histórica função de superar a bipolaridade entre direitos individuais e sociais.

Nesse quadro brevemente caracterizado acima, embora mais recentemente no Brasil os direitos humanos tenham conquistado certo reconhecimento por parte dos vários segmentos da sociedade, em especial nos meios de comunicação e nas instituições jurídicas, não é raro ainda ouvir manifestações no sentido de que esses direitos servem apenas para proteger “bandidos”. Tal concepção permite, pelo menos, duas constatações. Por um lado, um desconhecimento da história de lutas sociais, tratados, declarações e outros documentos de alcance internacional, regional e nacional que visam proteger os segmentos mais fragilizados e discriminados, bem como da trajetória de pessoas, grupos e instituições que se dedicaram – e ainda se dedicam - à defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. Por outro, revela também certa irresponsabilidade na medida em que o não reconhecimento dos direitos humanos propicia e fortalece novas intolerâncias, tensões e violências.

Importa destacar, para os propósitos dessa breve reflexão, que tão importante quanto compreender o significado dos direitos humanos é compreender sua trajetória, avanços e resistências à sua implementação. O objetivo principal desse artigo é justamente refletir sobre algumas controvérsias recentes surgidas a partir da última versão do Programa Nacional de Direitos Humanos, lançado em 2009. Para tanto, é necessário caracterizá-lo também como resultado de um longo e muitas vezes tortuoso processo de lutas e conquistas de direitos, tanto no plano internacional quanto no nacional.

1. A BREVE TRAJETÓRIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Dentro do contexto de internacionalização dos direitos humanos brevemente caracterizados acima, pode se dizer que o reconhecimento e incorporação desses direitos no ordenamento social, político e jurídico brasileiro resultam de um processo de conquistas históricas que se materializaram na Constituição de 1988, um processo que revela um “longo caminho” marcado por avanços e retrocessos (Carvalho, 2001). Mas para além desses avanços e retrocessos, é certo que uma das dificuldades na construção da cidadania no Brasil sempre esteve ligada ao “peso do passado”. Basta constatar que a herança colonial a qual estamos submetidos ainda hoje marca as discussões no campo dos direitos humanos, como a reforma agrária, a demarcação das terras indígenas, as ações afirmativas voltadas aos segmentos afrodescendentes e de mulheres, entre outras. Em outras palavras, pensar os desafios dos direitos humanos hoje é também reconhecer a presença constante dessa herança histórica nos dias atuais, que se apresenta não apenas nas proposições legais mas também nas mentalidades e nas representações sociais.

Não é objetivo, nem seria possível, abordar nessa breve reflexão a história da cidadania no Brasil, mas apenas constatar que aqui a cidadania e os direitos humanos precisam ser pensados também como um fenômeno historicamente situado, ainda que para muitos estudiosos a história dos direitos humanos no Brasil ainda está por ser reconstruída. Ou seja,

Há poucas menções na historiografia a reivindicações de direitos humanos nos primórdios do regime republicano e mesmo no curso das sucessivas interrupções da normalidade constitucional, por exemplo entre 1937 a 1945. Tudo indica que os direitos humanos emergem como tema na arena pública política apenas no contexto das lutas contra a ditadura militar

(1964-1985), fortemente inspirada pela Declaração Universal de 1948 e de seus desdobramentos (Adorno, 2010:8).

Com efeito, após o final da ditadura militar a palavra “cidadania” caiu na boca do povo. Embora tenha havido ingenuidade nesse entusiasmo, como afirma Carvalho (2001), o fato é que a Constituição de 1988 representa um divisor de águas nessa história. Como afirma Fonseca (2010:7),

É um truísmo a afirmação de que a Constituição de 1988 representa um divisor de águas na redemocratização do Brasil, assim como há um conjunto de inovações institucionais e novos direitos que a fazem uma das Constituições mais progressistas e contemporâneas. Embora atacada por campos ideológicos diversos, notadamente os setores conservadores e liberais, que afirmam sê-la extensiva, detalhista, perdulária e voltada a temas não cabíveis a uma Carta Magna, seu vigor tem conseguido superar essa cepa de críticas

Nessa mesma linha de pensamento, Adorno (2010:8-9) também registra que os direitos humanos constituem a espinha dorsal da Constituição de 1988:

Ela [Constituição de 1988] afirma que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, fundado, além da soberania e da cidadania, na dignidade da pessoa humana e no pluralismo político. Sob o ponto de vista das relações internacionais, orienta-se por inúmeros preceitos inscritos na Declaração Universal de 1948.

Importa destacar, portanto, que a própria “constituição cidadã” deve ser entendida como resultado de um processo histórico nacional de lutas e conquistas que ampliou significativamente a garantia de direitos, ao mesmo tempo que reflete, em muitos casos, os tratados internacionais. Contudo, também é consenso que há inúmeros desafios a vencer para que a Constituição seja de fato efetiva para todo/as o/as brasileiro/as. Com efeito, tais desafios já vêm sendo enfrentado, nas últimas duas décadas, por outros documentos jurídicos como os diversos estatutos voltados à garantia de direitos de segmentos histórica e socialmente mais vulneráveis à violação de direitos. Esses desafios constituem também a fundamentação e as propostas de políticas públicas formuladas nas três edições do Programa Nacional de Direitos Humanos (1996, 2002, 2009). No que diz respeito à trajetória desses programas ressalta-se, inicialmente, o caráter de continuidade entre eles. De acordo com Adorno (2010:10),

Uma breve comparação entre os PNDHs reforça ainda mais as linhas de continuidade. As três edições têm características comuns. Em primeiro lugar, sua natureza suprapartidária. Como aponta a literatura especializada, cada vez mais o respeito, a proteção e a promoção dos direitos humanos têm se convertido em requisito para consolidação das instituições democráticas (...) Em segundo lugar, os programas pretendem enfrentar a desarticulação entre instâncias decisórias do aparato de Estado e de governo bem como entre governantes e governados, representados na esfera civil pelas organizações não-governamentais (...) Por fim, todas elas resultam de consultas à sociedade civil, em praticamente todo o território nacional, seja sob a forma de seminário para acolhimento de propostas e sugestões (PNDH-1), seja sob a forma de

Conferências Nacionais de Direitos Humanos (como nos PNDH 2 e 3).

A proposta de criação desse programa nasceu por ocasião da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena em 1993, na qual o Brasil não apenas teve destacada participação, mas foi também um dos primeiros países a atender a principal recomendação da Conferência ao lançar, em 1996, a primeira versão do *Programa Nacional de Direitos Humanos*, atribuindo a esses direitos o *status* de política pública. Passados mais de 10 anos do final do regime militar, as demandas sociais da época se cristalizaram com maior ênfase nos direitos civis e políticos.

O PNDH-1 foi estruturado com basicamente três conjuntos de direitos: proteção do direito à vida, à liberdade e ao tratamento igualitário perante a lei, além da abordar a educação para os direitos humanos e sinalizar para a necessidade de ratificação de convenções internacionais. Uma das principais críticas ao PNDH-1 foi quanto ao silêncio em relação à livre orientação sexual e às identidades de gênero. Essa bandeira se constituiria numa das principais reivindicações incorporadas ao PNDH-2. Embora menos abrangente do que as versões posteriores e com algumas lacunas, este plano deve ser reconhecido menos pelo alcance e efetividade das propostas apresentadas, e mais pelo poder de tradução de um conjunto de propostas genéricas previstas na Constituição de 1988 para uma linguagem própria dos direitos humanos. Na introdução ao texto do programa, a Secretaria Nacional de Direitos Humanos ressalta:

A Constituição de 1988 estabelece a mais precisa e pormenorizada carta de direitos civis, políticos-econômicos, sociais, culturais, além de um conjunto preciso de garantias constitucionais. A Constituição também impõe ao Estado

brasileiro reger-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos” (artigo 4º, II). Resultado dessa nova diretiva constitucional foi a adesão do Brasil, no início dos anos 90, aos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais às Convenções Americanas de Direitos Humanos e contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, que se encontram entre os mais importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Seis anos após o lançamento da primeira versão do PNDH, sentiu-se a necessidade de revisar e ampliar suas ações, tendo em vista as críticas e reivindicações de vários segmentos sociais bem como em atendimento às novas recomendações da IV Conferência Nacional dos Direitos Humanos, realizada em 1999. Lançado em 2002, o PNDH-2 teve como principal característica incorporar os direitos econômicos, sociais e culturais. Na introdução ao texto do programa, argumenta-se:

Ao adotar, em 13 de maio de 1996, o Programa Nacional de Direitos Humanos, o Brasil se tornou um dos primeiros países do mundo a cumprir recomendação específica da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), atribuindo ineditamente aos direitos humanos o status de política pública governamental. Sem abdicar de uma compreensão integral e indissociável dos direitos humanos, o programa original conferiu maior ênfase à garantia de proteção dos direitos civis. O processo de revisão do PNDH constitui um novo marco na promoção e proteção dos direitos humanos no País, ao elevar os

direitos econômicos, sociais e culturais ao mesmo patamar de importância dos direitos civis e políticos.

O PNDH-2 deixou de circunscrever as ações propostas a objetivos de curto, médio e longo prazo, e passou a implementá-las por meio de planos de ação anuais, os quais definiram as medidas a serem adotadas, os recursos destinados a financiá-las e os órgãos responsáveis por sua execução. Foram incluídas no programa um total de 518 propostas distribuídas entre as garantias do direito à vida, à justiça, à liberdade, à igualdade, à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao meio ambiente saudável, à alimentação, à cultura e ao lazer.

As inovações em relação aos segmentos sociais atendidos se deram pela incorporação dos direitos de livre orientação sexual e identidade de gênero, além da proteção dos ciganos, anteriormente não contemplados pelo programa. Conferiu, ainda, “maior ênfase à violência intrafamiliar, o combate ao trabalho infantil e ao trabalho forçado, bem como à luta para inclusão dos cidadãos que demandam cuidados especiais” (Adorno, 2010:12). Destaca-se, finalmente, às propostas relativas aos afrodescendentes, na medida em que reconhece pela primeira vez a existência do racismo e aponta para a necessidade de políticas de ações afirmativas voltadas para esse segmento.

A terceira e última versão do PNDH, lançado em dezembro de 2009, também surge no sentido de revisão e ampliação dos programas anteriores, mas incorpora novas e polêmicas temáticas, bem como novos sujeitos de direito até então ausentes nos programas anteriores. Além disso, sua inovação está na ênfase da transversalidade e inter-ministerialidade, na medida em que participaram de sua elaboração 31 ministérios. O PNDH-3 incorporou não apenas os resultados da 11^a.

Conferência Nacional de Direitos Humanos, mas também as propostas de mais de 50 conferências nacionais temáticas realizadas no período de 2003 a 2009.¹

Com o objetivo de tratar integralmente as múltiplas dimensões dos direitos humanos, o PNDH-3 optou pela metodologia de guiar as discussões das conferências em seis “eixos orientadores”, subdivididos em 24 diretrizes, 82 objetivos estratégicos e 521 ações programáticas. O primeiro eixo, intitulado “Interação Democrática entre Estado e Sociedade Civil”, propõe a integração e o aprimoramento dos fóruns de participação existentes e a criação de novos espaços e mecanismos institucionais de interação e acompanhamento. Também reafirma o compromisso com a participação direta da população através de conselhos, fóruns etc.

O segundo eixo, “Desenvolvimento e Direitos Humanos”, centra suas propostas na inclusão social com estratégias de desenvolvimento local e territorial, com propostas de fortalecimento da agricultura familiar, incentivo à economia solidária, cooperativismo e pequenos empreendimentos. Prevê, ainda, políticas voltas à proteção do meio ambiente e investimento em tecnologias sociais e inclusivas como forma de assegurar direitos fundamentais para as gerações presentes e futuras.

O terceiro eixo intitula-se “Universalizar Direitos em um Contexto de Desigualdades”, e busca complementar os eixos anteriores no sentido de reduzir a pobreza e garantir geração de renda aos segmentos sociais mais pobres. Envolve praticamente todas as políticas sociais, especialmente aquelas voltas à erradicação da fome e da miséria.

¹ Entre as conferências destacam-se: segurança alimentar, educação, saúde, LGBTT, habitação, igualdade racial, direitos da mulher, juventude, crianças e adolescentes, pessoas com deficiência, idosos, meio ambiente, entre outras.

O quarto eixo, “Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência”, refere-se principalmente ao abuso da violência policial, estabelecendo metas para diminuir a violência sexual, a erradicação do tráfico de pessoas e da tortura, a reformulação do sistema de justiça e segurança pública, o acesso universal à justiça, a disponibilização de informações e o fortalecimento dos modelos alternativos de resolução de conflitos.

O quinto eixo, “Educação e Cultura em Direitos Humanos”, volta-se para um conjunto de propostas, via processos de educação e cultura, visando a formação de consciência voltada para o respeito, a tolerância, a solidariedade e o compromisso contra todas as variadas formas de discriminação, opressão e violência.²

Finalmente, o sexto e último eixo refere-se ao “Direito à Memória e à Verdade”, e fundamenta-se na concepção de que a memória histórica é um componente fundamental na construção da identidade social e cultural de um povo/nação, além de contribuir para a garantia da não repetição de violações de direitos humanos comuns nas ditaduras.

Embora se reconheça o caráter de continuidade entre os programas, o PNDH-3 não apenas amplia o conjunto de ações mas traz para o debate público vários temas considerados tabus por vários segmentos sociais. A reação quase imediata ao PNDH-3 indica a forte resistência a algumas de suas propostas. Para Adorno (2010:6), tais polêmicas já eram esperadas, em parte pela identificação que se fez desde o início entre o PNDH-3 e o PT, que sempre teve entre suas bandeiras a defesa dos direitos

² No que refere à educação em e para os direitos humanos, cabe destacar a criação em 2003, no âmbito do PNDH-2, do Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, estruturado em cinco eixos: Educação Básica, Ensino Superior, Educação Não-Formal, Educação dos Profissionais e Sistemas de Justiça e Segurança, e Educação e Mídia.

humanos. Contudo, também adverte que “a despeito desse patrimônio, e de sua larga aprovação popular, o governo Lula hesitou diante das críticas e realizou alterações no Programa original para apaziguar setores exaltados do governo, em especial o segmento de defesa, ancorado nas forças armadas”.

Para além da questão político-partidária, o fato é que a não concordância com algumas das propostas do PNDH-3 fez com que vários desses segmentos buscassem descaracterizar o programa com um todo e, com isso, deixaram de reconhecer também outras propostas importantes para a garantia de direitos humanos, bem como as lutas e coquistas que levaram a ela. A seguir, apresentaremos algumas das controvérsias e resistências em torno do PNDH-3.

2. O PNDH-3: CONTROVÉRSIAS, RESISTÊNCIAS E MUDANÇAS

Para o ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertence, as críticas ao PNDH-3 partem da ignorância de quem não o leu, ou seja,

Na base das críticas ao 3º Plano Nacional de Direitos Humanos – o PNDH-3 – está um cipoal que entrelaça galhos e raízes desconexas. Elas partem da ignorância de quem não leu o Plano e do desconhecimento da verdade - estabelecida há quase dois séculos – de que a liberdade e a igualdade formais do liberalismo clássico valem muito pouco, se não se efetivam os pressupostos substanciais mínimos da dignidade da pessoa humana e, portanto, da fruição por todos dos direitos humanos. A essa ignorância – quando não se servem propositadamente dela – se tem somado para aviventar atoarda contra o Plano, desde a manifestação legítima de divergências a algumas de suas propostas e metas – assim, a da Igreja, a respeito da

descriminalização do aborto – os temores de segmentos das Forças Armadas, na questão da Lei de Anistia de 1979 – , e a voz poderosa dos interesses e privilégios a preservar contra qualquer ameaça, ainda que remota, de trazê-los à agenda da discussão nacional (Trecho da entrevista à Carta Maior, 18/jan./2010).¹

Entre os pontos mais polêmicos que repercutiram em reações imediatas após o lançamento do PNDH-3, e que foram amplamente difundidos pela mídia, estão a criação da Comissão Nacional da Verdade, a descriminalização do aborto, a criação de um *ranking* dos veículos de comunicação, o impedimento de ostentação de símbolos religiosos em órgãos públicos, a proposição de audiências públicas anterior à judicialização de ações de ocupação de terras, o apoio à união civil de pessoas do mesmo sexo, com direito à adoção e inclusão nos sistemas de informação, e a regulamentação da profissão de prostituta. De todos esses pontos, o relativo à união civil entre pessoas do mesmo sexo talvez seja o que mais obteve avanços do ponto de vista jurídico, já que os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceram por unanimidade, em maio de 2011, a união estável para casais do mesmo sexo.²

¹ O autor defende que nos pontos em que a reação se funda nos preconceitos a evolução da cultura social deverá superá-los, desde que preservada e ampliada a liberdade para desmontá-los. Mais árdua é a caminhada, segundo ele, para vencer interesses e privilégios estabelecidos, em especial, os que comandam as empresas de comunicação de massa (PERTENCE, Carta Capital, 18/01/2010).

² A decisão se refere ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. O julgamento

Contudo, o mesmo não ocorreu com os demais pontos do PNDH-3 considerados polêmicos. Duas ações programáticas relativas a estes pontos foram revogadas pelo Decreto 7.177, de 12/05/2010: a ação que propôs elaborar “critérios de acompanhamento editorial a fim de criar um *ranking* nacional de veículos de comunicação comprometidos com os princípios de Direitos Humanos” (ação “d”, objetivo estratégico I, diretriz 22), e a outra que propôs “desenvolver mecanismos para impedir ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos público da União” (ação “c”, objetivo estratégico VI, diretriz 10). Uma análise comparativa entre o texto original do PNDH-3 e as alterações aprovadas no referido Decreto para as outras ações permitem compreender, em muitos casos, o cerne das resistências ao PNDH-3.

No que se refere ao tema relativo à descriminalização do aborto, a ação programática “g” do objetivo estratégico III, intitulado “garantia dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para sua plena cidadania” (diretriz 9), houve a seguinte alteração:

Texto original: “apoiar a aprovação do projeto de lei que descriminaliza o aborto, considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos”.

Texto alterado: “considerar o aborto como tema de saúde pública, com a garantia do acesso aos serviços de saúde”.

foi realizado nos dias 4 e 5 de maio de 2011, e teve como relator das ações o ministro Ayres Britto. Apenas o ministro Dias Toffoli não participou do julgamento porque atuou em uma das ações enquanto era advogado-geral da União.

Registra-se, inicialmente, a ausência do tema relativo ao aborto no PNDH-1. No PNDH-2 considerou-se o aborto como “tema de saúde pública”, portanto bastante similar à alteração proposta pelo decreto que alterou o PNDH-3. Embora a polêmica com a igreja católica já existisse por ocasião do PNDH-2, na medida em que o mesmo propõe a promoção do acesso aos métodos anticoncepcionais no âmbito do SUS, no PNDH-3 o tema é inserido, em sua versão original, no campo das “garantias dos direitos das mulheres para o estabelecimento das condições necessárias para sua plena cidadania, propondo lei que descriminaliza o aborto e considerando a autonomia das mulheres para decidir sobre seus corpos”. Dá-se, assim, o deslocamento da esfera pública para a esfera da liberdade individual e subjetiva. Com a alteração da proposta pelo Decreto, contudo, a questão volta ao teor do PNDH-2, ou seja, considera-se aborto apenas como problema de saúde pública e não se reconhece, nesses termos, o direito individual da mulher de decidir.

Sobre a questão relativa aos conflitos agrários, a ação programática “d” do objetivo estratégico VI, “acesso à justiça no campo e na cidade” (diretriz 17), temos o seguinte:

Texto original: “propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação como ato inicial das demandas de conflitos agrários e urbanos, priorizando a realização de audiência coletiva com os envolvidos, com a presença do Ministério Público, do poder público local, órgãos públicos especializados e Polícia Militar, como medida preliminar à avaliação da concessão de medidas liminares, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos”.

Texto alterado: “propor projeto de lei para institucionalizar a utilização da mediação nas demandas de conflitos coletivos agrários e urbanos, priorizando a

oitiva do INCRA, institutos de terras estaduais, Ministério Público e outros órgãos públicos especializados, sem prejuízo de outros meios institucionais para solução de conflitos”.

Nota-se que a alteração do texto original se dá em especial em torno do “ato inicial” da mediação dos conflitos e da prioridade de “audiência coletiva” com os indivíduos, imaginando supor que a interpretação do texto original pelos seus críticos se fundamente numa desconfiança de que por trás desses mecanismos estivesse uma intenção prévia de beneficiar os agentes de ocupações de terras. Cabe destacar, ainda, que enquanto o PNDH- 1 não se refere diretamente aos mecanismos de mediação de conflitos agrários e urbanos, o PNDH-2 busca assegurar, “para prevenir atos de violência, maior cautela na produção de liminares”. O PNDH- 3 não inovou substancialmente nessa questão. Daí a surpresa com as críticas em relação a esse tema, já que os mecanismos, de certa forma, já haviam sido previstos no plano anterior. Como argumenta Adorno (2010, p. 16), “se há instabilidade nos conflitos sociais no campo, eles se devem a razões mais complexas, e não se resumem às intervenções judiciais”.

Sobre as ações propostas para o suposto “controle” dos meios de comunicação, além da revogação da ação mencionada anteriormente sobre a criação de um *ranking* dos veículos de comunicação, houve ainda alteração na ação programática “a” do objetivo estratégico I, “promover o respeito aos direitos humanos nos meios de comunicação e o cumprimento de seu papel na promoção da cultura em direitos humanos” (diretriz 22):

Texto original: “propor criação de marco legal regulamentando o artigo 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos direitos humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados, como

condição para sua outorga e renovação, prevendo penalidades administrativas como advertência, multa, suspensão da programação e cassação, de acordo com a gravidade das violações praticadas”.

Texto alterado: “propor a criação de marco legal, nos termos do art. 221 da Constituição, estabelecendo o respeito aos direitos humanos nos serviços de radiodifusão (rádio e televisão) concedidos, permitidos ou autorizados”.

Observa-se nesse caso a subtração da segunda parte do texto original, ou seja, justamente a parte na qual se prevê o respeito aos direitos humanos como condição para “sua outorga e renovação”, bem como a previsão de penalidades que vão desde a advertência até à cassação, “de acordo com a gravidade das violações praticadas”. Ou seja, a alteração do texto original não apresenta divergência com relação à importância do respeito aos direitos humanos nos serviços de radiodifusão, mas se coloca contrária a qualquer tipo de punição – considerado pelos críticos como censura – quando os veículos de comunicação incorrerem em algum tipo de violação dos direitos humanos. Para além do caráter de subjetividade inerente a esta questão, o fato é que muito pouco se avançou nesse campo. Adorno (2010:16) resume a questão argumentando o seguinte:

É certo que os programas não pretendem exercer controle social sobre toda a mídia, tao - somente sobre as informações a respeito de direitos humanos. Se isto é censura, é questão para o debate público e político. Nunca é demais lembrar, como já dito antes, que direitos humanos são o alicerce da Constituição Federal. Pode - se argumentar que os programas pretendem justamente proteger esse alicerce contra possíveis e eventuais ataques, o que, no limite, estaria colocando em risco a própria

estabilidade institucional da sociedade brasileira. Desde logo se vê que o debate é complexo justamente porque imerso no emaranhado de direitos de várias espécies, referido a distintos escopos e voltado à proteção de bens diversos.

Não por acaso, as temáticas relativas ao direito à memória e à verdade foram as que mais sofreram alterações pelo Decreto 7.177/2010. No objetivo estratégico I, “incentivar iniciativas de preservação da memória histórica e de construção pública da verdade sobre períodos autoritários” (diretriz 24), foram alteradas, respectivamente, as ações programáticas “c” e “f”, conforme segue:

Texto original: “identificar e sinalizar locais públicos que serviram à repressão ditatorial, bem como locais onde foram ocultados corpos e restos mortais de perseguidos políticos”.

Texto alterado: “identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionadas à prática de violações de direitos humanos, suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade, bem como promover, com base no acesso às informações, os meios e recursos necessários para a localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos” (grifo meu)

Ao contrário das outras alterações, que em geral reduziram o texto original, nessa houve uma ampliação, com destaque para as palavras “circunstâncias”, “ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade”, e na substituição de “perseguidos” por “desaparecidos”. Fica evidente, assim, as diferenças de visão nesse caso.

Texto original: “desenvolver programas e ações educativas, inclusive a produção de material didático-pedagógico para ser utilizado pelos sistemas de educação básica e superior sobre o regime de 1964-1985 e sobre a resistência popular à repressão” (grifo meu).

Texto alterado: “desenvolver programas e ações educativas, inclusive a produção de material didático-pedagógico para ser utilizado pelos sistemas de educação básica e superior sobre graves violações de direitos humanos ocorridas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988” (grifo meu).

Da mesma forma que na ação programática anterior, as alterações na ação acima permitem compreender, ainda que implicitamente, os focos principais das divergências entre setores diferentes do governo federal à época do lançamento do PNDH-3. Ou seja, ao substituir as palavras “regime de 1964-1985”, que comumente é identificado como um período de violação de direitos humanos, por “período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988”,¹

O referido artigo diz o seguinte: “*E concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo n. 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei n. 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividades previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e*

busca-se trazer para o texto alterado a Lei de Anistia, minimizando, com isso, possíveis violações de direitos humanos praticadas por agentes do Estado. No mesmo sentido, ainda nessa ação programática, retira-se a expressão “resistência popular à repressão”, indicando que não seria necessário incluir no material didático-pedagógico eventos assim caracterizados.

Nesse mesmo eixo orientador relativo ao “Direito à Memória e à Verdade”, houve ainda duas outras alterações nas ações programáticas “c” e “d” da diretriz 25 do objetivo estratégico I, “suprimir do ordenamento jurídico brasileiro eventuais normas remanescentes de períodos de exceção que afrontem os compromissos internacionais e os preceitos constitucionais sobre Direitos Humanos”:

Texto original: “propor legislação de abrangência nacional proibindo que logradouros, atos e próprios nacionais e prédios públicos recebam nomes de pessoas que praticaram crimes de lesa-humanidade, bem como determinar a alteração de nomes que já tenham sido atribuídos”.

Texto alterado: “fomentar debates e divulgar informações no sentido de que logradouros, atos e próprios nacionais ou prédios públicos não recebam nomes de pessoas identificadas reconhecidamente como torturadores”.

Vê-se, nessa alteração, a substituição da proposta de proposição de legislação para proibir que criminosos de lesa-humanidade tenham seus nomes identificados em espaços públicos pela proposta de apenas “fomentar debates e divulgar informações” nesse sentido, demonstrando que não há consenso sobre o que

militares e observados os respectivos regimes jurídicos” (Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988).

caracterizaria tais crimes, bem como a quem poderia ser imputado tal prática criminosa.

Texto original: “acompanhar e monitorar a tramitação judicial dos processos de responsabilização civil ou criminal sobre casos que envolvam atos relativos ao regime de 1964-1985” (grifo meu)

Texto alterado: “acompanhar e monitorar a tramitação judicial dos processos de responsabilização civil sobre casos que envolvam graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias Constituição 1988” (grifo meu)

Finalmente, nessa última alteração também fica evidente as diferenças de concepção sobre a tipificação dos atos jurídicos praticados durante o período do regime militar. Além da mesma alteração realizada na ação anterior, que traz a referência à Lei da Anistia para o teor do texto alterado, ressalta-se nessa mudança a subtração das palavras “responsabilização criminal” dos processos judiciais, sugerindo o não reconhecimento, portanto, da existência de crimes durante o referido regime.

Como se vê, a maior parte das alterações aprovadas no Decreto 7.177/2010 referiu-se às polêmicas envolvendo o “Direito à Memória e à Verdade”. Por essa razão, cabe ainda alguns comentários mais gerais sobre esse debate por ocasião do lançamento do PNDH-3, bem como sobre a confusão que se estabeleceu na mídia entre a proposta de criação da Comissão Nacional da Verdade e a proposta da revisão da Lei da Anistia encaminhada ao STF pela OAB. Ou seja, a Comissão Nacional da Verdade foi criada “*para examinar as violações dos direitos humanos praticadas no contexto da repressão política*”, e não para rever os termos da Lei 6683/1979, um pacto que

permitiu a transição da ditadura militar para regime democrático.¹ A revisão da Lei da Anistia, portanto, não foi proposta no PNDH-3, embora o texto do PNDH-3 faça referência à arguição da OAB ao STF de que a tortura, homicídios e outros crimes da repressão não foram beneficiados pela lei. No PNDH-3 diz-se apenas que se vai “colaborar” para a apuração das violações dos direitos humanos, observadas as disposições da própria Lei da Anistia.

Dada a complexidade desse debate ele envolveu, inclusive, importantes intelectuais do pensamento jurídico brasileiro. É o caso do debate entre o jurista Fábio Comparato, proponente do pedido de revisão da Lei da Anistia, e o jurista Sepúlveda Pertence, que participou da elaboração da Lei da Anistia: enquanto o primeiro defende que “tivemos um terrorismo de Estado no Brasil e a própria lei de 1979 diz que não são abrangidos pela anistia aqueles que cometeram atos de terrorismo”, o segundo argumenta que os “torturadores foram, sim, anistiados pela lei de 1979”, e que só no contexto daquele momento é possível compreender as razões dessa decisão (Entrevistas à Carta Capital e à Carta Maior, jan/2010).

De qualquer forma, embora o pedido de revisão da Lei da Anistia e a proposta de criação da Comissão Nacional da Verdade sejam processos distintos, rever os fundamentos dos argumentos contrários e a favor da revisão da referida Lei, especialmente a partir do julgamento do STF, pode contribuir também para

¹ A proposta encaminhada pela OAB ao STF visava excluir do alcance da referida Lei da Anistia os abusos criminosos cometidos na repressão política. O STF julgou a controvérsia em abril de 2010, e recusou, com apoio da AGU e da PGR, a ação do Conselho Federal da OAB, que pedia a exclusão dos torturadores da abrangência da Lei, para que pudessem ser processados por crimes comuns. Apenas dois ministros votaram a favor da OAB. Como o STF julgou improcedente a ação da OAB, a mesma recorreu à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

compreender a necessidade e a resistência à instalação da Comissão Nacional da Verdade. Um pequeno trecho da arguição de Fábio Comparato no julgamento do STF pode ser ilustrativo nesse sentido:

É lícito e honesto que governantes e seus subordinados, que tenham mandado e executado, durante anos a fio, crimes de incomum violência, possam, ao deixar o poder, garantir a sua impunidade, mediante uma lei votada por um Parlamento submisso, o que configura a autoanistia? É conforme ao Direito e à Ética que membros das Forças Armadas, abandonando a tradicional virtude militar do combate aberto contra os inimigos da Pátria, transformem-se em capitães do mato para executar sumariamente os seus adversários, armados ou não, e ocultar os seus cadáveres?

Depois das tensões iniciais, tanto do lançamento do PNDH-3 quanto do julgamento no STF sobre a Lei da Anistia, registra-se que, após aprovação pela Câmara dos Deputados² em 21/09/2011 e pelo Senado em 26/10/2011, apenas em 16 de maio de 2012 a presidente Dilma instalou a “Comissão da Verdade”, que terá o prazo de dois anos para “examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos” no período de 1946 e 1988, e redigir um relatório oficial. Ao instalar a Comissão e dar

²Entre os destaques **não aceitos** destaca-se aquele oferecido pela deputada Luiza Erundina, que sugeriu que a investigação se restringisse ao período de 1964 e 1988, argumentando que o longo período contemplado pela Comissão - 1946 a 1988 – impedirá uma análise aprofundada da época em que houve mais violações de direitos humanos. Além disso, destaca-se que a proposta original fazia menção à “repressão política”, expressão retirada do novo texto aprovado, que também prevê o “exame” (e não mais a “apuração”) de violações aos direitos humanos.

posse a seus membros,¹ a presidente, além de afirmar que não revogará a Lei da Anistia, disse ainda que "a comissão não abriga ressentimento, ódio nem perdão. Ela só é o contrário do esquecimento".

3. SÍNTESE CONCLUSIVA

Este texto pretendeu oferecer uma breve reflexão sobre a trajetória, avanços e resistências à implementação dos direitos humanos no Brasil, tendo como contexto mais amplo um processo contemporâneo de internacionalização dos direitos humanos. Embora possa se dizer que esse processo tenha iniciado com as revoluções liberais do século XVIII, os direitos humanos propriamente ditos consolidam-se apenas na segunda metade do século XX, notadamente a partir da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* de 1948, que influenciou a confecção da Carta Magna de inúmeros países democráticos, inclusive a Constituição brasileira de 1988, batizada de "constituição cidadã".

Tendo como referência, portanto, a recente história dos direitos humanos no Brasil, acreditamos que a análise da trajetória do *Programa Nacional de Direitos Humanos*, compreendido em termos de avanços e resistências, poderia oferecer um bom indicador do quanto ainda precisamos refletir sobre os temas relativos aos direitos humanos, sem deixar de reconhecer os avanços recentes nesse campo. Para tanto, nos centramos principalmente nas controvérsias recentes surgidas a partir da terceira e última versão do Programa – o PNDH-3.

¹ Gilson Dipp, ministro do STJ, José Carlos Dias, advogado e ex-ministro da Justiça, Rosa Maria Cardoso da Cunha, advogada, Cláudio Fonteles, ex-Procurador Geral da República, Paulo Sérgio Pinheiro, sociólogo e ex-Secretário Nacional de Direitos Humanos, Maria Rita Kehl, psicanalista, e José Paulo Cavalcanti Filho, advogado.

Inicialmente cabe ressaltar, concordando com as conclusões de Adorno (2010:19-20), que "há mais continuidade entre as três edições do Programa Nacional de Direitos Humanos do que rupturas". Há que se reconhecer, contudo, que o PNDH-3 apresenta, certamente, o maior grau de resistência e controvérsias entre as três edições do Programa. Grande parte dessas controvérsias se deu por conta das questões relativas ao "direito à memória e à verdade". Basta lembrar que esse foi o tema que mais recebeu alterações no texto original pelo Decreto que, apenas cinco meses após o lançamento do PNDH-3, alterou e revogou algumas de suas ações programáticas. Contudo, acreditamos que o protagonismo desse assunto nos debates e na mídia deveu-se menos ao grau de polêmica em relação aos demais temas trazidos à tona pelo PNDH-3, e mais pelo fato de que os grupos divergentes, nesse caso, não são apenas mais organizados, mas também compõem o núcleo central de poder do governo federal, ou seja, os militares e os defensores dos direitos humanos.

Concluimos, assim como Adorno (2010:20), que "as críticas ao PNDH-3 são bem-vindas, porque necessárias à vidademocrática". E acrescentamos que as controvérsias e as polêmicas também tendem a continuar, porque necessárias a uma sociedade plural que se fundamenta, por um lado, na liberdade de expressão, crença e opinião e, por outro, na garantia de direitos para todo/as, independente de quaisquer características, condições ou preferências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. História e Desventura: o 3º. Programa Nacional de Direitos Humanos. São Paulo: *Novos Estudos CEBRAP* 86, Março de 2010, p. 5-20.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.
- FAISTING, A. L. Entre o global e o local: breve reflexão sobre os desafios da

educação em e para os direitos humanos. *Revista Videre.*, v.2, p.65 - 82, 2010.

FONSELA, Francisco.; BRELÀZ, Gabriela de; GOMES, Marcus Vinícius Peinado (org.) *A Constituição Federal de 1988: avanços e desafios*. São Paulo: Ed. HUCITEC, 2010.

MARSHALL, T.H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967

NASCIMENTO, Gilberto; MAIEROVITCH, Wálter. *Revista Carta Capital*. Entrevista com o jurista Fábio Konder Comparato. Especial 2010 - edição 578, 08/jan./2010.

REVISTA Carta Maior, 18/jan./2010.

SECRETARIA ESPECIAL DE DIREITOS HUMANOS. *Programa Nacional de Direitos Humanos*. Brasília, 1998.

_____. *Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH II*. Brasília, 2002.

_____. *Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília, 2003.

_____. *Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH 3*. Brasília, 2009.

**ANTI-HUMANISMOS SEGUNDO O PRINCÍPIO DA VIDA
CONCRETA E O MOMENTO CRÍTICO DA NEGATIVIDADE:
A PREPONDERÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS COMO
CONDICIONAL CRITÉRIO ÉTICO-JURÍDICO**

Eliseu Raphael Venturi¹

RESUMO

neste artigo o enfoque recai em alguns problemas de fundo do respeito aos direitos humanos e seu apreço, de caráter filosófico e político, em especial no campo da pré-compreensão e visão de mundo que justificam a preponderância prática desta categoria de direitos como reguladora de toda hermenêutica jurídica que se fizer do real. Neste sentido, conforme Celso Luiz Ludwig, em linha de compreensão filosófica alinhada aos preceitos de Enrique Dussel, há um princípio essencial da vida coletiva que determina a “obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade”. A “vida humana concreta de cada sujeito” é critério-fonte e condição de possibilidade de todo sistema ético, e os ordenamentos jurídicos contemporâneos, assim como o direito internacional dos direitos humanos, indubitavelmente assumem tal feição em seus cernes. A vulnerabilidade do ser humano, seja enquanto condição humana, seja por exclusão social, e a violação de direitos, ao seu turno, constituem movimentos de negação desta produção/reprodução/desenvolvimento da vida que se afirma, devendo-se, pois, interpor um momento crítico da negatividade, pela via da contra-imagem, momento

em que a justiça emerge como negação da negação. Conforme Ludwig, ainda, “[...] em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é o direito fundamental”. A injustiça e a transformação do sistema demandam esse raciocínio fundamental, cujo momento analético da positividade faz emergir novos direitos e criar formas *em que todos caibam*, tendo sempre o aspecto negativo como ponto de partida. Para o autor, o direito possui uma função dupla de conservar a vida afirmada e transformar a vida negada, o que é capital em face do teor e objetivos dos direitos humanos. Assim, o debate alinha-se com a visão dos direitos humanos trazida, dentre outros autores, por Joaquín Herrera Flores, pensando a realidade latino-americana, e Antonio Augusto Cançado Trindade, ao refletir sobre a humanização do direito internacional, bem como Claudia Lima Marques e Erik Jayme, com o método do diálogo das fontes, e Luiz Flavio Gomes e Valério Mazzuoli, ao proporem o modelo de Estado Humanista de Direito, todos rumo à fundamentação crítica e da efetividade dos direitos humanos.

Palavras-chave: *humanismo; vida concreta; função hermenêutica dos direitos humanos.*

ABSTRACT

In this article the focus is on some substantive issues of human rights and their philosophical and political appreciation, particularly in the field of pre-understanding and worldview bases, that justifies the imperative practical preponderance of this rights category as a regulator of whole legal interpretation that is made of the real. In this sense, as Celso Luiz Ludwig, on philosophical understanding aligned to the precepts of Enrique Dussel, there is an essential principle of collective life that determines the obligation to produce, reproduce and develop concrete human life of each subject in the community. The concrete individual life criterion is the source and condition of possibility of any ethical system, and contemporary legal systems, as well

¹Licenciado em artes visuais pela FAP/PR, especialista em direito público pela ESMAFE/PR e mestrando em direitos humanos e democracia (inclusão social e cidadania) pela UFPR. Advogado em Curitiba. eliseurventuri@gmail.com

as the international law of human rights, undoubtedly assume this feature in their cores. The human being's vulnerabilities, as is the human condition, whether by social exclusion, and violation of rights, in turn, is a movement of negation of production / reproduction / development of life that says, which should, therefore, bring a moment critical negativity, by way of counter-image, when the justice emerges as negation of the negation. As Ludwig, still, in times of exclusion, allowing everyone the right of to fit is essential. Injustice and transformation of the fundamental demand that reasoning, whose moment of positivity brings out new rights and create shapes that all fit, always being negative as a starting point. For the author, the right has a dual function of preserving the affirmed lives and transform denied life, which is capital in light of the content and goals of human rights. The references includes Joaquín Herrera Flores, Antonio Augusto Cançado Trindade, Claudia Lima Marques, Erik Jayme, Luiz Flavio Gomes and Valério Mazzuoli..

Keywords: *humanism; concrete life; human rights hermeneutical function.*

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos estabelecem um modo de ver e compreender as sociedades contemporâneas e a própria noção de *civilização*, na atualidade, com base em consensos políticos e jurídicos e nas vias do direito positivo.

Com isso, houve um incremento axiológico inarredável do direito, de sorte que a amplitude de sua cognição sobre as vidas individual e coletiva não pode, sob pena de incoerência científica (na ciência do direito) e mesmo jurídica (negando-se fundamentação jurídica por excelência, no sistema de fontes), se retirar do horizonte hermenêutico tal riqueza de valores que os diplomas internacionais fazem vigor.

A partir desta compreensão do papel dos direitos humanos na interpretação do direito como conhecimento e como prática social, neste artigo se busca debater algumas questões envolvidas com o respeito aos direitos humanos e ao seu apreço, na luta pela construção interpretativa, que redunde em batalhas de caráter filosófico, político, argumentativo, expressivo e sensível.

Para tanto, alguns pressupostos de Dussel e de Ludwig (vida humana concreta, como critério-fonte, obrigação da vida, crítica da negatividade e demais mediações relativas aos sistemas éticos – inegável dimensão dos direitos humanos) são relevantes para sintonizar e os princípios do pensamento ao se enfrentar as questões, em especial pela via do reconhecimento da negatividade, que enriquece o sentido protetivo e de manutenção das vidas, interno às palavras dos direitos humanos, seja na função de manter a vida afirmada, seja na de transformar a negada.

Por estas razões, compreende-se que uma pré-compreensão e uma visão de mundo sintonizadas com as contingências da condição humana, assim como sensíveis à vulnerabilidade ínsita a esta condição podem levar a uma expansão da incidência do direito na vida concreta, em especial por meio da integração, vendo-se nesta categoria de direitos essencial reguladora *de toda hermenêutica jurídica que se fizer do real.*

Assim, em um primeiro momento afirma-se o potencial hermenêutico dos direitos humanos, para então se tratar da obrigação da vida, assim como se passa por alguns métodos de interpretação que reúnem ambas percepções.

Portanto, o problema central deste artigo é o de estabelecer que, diante do princípio da vida concreta e ante o momento crítico da negatividade, pode-se entender por *anti-humanista* todo posicionamento que ignora a preponderância dos direitos humanos enquanto critério ético-jurídico de interpretação, na medida em que o humanismo é justamente expressão, enquanto conceito filosófico, da preocupação com os interesses, bem-estar, direitos e necessidades das pessoas, compreendidas enquanto dignidade e que se encontram imersas em valores dos quais se podem extrair elementos de conduta e sentido de vida.

1. FORTUNA AXIOLÓGICA DOS DIREITOS HUMANOS E O POTENCIAL DA HERMENÊUTICA JURÍDICA: FUNDAMENTOS E FINALIDADES

Os diplomas do direito internacional dos direitos humanos (assim como os de direito internacional público e privado, em geral) valem-se dos mais diversos valores, especialmente políticos e jurídicos, mas também alguns estéticos (sobretudo harmonia e equilíbrio), para normatizar as relações destrinchadas em suas regras e princípios.

Em especial, mas não apenas, a motivação destes atos jurídicos insculpe claras concepções, contingentes e também teleológicas, da razão de ser destas formas de direitos subjetivos construídos em suas linhas. O contexto, assim, é significativo para compreender o texto, ou seja, os apontamentos do redator acerca do momento e conclusões acumuladas que motivam o ato serve para reforçar o sentido daquilo que é disposto e prospectivamente estipulado. Por isso, neste item realizar-se-ão citações mais longas de dispositivos específicos, seguidos de comentários em torno do escopo deste artigo.

Absolutamente, todo diploma é fértil de exemplo neste sentido, e neste artigo adota-se o entendimento de que nenhuma palavra empregada nestes documentos é gratuita, genérica demais, aberta demais, ideológica demais ou mesmo desprovida de sentido específico. Constituem, compreende-se, antes, em uma constatação de estado de coisas e, juridicamente falando, em um vetor que orienta a compreensão e a conduta dos intérpretes e dos destinatários, indistintamente, cada um ao seu momento de apreensão e conformidade ao sentido.

Partindo deste pressuposto de que os diplomas de direitos humanos determinam uma racionalidade pública, e que, atualmente, os limites do público e do privado encontram-se difusos (pensa-se aqui particularmente nas teorias da constitucionalização de todos os ramos do direito e na horizontalidade dos direitos fundamentais), nada obsta que a construção normativa em sentido estrito, e a produção de condutas sociais em sentido amplo, fundamentem, direta ou indiretamente, seu escopo no rumo daqueles dispositivos.

Dentro do escopo deste artigo, em especial no sentido do alinhamento das práticas sociais com o teor dos direitos humanos, fundamenta-se a discussão, que é tomada em um segundo momento no contexto filosófico, a partir de alguns destes instrumentos de direitos humanos.

A referência dos textos a seguir é integralmente a coletânea de direito internacional de Mazzuoli (2011), primeiro abordando-se diplomas aprovados pelo Brasil, assim como fazendo referência aos ratificados. De qualquer sorte, o aporte valorativo encontra reflexo direto em dispositivos constitucionais, integrando a interpretação coordenada das fontes. Neste sentido, a primeira parte do artigo fica maior do que as demais, justamente por nela se ancorar a discussão subsequente.

Ora, conforme a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os vínculos entre *reconhecimento, estima, respeito, compromisso, consciência e compreensão*, ou seja, conceitos morais e hermenêuticos, são estreitos e determinantes:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum;

[...]

Considerando que uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso. [grifou-se].

Assim, vê-se que é necessária uma articulação de elementos conceituais de disposição hermenêutica e de valoração do mundo, prévios mesmo à técnica jurídica propriamente dita e nela encontrando forte instrumento, inserindo a ciência do direito e suas práticas em um contexto ético, sensível, de inevitável embate com o real e as

condições, necessidades e contingências do “homem comum”, ou seja, a pessoa ordinária e cotidiana, “nossa condição de meros mortais”.

Há nisso, portanto, um padrão de vida, um contexto de existência, um conjunto de relações pelas quais a grande maioria das pessoas passará em sua trajetória e que, de algum modo, se pretende tutelar, partindo-se do ponto da conscientização de sua relevância. Nesse âmbito de convivência e sensibilidade recíproca se insere o fundamento de sentido dos demais direitos, liberdades públicas e garantias insculpidos na Declaração.

A descoberta do “homem comum” em cada relação social, assegurado em suas liberdades públicas e ao compasso do atendimento das necessidades de sobrevivência insere assim uma imagem do ser humano, um modo de vida, uma agenda de prioridades a serem atendidas no compromisso público, indicando o que se deve ver e como se deve atentar no mundo fenomênico da existência e das trocas humanas.

Não à toa haver uma série de *reconhecimentos, proteções e finalidades* de base, quais sejam (em um rol exemplificativo, por evidente), ainda segundo o teor da Declaração de 1948:

Artigo VI

Toda pessoa tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecida como pessoa perante a lei.

Artigo VII

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm

direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

[...]

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. [grifou-se].

Desta maneira, há um cerne individual que não pode ser sacrificado, nem em nome da coletividade. O parâmetro de valoração disposto implicado no ato cognoscente de encarar cada pessoa enquanto ser humano livre e direcionado, na vida coletiva, à realização e desenvolvimento de sua personalidade, formando assim sua vida em torno dos referenciais coletivos e de subsistência, fornecidos pelos direitos econômicos, sociais e culturais.

Artigo XXIII

[...]

2. Toda pessoa que trabalha tem o direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

[...]

Artigo XXV

1. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. [grifou-se].

Tais fundamentos encontram pleno respaldo no Texto Constitucional de 1988, que embasa diversos sistemas de seguridade social e implemento dos respectivos direitos. Mesmo assim, não se pode perder de vistas tal horizonte de sentido, que possui o inesgotável potencial de informar novas práticas e possibilidades de proteção e promoção humana.

Não à toa, os artigos finais da Declaração de 1948 estipulam o direito das pessoas a uma ordem social e jurídica que favoreça a realização prática de tais direitos (artigo XXVIII), assim como estabelece, no artigo XXIX, que toda pessoa também

possui os deveres para com a comunidade, “na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

Ademais, o artigo XXX veda o rumo de interpretações dos dispositivos que visem destruí-los, delimitando assim uma firme linha do tolerável e do intolerável, eis que não se admite, seja por grupos, indivíduos ou Estados, a interpretação contrária aos direitos e liberdades declarados.

Demais Declarações, tanto do sistema global quanto do regional, estipulam motivações e direitos nestes sentidos acima vistos, vedando interpretações contrárias, práticas discriminatórias, condutas antijurídicas, assim como reafirmando os valores a serem reconhecidos e protegidos e estimulando a interpretação holística de suas proposituras.

Conforme a exposição de motivos da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, em que se fala do “desenvolvimento integral do ser humano”, há o ponto a ser solvido, da negação dos direitos, e que se contrapõe (negação da negação) por meio da reafirmação do compromisso coletivo e da pessoa humana como finalidade de todo o sistema jurídico, interno e internacional:

Preocupada com a existência de sérios obstáculos ao desenvolvimento, assim como à completa realização dos seres humanos e dos povos, constituídos, inter alia, pela negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e considerando que todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, e que, para promover o desenvolvimento, devem ser dada atenção e igual consideração urgente à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais

e culturais, e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais [grifou-se].

[...]

Reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento.

A Declaração e Programa de Viena de 1993, na linha do que se afirmou acima, e além dos demais valores que afirma, insculpiu interessante constatação, ao objeto deste artigo, acerca da contemporaneidade, demonstrando que:

Imbuída do espírito de nossa era e da realidade de nosso tempo, que exigem de todos os povos do mundo e todos os Estados-Membros das Nações Unidas empreendam com redobrado esforço a tarefa de promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, de modo a garantir a realização plena e universal desses direitos.

Veja-se, ademais, que importantes marcos hermenêuticos são disponibilizados pela Declaração, seja por conferir a natureza jurídica dos direitos subjetivos, seja na medida em que se fomenta a interpretação sistemática, com relação

a demais conceitos políticos fundamentais, interligando-se democracia, desenvolvimento, direitos e liberdades.

5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem os seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

[...]

8. A democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente. A democracia se baseia na vontade livremente expressa pelo povo de determinar seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e em sua plena participação em todos os aspectos de suas vidas. Nesse contexto, a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais. A comunidade internacional deve apoiar o fortalecimento e

a promoção de democracia e o desenvolvimento e respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais no mundo inteiro.

Além disso, na linha das advertências acerca dos limites de tolerância e das possibilidades de realização, faz-se no item 10 da Declaração uma importante ressalva, que reitera o tema do desenvolvimento e suas relações com os direitos humanos e liberdades fundamentais.

[...] Embora o desenvolvimento facilite a realização de todos os direitos humanos, a falta de desenvolvimento não poderá ser invocada como justificativa para se limitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

Ainda neste sentido, há a norma relativa à sintonia institucional com o teor destes direitos humanos afirmados e a estrutura jurídica estabelecida em torno deles com vistas à efetividade.

27. Cada Estado deve ter uma estrutura eficaz de recursos jurídicos para reparar infrações ou violações de direitos humanos. A administração da justiça, por meio de órgãos encarregados de velar pelo cumprimento da legislação e, particularmente, de um poder judiciário e uma advocacia independentes, plenamente harmonizados com as normas consagradas nos instrumentos internacionais de direitos humanos, é essencial para a realização plena e não discriminatória

dos direitos humanos e indispensável aos processos de democratização e desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, as instituições responsáveis pela administração da justiça devem ser adequadamente financiadas e a comunidade internacional deve oferecer um nível mais elevado de assistência técnica e financeira às mesmas. Cabe às Nações Unidas estabelecer, como prioridade, programas especiais de serviços de consultoria com vistas a uma administração da justiça forte e independente.

As violações de direitos incorporam várias situações que devem ser afastadas, conforme enuncia o item 30 da Declaração. Assim, as diferentes formas de violência sistematicamente praticadas são reprovadas, bem como violações e obstáculos como a tortura, os tratamentos e punições degradantes e desumanos, as execuções arbitrárias e sumárias, os desaparecimentos, detenções arbitrárias, racismo, discriminação, apartheid, ocupação estrangeira e dominação externa, xenofobia, intolerância, fome, pobreza, terrorismo, conforme termos do item em comento.

Como meios de afirmação destes direitos e seu fortalecimento são regulados especificamente momentos das práticas educativas, envolvimento dos meios de comunicação de massa, estabelecimento de instrumentos jurídicos locais, formação de centros de assistência e demais providências estatais neste sentido. Também são reguladas relações específicas, como as referentes à igualdade, dignidade e tolerância, por meio da regulação dos casos de racismo, discriminação racial, xenofobia, demais formas de intolerância, assim como povos indígenas, minorias nacionais, étnicas, religiosas e linguísticas, mulheres, crianças e pessoas portadoras de deficiência – que,

igualmente, encontram tutela em instrumentos especificamente formulados para si e que reagregam os direitos humanos em torno de suas necessidades.

No sistema regional interamericano, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, é incluída inclusive a felicidade como fim maior da existência.

A motivação deste ato distingue-se em alguns elementos dos demais, pois assume com maior ênfase a dignidade como elemento ontológico, e não valorativo, assim como integra valores distintos dos demais instrumentos, sobretudo em seu preâmbulo, firmando relevantes aspectos da subjetividade humana.

Considerando que os povos americanos dignificaram a pessoa humana e que suas Constituições nacionais reconhecem que as instituições jurídicas e políticas, que regem a vida em sociedade, têm como finalidade principal a proteção dos direitos essenciais do homem e a criação de circunstâncias que lhe permitam progredir espiritual e materialmente e alcançar a felicidade;

Nesta mesma linha existencialista e ontológica, que coordena o desenvolvimento econômico-material com o intelectual-interior, há a constatação da dignidade como ínsita ao humano:

Considerando que, em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos do terem como base os atributos da pessoa humana.

[...]

Considerando que a consagração americana dos direitos essenciais do homem, unida às garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados, estabelece o sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não deixando de reconhecer, porém, que deverão fortalecê-lo cada vez mais no terreno internacional, à medida que essas circunstâncias se tornem mais propícias.

A Declaração também esclarece alguns deveres em seu início, o que a Declaração Universal deixara apenas ao fim (artigo XXIX). Neste sentido, destaca que “[...] o cumprimento do dever de cada um é exigência do direito de todos”, inculcando, inclusive, a precedência moral dos problemas jurídicos, de modo que:

Os deveres de ordem jurídica dependem da existência anterior de outros de ordem moral, que apoiam os primeiros conceitualmente e os fundamentam.

É dever do homem servir o espírito com todas as suas faculdades e todos os seus recursos, porque o espírito é a finalidade suprema da existência humana e sua máxima categoria.

Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, por sua vez, também encontram específicos respaldos axiológicos, abrangendo a tutela de situações diversas de vulnerabilidade humana em especial. Como exemplos, pode-se citar (além dos protocolos facultativos a muitos respectivos) a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979), a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003) e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (2007). No mesmo sentido, o sistema regional interamericano, por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969), o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de San Salvador, 1988), o Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes à Abolição da Pena de Morte (1990), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), a Convenção Internacional sobre Tráfico de Menores (1994) e a Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

Como visto na leitura dos instrumentos de direitos, há um núcleo comum essencial de direitos humanos e liberdades fundamentais que os diplomas procuram

assegurar, por meio da promoção, da proteção e da observância, reforçado por meio de estruturas internas que visam garanti-los.

Destarte, há um eixo básico de integração de direitos-deveres, com ênfase naqueles, assim como se têm os princípios da paz, igualdade, da liberdade e da dignidade, assim como liberdade do temor e da miséria, em conjunto à plena e absoluta vedação de quaisquer tratamentos cruéis, degradantes e desumanos e autodeterminação dos povos, a partir do que se assentam os direitos à vida, à segurança, à liberdade, à não-discriminação, à identidade cultural, à nacionalidade, à propriedade, à honra, à vida privada, à alimentação, à educação, ao trabalho, à remuneração digna, ao descanso, à moradia habitável, à fruição e participação culturais, ao asilo político, ao célere atendimento dos serviços públicos, à petição, ao devido processo, à previdência social, à saúde; e as liberdades de crença, de pensamento, de associação, de trânsito, de investigação, opinião, expressão, criação.

Ante tais direitos, liberdades e valores, emerge o problema constante da vida negada, conforme filosoficamente se analisa nos pontos subsequentes deste texto. Nas linhas do problema abordado neste artigo, são investigadas também algumas possibilidades hermenêuticas dadas pelo ordenamento jurídico, e que auxiliam na contemporização prática das questões levantadas, em especial o condicional critério ético-jurídico fornecido pelos direitos humanos.

2. A OBRIGAÇÃO DE PRODUZIR, REPRODUZIR E DESENVOLVER A VIDA HUMANA CONCRETA DE CADA SUJEITO EM COMUNIDADE E A FUNÇÃO HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS: O ESPAÇO DA REINserÇÃO

Conforme visto no item anterior, em especial na motivação da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, especialmente ao tratar de uma noção de

“desenvolvimento integral do ser humano”, o qual integra, pois, as dimensões complexas do desenvolvimento sustentável, conforme Ignacy Sachs (2007) consagrou na ecossocioeconomia – desenvolvimento integral que comporta o social, o econômico e o ambiental.

Ainda segundo aquele diploma, e nas linhas da Declaração Universal de 1948, há o reconhecimento da negação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, o que representa óbice ao desenvolvimento e à completa realização dos seres humanos e dos povos.

Assim, ínsito ao diploma há uma proposta de negação da negação, na medida em que se reafirmam compromissos coletivos e ante as pessoas humanas, justamente por se verificar que no tecido social tais preceitos encontram-se sem atendimento, pleno ou parcial. Por isso, diante do “não” se afirma um outro “não”, para então se elevar o estado de coisas desejado, visado pelo conjunto normativo.

Conforme Celso Luiz Ludwig (2006, p. 188), ao estabelecer grandes linhas de pensamento filosófico, em linha de compreensão filosófica alinhada aos preceitos de Enrique Dussel (2002) construindo paradigmas e modos de enfrentamento reflexivo alinhado com as problemáticas sociais e questões da América Latina, e revendo a história ética da a partir deste horizonte de sentido, há um princípio essencial da vida coletiva que determina a “obrigação de produzir, reproduzir e desenvolver a vida humana concreta de cada sujeito em comunidade”.

Este preceito, pois, ressignifica o próprio direito á vida, que mais do que manter-se vivo no sentido de sobrevivência, engloba toda a riqueza do existir e do relacionar-se, do produzir e do criar, enfim, comporta toda a complexidade e variedade que a existência humana pode assumir em seu desenvolvimento, em sentido consentâneo aos fundamentos jurídicos da ordem dos direitos humanos destacados no item anterior.

A “vida humana concreta de cada sujeito”, neste modo de compreender as razões do pensamento ético, é o critério-fonte e condição de possibilidade de todo sistema ético, e os ordenamentos jurídicos contemporâneos, assim como o direito internacional dos direitos humanos, indubitavelmente assumem tal feição em seus cernes, como demonstrado no item anterior.

Assim, os direitos humanos assumem a função precípua de, tal como consagrou Antonio Augusto Cançado Trindade (2006), o poder de “humanização do direito internacional”, de sorte que os problemas filosóficos postos pelos dispositivos não pode ser enfrentado sem a conscientização das questões de confronto da realidade com os preceitos valorativos.

A vulnerabilidade do ser humano, nesta linha de compreensão filosófica vitalista e existencialista, seja enquanto expressão própria da condição humana que informa e, especialmente, conforma todo e qualquer ser humano, passa a ser identificável e intensificada, em especial, por outros condicionantes específicos.

A exclusão social, ou quaisquer outros conceitos sociológicos de que se utilize para expressar situações de miséria, pobreza, insatisfação de necessidades e penúria, sofrimento e dor humanos, e a respectiva violação de direitos vinculada a estas configurações do real, bem como quaisquer outras situações, atos e condições que representem contrariedade aos preceitos dos direitos humanos, constituem movimentos de negação desta produção-reprodução-desenvolvimento da vida que se afirma.

Ante tal cenário, assim, deve-se interpor um momento crítico da negatividade, o que representa um trabalho cognitivo e valorativo de estabelecimento de uma contra-imagem, momento em que a noção de justiça se faz presente ao afirmar peremptoriamente uma negação da negação. Juridicamente, o poder da negação

encontra-se, com força, no teor dos direitos humanos, seja por seus princípios, seja por suas regras específicas.

Conforme Ludwig sintetizou: “[...] em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é o direito fundamental” (2006, p. 221). É este cabimento que se coordena com os lapsos não intencionais e inevitáveis dos sistemas éticos, conforme Dussel, e, ainda, o espaço de manutenção da vida afirmada e transformação da vida negada. Os espaços em que se pretende que as pessoas caibam se afirmam nas categorias expostas pelo teor dos direitos humanos que, por isso, são o parâmetro, o começo, meio e fim, o mote interpretativo das situações sociais, ao que o esforço do trabalho coletivo e institucional pretendem se aproximar.

A injustiça e a transformação do sistema demandam esse raciocínio fundamental, cujo momento analético da positividade faz emergir novos direitos e criar formas *em que todos caibam*, tendo sempre o aspecto negativo como ponto de partida. Com isso, reforça-se o potencial da normatividade, a sua dirigibilidade e a função técnica e humanística de mudança das condições humanas vulneráveis por essência.

Conforme sintetiza Ludwig (2006), o direito possui uma função dupla de conservar a vida afirmada e transformar a vida negada, o que é capital em face do teor e objetivos dos direitos humanos, dos quais não se pretende ver privado qualquer ser humano, seja em que contexto se encontre, seja qual for o corpo de ações em que tenha se envolvido, em um absoluto ético contemporâneo que determina a racionalidade do espaço público, fixando interdições essenciais e insuperáveis, sob pena de retrocesso.

Conforme Dussel, que fornece o contexto filosófico para se pensar os preceitos de direitos humanos e liberdades fundamentais acima descritos, a crise do “sistema-mundo” representa um pressuposto que se deve ter em mente para avaliar a vida social, eis que momento em que a imensa maioria da humanidade se encontra em

estado de globalizada exclusão, portanto, um problema efetivamente “de vida ou morte”. A vida humana que fundamenta a proposta ética da libertação “[...] não é um conceito, uma ideia, nem um horizonte abstrato, mas o *modo de realidade* de cada ser humano concreto, condição absoluta da ética e exigência de toda libertação” (DUSSEL, 2002, p. 11).

Assim, o debate alinha-se com a visão dos direitos humanos trazida, dentre outros autores, por Joaquín Herrera Flores e Antonio Augusto Cançado Trindade, ao refletir sobre a humanização do direito internacional. Nestes autores, verifica-se o potencial hermenêutico dado pelos direitos humanos.

Os direitos humanos não são unicamente declarações textuais. Também não são produtos unívocos de uma cultura determinada. Os direitos humanos são os meios discursivos, expressivos e normativos que pugnam por reinserir os seres humanos no circuito de reprodução e manutenção da vida, nos permitindo abrir espaços de luta e de reivindicação. São processos dinâmicos que permitem a abertura e a conseguinte consolidação e garantia de espaços de luta pela dignidade humana. (HERRERA FLORES, 2009, p. 169-170).

Desta sorte, os direitos humanos e as liberdades fundamentais encontram, pelo trabalho filosófico, hermenêutico e da ação política, os nortes de atuação dos agentes sociais e o fundamento das ações institucionais, constituindo os condicionais critérios ético-jurídicos de avaliação das condições das pessoas.

3. DIÁLOGO DAS FONTES: A ORIENTAÇÃO COGNITIVO-VALORATIVA VIA DIREITOS HUMANOS EM QUALQUER RELAÇÃO SOCIAL

As possibilidades e potenciais hermenêuticos de uma cosmovisão humanista encontram na proteção internacional – global e regional – dos direitos humanos importantes instrumentos tanto de efetividade e concretização dos preceitos materiais quanto o vertedouro destes próprios conceitos para se pensar e operar juridicamente a tutela e a promoção humanas, seja individual, seja coletiva, assentados nas noções filosófico-jurídicas de homem (ser humano, pessoa humana) e de humanidade.

Com isso, há o problema hermenêutico de coordenação de fontes diversas em um ordenamento jurídico, o que significa técnica jurídica direcionada ao implemento prático e efetividade das categorias de direito. Este trânsito passa por diversos momentos do direito positivo e da prática administrativa e jurisprudencial.

Conforme se pode destacar, na linha do problema deste artigo:

Tanto o sistema global (sistema das Nações Unidas) como os sistemas regionais de proteção têm entre si uma característica primordial, típica da pós-modernidade jurídica, que é a capacidade de extrair valores e compatibilizar ideias provenientes de fontes de produção diferentes, como fim de reuni-los em prol da salvaguarda da pessoa humana. Essa confluência de valores oferecida pela pós-modernidade, que muitas vezes coloca a pessoa no centro de um turbilhão de interesses aparentemente díspares, requer do jurista que encontre soluções mais maleáveis e fluidas para a solução de antinomias que possam vir a aparecer num caso concreto. Essa maleabilidade e fluidez de que se fala é

típica dos sistemas internacionais de direitos humanos, os quais 'dialogam' entre si para melhor salvaguardar (também com a aplicação do princípio internacional pro homine) os interesses dos seres humanos protegidos. (MAZZUOLI, 2012, p. 834-835).

O papel do Estado, nos tratados de direito internacional dos direitos humanos, devem ser vistos sob o ponto de vista “ex parte populi” (os interesses da pessoa) e não “ex parte principis” (os interesses do governo), além de, em detrimento ao princípio do “domestic affair” (não-ingerência) vigorar o princípio “international concern” (o gozo, pelos indivíduos-cidadãos, das liberdades e garantias fundamentais, é uma questão de direito internacional) (MAZZUOLI, 2012, p. 837).

Neste contexto, é importante destacar que a Constituição de 1988 e a interpretação que passe por seu filtro são determinantes para o implemento dos direitos humanos e liberdades fundamentais, conjugados com o contexto dos próprios direitos fundamentais.

A Constituição de 1988, dentro dessa ótica internacional marcadamente humanizante e protetiva, erigiu a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inc. II) a princípios fundamentais da República Federativa do Brasil. Este último passou a ser, inclusive, princípio pelo qual o Brasil deve reger-se no cenário internacional. A Carta de 1988, dessa forma, instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem ser sempre levados em conta quando se trata de interpretar

quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio. Dentro dessa mesma trilha, que começou a ser demarcada desde a Segunda Guerra Mundial, em decorrência dos horrores e atrocidades cometidos pela Alemanha Nazista no período sombrio do Holocausto, a Constituição brasileira de 1988 deu um passo extraordinário rumo à abertura do nosso sistema jurídico ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, quando, no §2º do seu art. 5º, deixou bem estatuído que ‘os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte [grifos do autor]. (MAZZUOLI, 2012, p. 837).

Os tratados internacionais de direitos humanos têm nível e índole constitucional, e por meio do bloco de constitucionalidade integram o horizonte de sentido que constitui a fundamentação hermenêutica fundamental integrativa. A fonte de direitos na Constituição abrange um espectro amplo de direitos e garantias expressos, assim como de direitos e garantias implícitos (os quais decorrem do regime e dos princípios da Constituição), assim como direitos e garantias decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil for signatário, estabelecendo-se dualidade de fontes internas e externas, conforme compreensão de Mazzuoli (2012, p. 836), de modo que:

De forma expressa, a Carta de 1988 atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos

humanos devidamente ratificados pelo Estado brasileiro a condição de fonte do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o status de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. E esta dualidade de fontes que alimenta a completude do sistema significa que, em caso de conflito, deve o intérprete optar preferencialmente pela fonte que proporciona a norma mais favorável à pessoa protegida (princípio internacional pro homine), pois o que se visa é a otimização e a maximização dos sistemas (interno e internacional) de proteção dos direitos e garantias individuais. Poderá, inclusive, o intérprete, aplicar ambas as normas aparentemente antinômicas conjuntamente, cada qual naquilo que tem de melhor à proteção do direito da pessoa, sem que precise recorrer aos conhecidos (e, no âmbito dos direitos humanos, ultrapassados) métodos tradicionais de solução de antinomias (o hierárquico, o da especialidade e o cronológico). (MAZZUOLI, 2012, p. 839).

Neste contexto, a força expansiva dos direitos humanos, norma de *jus cogens* internacional, não pode ser desprezada, de modo que:

Por tudo isto, pode-se inferir que o §3º do art. 5º da Constituição, acrescentado pela EC 45, seria mais condizente com a atual realidade das demais Constituições latino-americanas, bem como de diversas outras Constituições do mundo, se determinasse expressamente que todos os tratados de direitos humanos pelo Brasil ratificados têm hierarquia constitucional, aplicação imediata e, ainda, prevalência sobre as normas constitucionais no caso de serem suas disposições mais benéficas ao ser humano. Isso faria com que se evitassem futuros problemas de interpretação constitucional, bem como contribuiria para afastar de vez o arraigado equívoco que assola boa parte dos constitucionalistas brasileiros, no que diz respeito à normatividade internacional de direitos humanos e seus mecanismos de proteção. Na verdade, tal fato não seria necessário se fosse aplicável no Brasil o princípio de que a jurisprudência seria a lei escrita, atualizada e lida com olhos das necessidades prementes de uma sociedade. Apesar de já existirem os 'princípios' do art. 4º da Constituição, a nosso ver, para parte da jurisprudência nada valem, mesmo que tenham sido colocados pelo legislador constituinte em nosso texto constitucional (MAZZUOLI, 2012, p. 845-846).

O respeito devido a este horizonte de sentido, tanto pelos entes públicos quanto privados, passa a ser o aspecto condicionante de uma verdadeira cidadania e da

juridicização da vida coletiva, orientando o sentido da vida coletiva a estes caros preceitos protetivos.

O compromisso hermenêutico, assim, de integração das referências, passa a ser o critério decisivo para a manutenção e transformação das vidas:

Quaisquer outros problemas relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são problemas de direito, mas sim – como diz Cançado Trindade – de falta de vontade (animus) por parte dos poderes públicos, notadamente do Poder Judiciário. (MAZZUOLI, 2012, p. 866).

Na linha destes autores, bem como Claudia Lima Marques (2012) e, ainda, Erik Jayme (1995), criador do método do diálogo das fontes, o compromisso hermenêutico passa pela integração de fontes diversas, de sorte que a humanização equivale ao movimento de constitucionalização, grande âncora hermenêutica, fazendo afirmar os valores constitucionais, a prevalência dos direitos humanos, a eficácia vertical e a horizontal dos direitos fundamentais, os procedimentos de interpretação “pro homine” e “favor debolis”. Com o reconhecimento da vulnerabilidade e hipervulnerabilidades, afirma-se o caráter protetivo e promotor de direitos. Conforme Marques, ainda, o método possibilita a aplicação coerente do direito, por meio das técnicas da coerência, da subsidiariedade e da adaptação.

Luiz Flavio Gomes e Valério Mazzuoli (2006), ao proporem o modelo de Estado Humanista de Direito, todos rumo à fundamentação crítica e da efetividade dos direitos humanos., corroboram esta possibilidade hermenêutica. Considerando que este modelo seja última evolução do sistema jurídico, integrando as fontes normativas em diálogo as leis, as leis codificadas, a Constituição, a jurisprudência interna, os tratados

internacionais, a jurisprudência internacional e o direito universal. Com isso, a racionalidade estatal não é mais soberana e absoluta, devendo obediência a normas jurídicas superiores, em especial a de proteção e promoção de direitos humanos.

Deste modo, um sistema hermenêutico se estabelece, de modo que os intérpretes lidam com novos objetivos que, ao mesmo tempo em que são jurídicos, não se consolidam sem o potencial filosófico e a sensibilidade sociológica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo trabalhou-se com o problema de que os direitos humanos e as liberdades fundamentais determinam uma racionalidade própria se compreendidos de modo holístico e integrado tanto em seu teor quanto se confrontados com as necessidades humanas demonstradas pelo real.

Este modo de compreensão das sociedades contemporâneas, ao seu turno, depende da adesão dos intérpretes aos seus preceitos e, sobretudo, à construção hermenêutica condicional da aplicabilidade, por uma dimensão, e da avaliação do real segundo seus critérios ético-jurídicos determinantes. O teor aberto dos direitos humanos, assim, delimita um campo legítimo de atuação política.

A percepção dos direitos humanos, universais e abstratamente postos, se confrontados com a vida humana concreta como critério-fonte da obrigação da vida, reverbera, enquanto potencial hermenêutico, de possibilidades de interpretação e atuação sobre o real, conforme informa a filosofia. Sem este movimento de confronto, tanto as necessidades do real quanto os preceitos jurídicos conformam-se em figuras estanques, sem o movimento recíproco que uma promove sobre a outra.

A sensibilidade do intérprete, consolidada em uma pré-compreensão e em uma cosmovisão afins à condição humana e sua vulnerabilidade, visualiza nos direitos humanos a categoria essencial reguladora *de toda hermenêutica jurídica que se fizer*

do real. Ante o princípio da vida concreta e o momento crítico da negatividade, pode-se tem por *anti-humanista* todo posicionamento que ignora a preponderância dos direitos humanos enquanto critério ético-jurídico de interpretação, um dos desafios jurídicos dos tempos atuais, em que a profusão de direitos nem sempre acompanha o ânimo de seus intérpretes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: CEBELA, 2000.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2 ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

ELIAS, Norbert. *A condição humana*: considerações sobre a evolução da humanidade por ocasião do quadragésimo aniversário do fim de uma guerra (8 de maio de 1985). Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1985.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 169-170.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 9. ed. Atualizador Antonio S. Limongi França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GADAMER, Hans Georg; VOGLER, Paul. *Nova antropologia*: o homem em sua existência biológica, social e cultural. São Paulo: EDUSP, EPU, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Ênio Paulo Giachini. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e método II*. Complementos e índices. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. Primeiras linhas do Estado constitucional e humanista de direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2442, 9 mar. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14474/primeiras-linhas-do-estado-constitucional-e-humanista-de-direito>>. Acesso em: 11 abr. 2011.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*. Haia: Nijhoff, 1995.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Direito supraconstitucional*. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Coletânea de direito internacional*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SACHS, Ignacy. *Rumo à ecossocioeconomia: teoria e prática do desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2007.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 2.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 3.

VENTURI, Eliseu Raphael. Humanizando a Técnica de Humanização das Técnicas: a Função Antropológica do Direito, Segundo Alain Supiot, enquanto Função Hermenêutico-Concretista. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli

Gonçalves da Silva; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. (Org.). *Jurisdição - Crise, Efetividade e Plenitude Institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 79-98.

_____. Círculos hermenêuticos: a estruturação tuitiva do “homo juridicus” e o Estado Constitucional e Humanista de Direito. In: *II Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica do UNICURITIBA*, SPIC, 2010, Curitiba. II SPIC. Natureza, sociedade, cultura, cidadania. Curitiba, 2010. p. 58-58.

CONSTRUÇÃO E ALTERNATIVAS À CRISE SOCIOAMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO

Samantha Ribas Teixeira¹

Diogo Andreola Serraglio²

RESUMO

O presente artigo tem encaixo na teoria proposta pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, qual seja, a da Sociedade Global de Risco. Segundo aponta o estudioso, esta formação social é forjada a partir do advento da Revolução Industrial e caminha em direção à sociedade hodierna, principalmente através da produção de riscos concretos e abstratos advindos, principalmente, da busca frenética por avanços tecnocientíficos e cujas principais características são a invisibilidade, a imprevisibilidade, a incontornabilidade, a transtemporalidade e a sua tendência a ignorar fronteiras políticas ou sociais, atingindo a todos de forma equânime. Os riscos, porém, são apenas uma das facetas da referida sociedade, sendo que outra característica importante é a chamada “irresponsabilidade organizada”, fenômeno delimitado pelo autor como sendo o ocultamento e o esquivamento de responsabilidade pelos riscos produzidos, tanto por

aqueles que efetivamente o originaram quanto pelo Estado. Neste âmbito surge e assenta-se a atual crise socioambiental, caracterizada tanto por grandes problemas ambientais como por graves questões sociais, ambos derivados do referido contexto e de um ciclo de retroalimentação. Caracterizada a crise, sua origem e base, vislumbra-se que para solucionar a questão resta necessário romper com o paradigma desta Sociedade de Risco. Com este intuito volta-se para aquilo que Beck chama de Modernização Reflexiva, um processo de autoconfrontação das premissas básicas formadoras desta sociedade passível de romper com sua estrutura e lógica. Rompido o paradigma, extingue-se também a fonte e a base da crise socioambiental, ocasionando a possibilidade de sua resolução e, conseqüentemente, a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ditado pela CF/88. São objetivos deste trabalho: Caracterizar o contexto da Sociedade de Risco como ensejador e perpetuador da crise socioambiental vivida hodiernamente; Analisar no que consistiria e quais as características da referida crise; Estudar o rompimento do paradigma da Sociedade de Risco através da chamada “Modernização Reflexiva” como possibilidade para a resolução da crise apontada, através do colapso das premissas que a embasam. Nesta pesquisa, o método de abordagem é dedutivo, o método de procedimento é monográfico e as técnicas de pesquisa são a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: *Sociedade de Risco. Crise Socioambiental. Meio ambiente equilibrado.*

¹. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2011, mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pesquisadora do Grupo de Estudos Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica. Bolsista CAPES. E-mail: nthart@hotmail.com.

². Advogado. Mestrando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), pesquisador do Grupo de Estudos Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica. Bolsista CAPES. E-mail: diogo@santossilveiro.com.br.

ABSTRACT

The present article claims as base the Global Risk Society theory developed Ulrich Beck. This German sociologist claims that this social formation has been forged from the advent of the Industrial Revolution and ever since has walked a long path towards the present society, specially through the profuse production of concrete and abstract risks mainly arising from the unbound search for new technical-scientific achievements and which main characteristics are its invisibility, unpredictability, uncontrollability, where as its capacity of cheating time predictions and the inconvenient tendency of disrespecting political and social borders when it comes to showing its effects. The risks, however, are only one of many sides to the referred social formation, it being that another important characteristic is the so called “organized irresponsibility”, a phenomenon explained by Ulrich Beck as the concealment of risks and the dodging of responsibility for them, not only by the parties who actually produced them but also by the Government. In this scope arises and settles the present social-environmental crisis, characterized by great environmental and social issues, both born from the social context presented but also maintained by a mutual feedback process. Stabilized the knowledge of the crisis, as well as its origin and bases, it is possible to see that in order to solve the puzzle involving the social and environmental issue it is first necessary to extinguish the paradigm where it settles – the Risk Society. With that in mind this project turns to that which Ulrich Beck calls Reflexive Modernization, a reflexive confrontation process of the basic premisses surrounding this social formation capable of breaking with its structure and logic. Once extinguished the mentioned paradigm, the source of the social-environmental crisis will ultimately crumble along with it, opening to the opportunity not only of its resolution, but to the effectuation of the constitutional right to a balanced and healthy environment. The goals of this project are: The characterization of the Risk Society as the main cause

and base to the present social-environmental crisis; Analyze the characteristics of the mentioned crisis; Study the possibility of the extinguishment of the Risk Society through Reflexive Modernization as a path to the resolution of the social-environmental crisis through the collapse of the premisses that support it. To accomplish the proposed research the chosen method is the deductive, the procedure method is the monographic and the research techniques are documental and bibliographic.

Keywords: *Risk Society. Social and Environmental Crisis. Balanced environment.*

INTRODUÇÃO

A Sociedade do Risco, formulada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck no âmbito do pós Segunda Guerra Mundial, caracteriza a formação social subsequente àquela forjada pela Revolução Industrial como sendo uma sociedade em crise com relação às suas próprias bases e certezas, cuja grande consequência é a produção de riscos abstratos, estes invisíveis, imprevisíveis, incontrolláveis, não somente para a população em geral, mas também para aqueles que fomentaram todo o processo de industrialização e avanços tecnológicos, a comunidade científica, gerando grandes incertezas quanto à própria essência da formação social.¹

Tais riscos caracterizam-se, também, por serem transfronteiriços, pois afetam a todas as pessoas no globo terrestre independente do local em que foram produzidos, e por acarretarem um descompasso entre a sociedade e o Estado, uma vez que este ao ser questionado e cobrado pela população por resoluções para estas incertezas o faz de forma retórica internalizando as questões em sua legislação sem, no entanto, ter qualquer pretensão de que produza efeitos práticos, não somente por ser incapaz de oferecê-las, mas, também, para manter o *status quo*. A crise socioambiental experienciada atualmente, caracterizada ao mesmo tempo por grandes problemas na esfera ambiental (degradação, exploração excessiva, poluição, dentre outros) e por graves questões sociais (miséria, desigualdade social, dentre outros) os quais são intimamente ligados e passam por um processo de retroalimentação e fomento das suas

crises, é, ao mesmo tempo, gerada no âmbito do desenvolvimento desta Sociedade de Risco e fomentada, perpetuada, por ela.²

A fim de dar contas à necessidade de se romper com os paradigmas que permeiam a modernidade, caracterizada pela industrialização acelerada, e, conseqüentemente, encontrar alternativas que respondam à crise socioambiental, faz-se necessário uma breve análise da chamada “Modernização Reflexiva”, teorizada pelo pesquisador Ulrich Beck. Verificar-se-á que a (auto)destruição criativa de toda uma era mostra-se imprescindível para que esta crise seja devidamente contornada. Dentro dela, a elaboração de mecanismos que possibilitem a participação pública torna-se crucial não apenas para possibilitar o retorno do indivíduo na tomada de decisões, mas principalmente promover o surgimento de uma pós-modernidade livre de ameaças e incertezas.

1. A SOCIEDADE DE RISCO E A CONSTRUÇÃO DA ATUAL CRISE SOCIOAMBIENTAL

1.1. A Sociedade de Risco

Ao tecer a Teoria da Sociedade de Risco, o sociólogo Ulrich Beck aponta a sua base como sendo a lógica industrial capitalista inaugurada a partir do século XVI, cujo principal marco histórico seria a Revolução Industrial inglesa.

O período que sucede tal marco, o qual Beck denomina de Primeira Modernidade, é caracterizado por uma industrialização muito rápida, visando o comércio e o lucro, pela qual explorava-se sem pudores tanto o meio ambiente quanto

¹ CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 28 e 29.

² LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 18.

o próprio homem para obter os recursos necessários para atingir tais fins¹. Outro ponto importante a destacar é que a confiança da sociedade na ciência era absoluta, principalmente no que tange ao oferecimento de respostas acertadas e de aplicabilidade universal, ofuscando e tomando o papel antes conferido à religião. Assim, o brusco avançar tecnológico e científico, sem freios ou qualquer consideração pelo trabalho humano e pelo meio ambiente que padeciam pelo caminho, detinha respaldo tanto na racionalidade da lucratividade própria do capitalismo quanto da comunidade científica.²

A conjunção de tais fatores, porém, ensejaram a criação de riscos concretos, ou chamados de “fabricados”, caracterizados por sua previsibilidade e, dentro do possível, da sua controlabilidade, normalmente gerador de danos de efeito meramente local.³ Apesar de estes riscos serem, na maior parte das vezes, visíveis aos seus produtores, sua existência não era tida como relevante frente ao desenvolvimento industrial e científico que determinado produto representava ou o lucro passível de ser obtido com a sua comercialização.⁴ Riscos concretos eram tidos como nada mais do

que obscuros efeitos colaterais do (necessário) desenvolvimento econômico, científico e industrial.⁵

Sobre o tema, Fabio Roberto D'AVILA aponta:

*A incessante e desenfreada busca pelo aperfeiçoamento e incremento da tecnologia, bem como das técnicas e métodos da produção industrial, fez com que na Modernidade Linear, além da produção industrial e tecnológica, propriamente ditas, se produzisse também riscos para a sociedade. Todavia, nesse momento, essa produção de riscos não era acompanhada de reflexões acerca das razões de tais riscos. Nem mesmo se cuidava da estruturação de caminhos e soluções para tais riscos que emergiam do andar da carruagem industrial e capitalista. Em suma, os efeitos colaterais da lógica produtiva do capitalismo não era a grande preocupação do homem na Primeira Modernidade.*⁶

O cenário caracterizado na Primeira Modernidade é coeso. Todos os agentes que corroboram para a sua existência e manutenção o fazem de forma uníssona e

¹ . ROSSA, Thiago M. **O grau de compatibilidade o meio ambiente com o Direito penal na sociedade do risco analisando sob a tensão entre os princípios da intervenção mínima e da precaução**. Dissertação para obtenção de título de Mestre, UFPR, Curitiba, 2010 . Pg. 12.

² . AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade do risco**. São Paulo: IBDCRIM, 2007. Pg. 76/77.

³ . MACHADO, Fernando Buzza. **Direito Penal e Sociedade do Risco**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à PUCPR para obter o título de bacharêu em Direito. Curitiba, 2008. Pg 10.

⁴ . CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. 01º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Pg. 01.

⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental**. 01º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Pg. 02.

⁶ . D'AVILA, Fabio Roberto. **A crise da modernidade e as suas Consequências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)**. Mundo Jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70 Acesso em 25/07/2012, às 17:50. Pg 02.

integrada – existe uma sociedade em moldes propícios a qual abarca uma produção e um desenvolvimento industrial da forma como ocorreu.¹

Porém, com as rápidas mudanças ocorridas no seio da sociedade, principalmente ocasionados pela já citada busca desenfreada por avanços tecnológicos, mas, também, por marcantes acontecimentos históricos (como é o caso das grandes guerras mundiais) e modificações estruturais no âmbito social (como a relativização dos papéis desempenhados por cada sexo no contexto familiar), ocorre uma modificação interna no âmbito da referida sociedade, ocasionando aquilo que Beck chama de “*produção industrial sem uma sociedade industrial*”.² Começam a emergir incertezas e atritos.

Vide que tal transição não se dá com base nas falhas da Primeira Modernidade, muito menos em sua derrocada, mas, sim, das consequências aparentes da vitória desta em todas as suas metas e o atingimento total do estipulado por suas premissas básicas. O que ocorre é, justamente, a visualização dos efeitos e o agravamento dos riscos.

No contexto deste descompasso é que Beck aponta a transição desta Primeira para uma Segunda Modernidade, ou o que chama de Modernidade Avançada, cuja principal característica é o surgimento de novos tipos de risco (ambientais, sociais, econômicos, dentre tantos outros), além daqueles já conhecidos como “concretos”,

denominados “riscos abstratos”.³ Estes novos riscos, diferente daqueles que já existiam, são invisíveis, imprevisíveis, incalculáveis, transtemporais e transfronteiriços.⁴ Ou seja, são riscos que não podem ser previstos nem por aqueles que eventualmente os estejam produzindo, que não podem ser percebidos pela sociedade ou pelos entes governamentais, cuja dimensão de danos possivelmente causados não é possível de ser mensurado e, quando ou se o dano vier a ocorrer os efeitos não são passíveis de controle, além de não obedecerem a fronteiras ou a limites temporais que estabeleçam um momento em que a humanidade estará livre de quaisquer danos decorrentes de um risco abstrato específico. São riscos que se tornarem-se danos reais colocam a própria sobrevivência humana em debate, mas, ao mesmo tempo, são apenas expectativas de danos, existindo apenas em um possível futuro que no presente é impossível de vislumbrar ou proteger⁵ – este é o cerne da angústia. Um bom exemplo de um risco abstrato que se transformou em uma ameaça real e de grandes proporções é a Encefalopatia Espongiforme Bovina, mais conhecida como Doença da Vaca Louca.

O que se pode ver, portanto, é a grande crise de certezas que esta Segunda Modernidade traz. A ciência já não detém todas as respostas e não goza mais da

¹ . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.132.

² . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.135.

³ . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.134.

⁴ . CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. Pg. 30.

⁵ . CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. Pg. 30.

confiança absoluta que antes lhe era conferida. A indústria não é confiável naquilo que produz, ou o Estado é eficaz em proteger seus cidadãos de possíveis danos e da produção de riscos em si. Segundo aponta Ulrich Beck, uma sociedade passa a ser uma Sociedade de Risco quando, no âmbito da Segunda Modernidade, vive-se em torno e em prol do risco, sendo que a incerteza oriunda deste passa a fazer parte do cotidiano.¹

Resta apontar que uma importante facetas da referida formação social do Risco, principalmente no que tange à configuração de uma crise socioambiental assentada nestas bases, é aquilo que Beck chama de “irresponsabilidade organizada”.² Tal fenômeno remete ao ocultamento da produção e da existência de riscos (concretos e abstratos) da população em prol da manutenção da produção industrial e do consumo nos padrões considerados adequados, senão necessários, para a auferição de lucro e o crescimento econômico. Quando o ocultamento já não é suficiente frente à visibilidade que um risco toma quando o dano decorrente dele emerge, a “irresponsabilidade organizada” também está presente no sistemático esquívamento de responsabilização por todas as partes envolvidas tanto na produção do risco quanto na sua transformação em dano – inclusive o Estado.³

¹ . LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pg. 18.

² . LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. **A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco**. Disponível em: [Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392) 5. Acesso em 20/08/2012.

³ . LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. **A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco**. Disponível em: [Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392) 5. Acesso em 20/08/2012.

A população, em gênero, é mantida ignorante da possível produção de riscos, os quais são passíveis de colocar a sua sobrevivência em sério risco, e assim é tolhida da possibilidade de participar do processo decisório prévio à sua exposição a eles, e, em última instância, de atuar de forma concomitante com o Poder Público na proteção e efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinou a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225º ao prever a responsabilidade compartilhada entre ambos com o fim de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Dado o exposto, dessume-se que dadas às bases postas pela realidade da Sociedade de Risco, a crise socioambiental vivenciada atualmente nada mais é do que a consequência de suas premissas, tanto no que tange à sua origem quanto à sua perpetuação, conforme se verá a seguir.

1.2. Construção de uma crise socioambiental a partir da teoria da sociedade de risco

A partir do contexto acima exposto, infere-se que a realidade social hodierna, claramente caracterizada como sendo aquela da Sociedade (Industrial) de Risco, embasa e fomenta aquilo que hoje se compreende como sendo uma crise socioambiental.

Para adentrar o tema e justificar tal afirmativa, no entanto, resta necessário precipuamente delimitar no que consistiria esta chamada crise.

Segundo aponta José Eli da Veiga, ao se falar em “socioambientalismo” visa-se demonstrar a relação de dependência que existe entre as esferas social e ambiental,

principalmente a relação de dependência que as permeia e as vincula, tornando impossível pensar em qualquer uma delas de forma separada da outra.¹

Nestes termos, descreve:

O termo socioambiental aponta para o fenômeno: a inevitável necessidade de procurar compatibilizar as atividades humanas em geral – e o crescimento econômico em particular – com a manutenção de suas bases naturais, particularmente com a conservação ecossistêmica. [...] A questão básica da relação socioambiental está na maneira de se entender as mudanças sociais, que jamais podem ser separadas das mudanças da relação humana com o resto da natureza.²

Versando acerca do meio ambiente e visando a sua proteção, o Relatório Nosso Futuro Comum, de 1987, remete de forma clara àquilo que chamamos de uma questão socioambiental, ao declarar que os problemas ambientais, principalmente com relação à sua exploração e degradação extremada promovida por alguns poucos países do globo, são umbilicalmente conectados à desigualdade social e à situação de miséria em que se encontra grande parcela da população mundial, e que ambos os problemas

devem ser atacados simultaneamente para se chegar a qualquer resultado satisfatório para qualquer das duas searas.³

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer versando acerca da referida crise conceituam-na apontando que esta consistiria na agenda comum entre importantes problemas ambientais, os quais colocam a existência da vida no planeta em xeque, e grandes problemas sociais, vinculados à ideia de pobreza extrema, miséria e grave desigualdade social. Demonstam, ainda, como a crise nestas searas fomentam-se mutuamente, já que pessoas paupérrimas estão sempre mais preocupadas em sobreviver à fome do que preservar a mata próxima à sua casa, mesmo que com isso acabe por condenar a si mesmo a morte à longo prazo.⁴

Assim, dessume-se que a chamada crise socioambiental pode ser compreendida como aquela na qual existe uma crise ambiental concomitante e intrinsecamente vinculada a uma crise em âmbito social, existindo, inclusive, um processo de retroalimentação entre elas.

Isto posto, vale apontar que é possível dizer, e assim adotando uma vertente ideológica holística, segundo a qual todas as coisas no mundo estariam intrinsecamente vinculadas entre si, que qualquer desequilíbrio promovido em algum componente desta enorme “teia” determinará efeitos e medidas naturais de contrapeso

¹ . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 91/105.

² . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 102/103.

³ . FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET; Ingo W. (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 15.

⁴ . FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET; Ingo W. (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 17.

para que o sistema como um todo reencontre seu equilíbrio¹. Aqui, quando se fala em uma crise socioambiental, resta claro que estando estes dois setores do todo sendo violados a “teia” da qual somos todos parte sofre e os efeitos são sentidos pela totalidade de seus componentes.²

O que se entrevê, no entanto, é que entre estas duas esferas em específico, quais sejam, a ambiental e a social, existe uma relação de interdependência profunda e diferenciada de causa e efeito na qual a existência de uma delas fomenta e perpetua a outra, justificando apontar a crise vivenciada em cada uma delas de forma única e indivisível.³

A realidade social dada pela Sociedade de Risco promove a formação de tal crise através da própria lógica industrial capitalista que lhe deu origem, cuja racionalidade voltada para a acumulação, lucro e sempre crescentes índices de crescimento econômico não vislumbra a possibilidade de deixar de produzir aquilo que se considera “efeitos colaterais do desenvolvimento” ou de cessar a busca frenética por avanços tecno-científicos, que são justamente onde estão assentados os pilares dos problemas ambientais e populacionais dentro do contexto da sociedade de risco⁴. A

¹ . CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 48.

² . FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 125.

³ . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 93.

⁴ . FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 127.

perpetuação desta crise ocorre justamente em torno da ideia já apontada de “irresponsabilidade organizada”, fenômeno este que inviabiliza qualquer ação, que não seja meramente retórica, a fim de intentar em resolver o problema⁵.

Conclui-se, portanto, que para intentar em solucionar esta questão, que hoje assola a população mundial, é preciso, primeiro, romper com o paradigma da Sociedade de Risco, posto que é esta que embasa e fomenta a continuidade dela. Uma vez havida a alteração de paradigmas, as premissas da realidade social serão também modificados, e será possível que uma nova forma de visualização e trato nos campos ambiental e social seja erigida.

2. ALTERNATIVAS PARA A CRISE SOCIOAMBIENTAL: A MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA

Cumprе assinalar, inicialmente, que o avanço tecnológico ensejou impactos jamais sentidos pela natureza, uma vez que a incessante busca por matérias-primas com o intuito de promover o desenvolvimento econômico das nações acarretou na exploração desenfreada dos recursos oferecidos pelo meio ambiente. Inobstante a sociedade contemporânea alegue que a utilização de tais recursos seja imprescindível para a manutenção das condições de vida de sua população, questiona-se os benefícios que este modelo de desenvolvimento trará em longo prazo, isto é, “as ideias de tecnologia, de progresso, de crescimento e de desenvolvimento são, agora, afetadas por significações ambíguas e contraditórias”.⁶

⁵ . LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pg. 18.

⁶ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 143.

Em que pese as promessas da modernidade tenham sido vitoriosas no que tange o seu principal objetivo, qual seja, a industrialização, não restam dúvidas de que esta não se cumpriu no que se refere à proteção do meio ambiente, assim como no desenvolvimento social de uma grande parcela da população, visto que este processo beneficiou tão somente os interesses das nações hoje chamadas “industrializadas”, propiciando o surgimento de um ambiente de incertezas e ameaças globais.

Nesse lance, faz-se necessário mencionar a dificuldade de se reconhecer a existência de uma crise socioambiental, a qual se originou como consequência das relações entre o homem e a natureza. Nesse sentido,

[...] o nosso destino ecológico deveria conduzir os habitantes de um planeta limitado e desgastado a um sentimento de solidariedade próprio daqueles que estão num mesmo barco e predispô-los a subordinar todos os interesses divergentes ao interesse comum pela sobrevivência.

¹

Diante das incertezas e ameaças produzidas pela industrialização no âmbito internacional, as quais podem levar à extinção da vida na Terra, surgem alternativas que se propõem a busca de soluções, sem, no entanto, quantificar as consequências que estas provocariam. Assim, indaga-se, desde logo, qual seria a melhor saída para a crise socioambiental diante dos riscos produzidos que ameaçam a sobrevivência do homem no planeta?

¹ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 146.

Para que esta crise seja contornada, há que se falar na reestruturação ético-política das bases que sustentam a sociedade pós-moderna. Em síntese,

*[...] qualquer tentativa de resolver a crise ecológica planetária de forma racional (não ideológica) deve lidar, inicialmente, com a própria fundamentação do modelo de razão hegemônico da modernidade (técnico-científico), que adotou como válidas apenas as formulações teóricas isentas de valorações (neutralidade). O processo de redução do mundo a um objeto a ser conquistado pode ser identificado, no início, pela ruptura do paradigma medieval, onde a relação do homem com a natureza era de submissão e de respeito, e o surgimento do paradigma moderno, de base mecanicista e fragmentador, em que são dissipados os encantos e segredos do mundo natural.*²

Desta forma, a elaboração de uma nova ética ambiental e o questionamento dos modelos de produção vigentes tornam-se imprescindíveis para que haja a quebra dos paradigmas impostos pela sociedade industrial, uma vez que “o desenvolvimento tecnológico, guiado pela racionalidade científica da modernidade, resultou numa situação em que não apenas uma comunidade local ou um grupo de indivíduos se acha

² . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais.** Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 146.

ameaçado, mas, na essência, toda humanidade está em perigo e confrontada por um desafio ético comum”.¹

Ulrich Beck, teorizador da sociedade de risco, a fim de encontrar mecanismos capazes de equilibrar as incertezas e consequências oriundas da industrialização ao longo dos últimos séculos, propõe como alternativa a “Modernização Reflexiva”, isto é, “a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental.”²

Haveria que se falar, em um primeiro momento, na desincorporação dos modos impostos pela sociedade industrial e, em um segundo momento, na sua reincorporação por uma nova modernidade, trazendo um novo dinamismo à sociedade industrial. Posto isso,

[...] supõe-se que a modernização reflexiva signifique uma mudança da sociedade industrial – ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma, e com uma ordem política e econômica inalterada e intacta – implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as

¹ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 147.

² . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 12.

premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade.³

Neste momento, importante enfatizar o sentido do termo “reflexivo”, empregada pelo autor. Nota-se que este conceito não objetiva trazer a reflexão das conquistas proporcionadas pelo processo de industrialização, mas sim uma autoconfrontação das consequências que não eram inicialmente previstas, visto que “a transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização, seguindo o padrão dos efeitos colaterais latentes”.⁴ Em outras palavras, para que se encontrem soluções para a crise socioambiental, faz-se necessário, inicialmente, uma auto-reflexão do processo que levou à modernização.

Observa-se que a crise socioambiental não se restringe apenas ao esgotamento dos recursos naturais e suas mazelas, trata-se de uma crise institucional da industrialização. Assim, a saída encontrada por Beck se encontra na própria caracterização da sociedade de risco, ou seja, “a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria”.⁵

³ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 13.

⁴ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 13.

⁵ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 19.

Com vistas a adentrar em uma alternativa de fato, o pesquisador enfatiza a necessidade do retorno do indivíduo às questões políticas, rompendo com o que chama de “responsabilidades e hierarquias formais”¹ e propiciando o surgimento de uma “subpolítica.” Corroborando o assunto,

*[...] subpolítica distingue-se da “política” porque se permite que os agentes externos ao sistema político ou corporativo apareçam no cenário do planejamento social (este grupo inclui os grupos profissionais e ocupacionais, a intelligentsia técnica nas fábricas, as instituições e o gerenciamento de pesquisa, trabalhadores especializados, iniciativas dos cidadãos, a esfera pública e assim por diante), e, em segundo, porque não somente os agentes sociais e coletivos, mas também os indivíduos, competem com este último e um com o outro pelo poder de conformação emergente do político.*²

Por tudo exposto, verifica-se que a pós-modernidade já caminha para uma modernização reflexiva com o intuito de romper com os seus paradigmas. Como exemplo, cai a lanço notar a importância da Convenção de Aarhus, assinado em 1998

¹ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 30.

² . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 34.

na Dinamarca. Apesar de ter sido ratificada apenas pelos países-membros da União Européia, serve de exemplo para possíveis acordos internacionais, uma vez que institui regras que promovem a participação pública em deliberações que versam sobre questões ambientais através da adaptação das legislações internas com os dispositivos elencados na Convenção. Garante-se, assim, “o acesso dos cidadãos e das organizações da sociedade civil às informações e aos processos decisórios relevantes, de forma que as políticas públicas ambientais sejam formuladas e aplicadas com a participação da sociedade”.³

Desta forma, admite-se a colaboração da sociedade no sentido de fiscalizar possíveis projetos governamentais que possam acarretar na degradação ambiental, fomentando assim, uma alternativa para que a resposta para a crise socioambiental seja devidamente encontrada.

CONCLUSÃO

Do analisado neste trabalho acadêmico é possível concluir, primeiramente, que o contexto da sociedade atual é, de fato, o da Sociedade de Risco, delineada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck como aquela na qual a racionalidade da produção industrial adotada principalmente a partir da Revolução Industrial transforma-se em algo novo, gerador de riscos imprevisíveis, incalculáveis, invisíveis e, conseqüentemente, dificilmente sanáveis (senão insanáveis), além de transfronteiriços e alheios a distinções de gênero ou classes sociais em seus efeitos – gerando grandes incertezas à humanidade e uma crise de confiança sem precedentes na ciência e no próprio Estado, responsáveis por oferecer respostas corretas e segurança.

³ . VALLE, Raul Silva e Telles. **Convenção de Aarhus deve entrar em vigor na Europa.** Socioambiental. 19 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

Uma das facetas desta formação social, e que a perpetua, seria a chamada “irresponsabilidade organizada”. Esta é caracterizada como a sistemática ausência de reconhecimento de responsabilidade acerca dos riscos produzidos por todas as partes envolvidas, incluindo-se nesta o próprio Estado. Nesta lógica, ele oferece respostas retóricas internalizando os Riscos ao jogá-los para dentro do âmbito da legislação do país sabendo ser inefetivo em termos práticos, assim esquivando-se da responsabilidade por não agir quando dele assim demandado pela sociedade.

Neste contexto assenta-se aquilo que atualmente chamamos de Crise Socioambiental, a qual se caracteriza por uma estrita vinculação entre problemas de cunho social e ambiental, em um processo não só de vinculação em torno da vida humana, que depende destes dois campos em ótimo funcionamento para deter uma boa qualidade de vida (ou mesmo apenas a vida, no caso do meio ambiente), mas porque existe um processo de retroalimentação das crises nestas suas searas, sendo que os efeitos de situações negativas em uma gera reflexos também negativos na outra, causando-lhe o agravamento e manutenção da crise. A formação social do Risco dá origem à referida crise, com o início da época industrial e a lógica acumulativa e voltada para o lucro em detrimento tanto de outros seres humanos quanto da própria natureza, e é também mantida por ela, mesmo quando é possível romper com a barreira da sistemática ocultação, haja vista a impossibilidade de participar das decisões e de efetivar direitos ou soluções inteligentes voltadas a meio ambiente.

Pelo exposto, a “Modernização Reflexiva” mostra-se imprescindível para solucionar a crise socioambiental, uma vez que, após reavaliar os modos de produção impostos pela sociedade industrial, possibilitaria a emergência de uma nova modernidade, a qual seria capaz de trazer um novo dinamismo à sociedade industrial. Tal processo seria possível e já é verificado, mesmo que de forma ínfima, através da “subpolítica”, ou seja, com o retorno do indivíduo às questões de interesse comum, a

qual se dá através de mecanismos que viabilizam a participação pública, ensejando assim, em uma tomada de decisões conjunta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBDCRIM, 2007.
- BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.
- BECK, Ulrich. *Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society*. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995.
- CALLEGARI, André Luís. *Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.
- CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 01º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- D`AVILA, Fabio Roberto. *A crise da modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)*. Mundo Jurídico. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70 Acesso em 25/07/2012, às 17:50.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET; Ingo W. (Org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus A. *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. *A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco*. Disponível em: [Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/13925](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/13925).

Acesso em 20/08/2012.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade do Risco*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Fernando Buzza. *Direito Penal e Sociedade do Risco*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à PUCPR para obter o título de bacharêu em Direito. Curitiba, 2008.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ROSSA, Thiago M. *O grau de compatibilidade o meio ambiente com o Direito penal na sociedade do risco analisando sob a tensão entre os princípios da intervenção mínima e da precaução*. Dissertação para obtenção de título de Mestre, UFPR, Curitiba, 2010 .

VALLE, Raul Silva e Telles. *Convenção de Aarhus deve entrar em vigor na Europa*. Socioambiental. 19 jun. 2001. Disponível em: <http://www.socioambiental.org>. Acesso em: 10 nov. 2012.

VEIGA, José Eli da. *A Emergência Socioambiental*. São Paulo: SENAC, 2007. p. 91/105.

DIREITO À EDUCAÇÃO E “EMPODERAMENTO” DAS MULHERES NAS PRÁTICAS SOCIAIS

Julia Maurmann

Ximenes¹

RESUMO

Em uma perspectiva que inclui como direito humano os direitos fundamentais sociais, a proposta é problematizar o direito à educação das mulheres e a igualdade material nas práticas sociais. As mulheres estão submetidas a uma lógica hierárquica, de dominação, e apesar dos avanços, o elemento cognitivo no processo de empoderamento das mulheres em busca de autonomia e emancipação perpassa a internalização de novos valores no cotidiano.

Palavras-chave: educação – mulheres – empoderamento – dimensão simbólica dos direitos

ABSTRACT

¹. Mestre em Direito. Doutora em Sociologia Política pela UnB. Professora do Instituto Brasileiro de Direito Público - IDP (graduação, pós-graduação e mestrado). Líder do grupo de pesquisa “Democracia, Direitos Fundamentais e Cidadania” do IDP. Advogada.

In a perspective that includes the social fundamental rights as a human right, the goal is to question the right to education of women and the material equality in social practice. Women are subdue to a hierarchical and ruling sense, and spite of the progress, the cognitive component in the empowerment process of women aiming autonomy and emancipation passes by day-to-day practices and new beliefs.

Key-words: *education – women – empowerment – symbolic dimension of rights*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a relação entre o direito da mulher à educação e o “empoderamento” das mesmas nas práticas sociais. A percepção do direito à educação como direito social implica em uma leitura não dogmática do direito, considerando-o não apenas sob a perspectiva teórica, mas também como instrumento de inclusão e de cidadania, e assim preocupado com a realidade, com a sua eficácia social.

Neste sentido, a proposta é problematizar a efetivação do direito à educação, numa perspectiva sóciojurídica, preocupada com as disparidades entre a “lei” e a realidade social. A premissa problematizadora é a dificuldade do direito de transformar a realidade social sozinho. Apesar de aparentemente ser uma assertiva simplória e até óbvia, ainda se deposita uma crença ingênua no poder de transformação da realidade pelo Direito, especialmente no Brasil após a Constituição de 1988 (VIANNA, 1999)¹. Neste contexto, a pesquisa sociojurídica permite um olhar que vai

¹ Para Werneck Vianna a Constituição de 1988 valorizou o direito, seus procedimentos e instituições como instrumentos de agregação e solidarização social, “como campo de exercício de uma pedagogia para o civismo” (p. 153). Diante da ausência de democracia política e cultura cívica na história brasileira, o constituinte de 1988 adotou o “direito como recurso de modelagem social” (p. 259).

além do direito positivo e permite uma análise da dimensão simbólica dos direitos² (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010) e em que medida é possível ou não uma real modificação das práticas sociais.

No caso das mulheres, é preciso compreender o impacto do direito à educação nas práticas de dominação e opressão naturalizadas nas relações de gênero, diante das diversas formas de violência, material e simbólica (BOURDIEU, 1989) a que são submetidas, apesar dos grandes avanços já conquistados. Em que medida a dimensão simbólica deste direito reside única e exclusivamente no conhecimento formal, sem influenciar na percepção da própria condição feminina de “subordinação”? Assim, as práticas sociais demonstram uma dificuldade no empoderamento³ das mulheres: a dificuldade em proporcionar a autonomia e emancipação de sujeitos normalmente submetidos a uma lógica de submissão em relações de poder.

Desta feita, não é a mera previsão constitucional do direito à educação que eliminará a lógica de submissão e opressão entre homens e mulheres. A proposta é demonstrar a necessidade de compreensão dos direitos a partir de uma lógica em que prevaleça a cidadania “inclusiva”, atentando para a internalização de valores (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2011) que viabilizem uma transformação na orientação das ações ou atitudes dos atores em suas práticas cotidianas efetivando a igualdade material nas relações de gênero.

² “A dimensão simbólica, portanto, vai muito além daquilo que está expresso em qualquer código de direito, ou mesmo nos princípios formais que balizam os procedimentos e nas leis positivadas” (p. 457). O conceito busca trabalhar como os direitos são vividos e como ganham sentido para as partes, ou seja, o significado dos direitos.

³ De origem inglesa, “empowerment” pode ser traduzido como fortalecimento, e conforme será explicitado adiante pode ser definido como a autonomia e emancipação de indivíduos submetidos a relações de tutela e poder.

O artigo se desenvolverá da seguinte forma: num primeiro momento uma breve apresentação teórica sobre os direitos humanos e a fundamentalidade do direito social à educação. Em seguida conceitos de empoderamento e cidadania “inclusiva”. Por fim, apresentaremos diagnósticos sobre o direito à educação e o impacto destes em diversas esferas que possam ou não contribuir para as práticas sociais e assim possibilitar o empoderamento e emancipação da mulher como sujeito de direitos.

1. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E DIREITO À EDUCAÇÃO

A presente análise partirá da equivalência entre direitos humanos e direitos fundamentais. Isto porque a discussão teórica não afetará o objetivo final, que é justamente analisar a efetivação de um dos direitos humanos “fundamentais”, a educação.

No contexto do Estado Democrático de Direito previsto na Constituição de 1988, os direitos fundamentais ganharam uma grande relevância, especialmente os direitos sociais: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, moradia e alimentação. Estes direitos são direitos prestacionais, ou seja, demandam uma atuação específica do Estado e não a sua abstenção ou ausência, o que caracteriza seu caráter programático ou dirigente.

Neste sentido, o desenho institucional do Estado Brasileiro à época ilumina a preocupação com a legitimação material da Constituição e com a defesa da mudança da realidade pelo Direito:

A toda evidência, tais questões devem ser refletidas a partir da questão que está umbilicalmente ligado ao

Estado Democrático de Direito, isto é, a concretização de direitos, o que implica superar a ficcionalização provocada pelas diversas formas de positivismo jurídico no decorrer da história, que afastaram da discussão jurídica as questões concretas da sociedade. ... Assim, de um direito meramente legitimador das relações de poder, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como, aliás, consta no texto da Constituição do Brasil, bastando, para tanto, uma simples leitura de alguns dispositivos, em especial, o art. 3º. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais.(STRECK, 2011, p. 59/60)

Este movimento está claro no contexto do surgimento da Constituição Federal de 1988, decorrente de um forte apelo popular por cidadania e limitação aos desmandos do Estado no período anterior, inovando no tocante ao papel da Constituição e suas relações com os outros dois Poderes do Estado, o Executivo e o Legislativo. Vianna (1999) destaca que a solução de compromisso alcançada foi: “a de conferir compensação, por meio de uma incisiva e generosa declaração dos direitos

fundamentais, àquilo que não era possível traduzir em conquistas substantivas de alcance imediato” (p. 41).¹

Portanto, o texto constitucional de 1988 e seu caráter dirigente e/ou programático², que não apenas representa a estrutura do Estado como também um programa para o futuro, justifica o debate sobre questões sociais no Brasil hoje. “Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social” (BERCOVICI, 2003, p. 118).

Assim, o debate hoje permeia uma análise além da mera previsão constitucional, textual dos direitos sociais, considerando as realidades para sua efetiva concretização. Neste contexto, o direito à educação e análises sobre a efetivação no contexto feminino é essencial.

Acrescente-se ainda que além da previsão normativa, o direito à educação pelo campo jurídico tem recebido uma análise ainda mais ampla, uma vez que o Direito não pode ser resumir a lei no sentido estrito, considerando a própria noção de justiça e de cidadania.

¹ “Sob uma solução de compromisso entre as forças que disputavam hegemonia na elaboração do texto constitucional, deixava-se para o futuro a concretização dos valores e princípios positivados na Carta, na dependência do novo arranjo de forças subsequente ao processo democrático que a própria Constituição deveria inaugurar” (VIANNA et al., 1999, p. 41).

² Não é objeto do presente trabalho discutir a programaticidade dos direitos fundamentais sociais, bastando registrar que em um primeiro momento na Teoria Constitucional pós Constituição de 1988, esta programaticidade retirava a efetividade dos direitos, pois estariam a critério da discricionariedade política dos Poderes Executivo e Legislativo. Esta abordagem foi predominantemente substituída pela teoria da força normativa da Constituição de Konrad Hesse.

Enzo Bello (2008) resgata este último aspecto, relevante para a abordagem aqui apresentada:

Diante da tendência de distanciamento da realidade social verificada entre a maioria dos estudiosos da teoria dos direitos fundamentais, evidencia-se a insuficiência da abordagem de ordem unicamente jurídica e a incompletude da abordagem filosófica da cidadania e dos direitos sociais, os quais estão previstos em normas auto-aplicáveis, mas dependem de condições políticas, sociais, econômicas e culturais para a sua efetivação no plano fático. Com isso, não se trata de restringir as prestações sociais do estado, mas de compreender a cidadania numa perspectiva multidimensional, congregando as noções de participação política, pertencimento sócio-cultural e de status de direitos, considerando-se a história das relações sociais que subjazem os direitos de cidadania e as relações de poder que permeiam a sua efetivação.(p. 185/6)

Assim, a simples existência de normas constitucionais que consagrem os “direitos sociais de cidadania”, ou seja, que permitam a inclusão de indivíduos marginalizados, não garante a sua consequente implementação concreta no mundo dos fatos, “pois direitos não são auto-realizáveis e demandam mobilização política e social para serem concretizados em níveis democraticamente satisfatórios”. (BELLO, 2008) Isto porque para fins da presente análise, os direitos sociais, inclusive o direito à

educação, perpassam a teoria da justiça, focada nos tribunais, mas não podem negligenciar a teoria da cidadania.

No caso ora abordado, a questão da concretização do direito social à educação pelas mulheres necessita de amadurecimento cultural da sociedade, pois ainda que o sistema educacional tenha, de forma maciça, acolhido a mulher a partir da década de 40 (NOGUEIRA, 2002), não acarretou a igualdade material de forma ampla.

Isto porque partimos do pressuposto de Nancy Fraser (2001): a justiça hoje requer tanto reconhecimento como redistribuição.

Mas o caráter ambivalente de gênero é fonte de um dilema. Como as mulheres sofrem pelo menos dois tipos de injustiça analiticamente distintos, elas necessariamente requerem pelo menos dois tipos analiticamente distintos de remédio: redistribuição e reconhecimento. No entanto, os dois remédios apontam para direções opostas e não são facilmente perseguidos simultaneamente. Onde a lógica da redistribuição é eliminar as diferenças de gênero, a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do gênero. Aqui, então, está a versão feminista do dilema redistribuição/reconhecimento: como podem as feministas simultaneamente lutar para abolir diferenciações de gênero e valorizar a especificidade do gênero? (p. 262)

Esta será uma das perspectivas abordadas aqui, ou seja, a desigualdade de gênero perpassa elementos sociais que podem ser auxiliados pela educação como

instrumento de cidadania inclusiva, através do reconhecimento e empoderamento das mulheres, valorizando a autonomia nas práticas cotidianas. Caso contrário será mais um direito meramente “programático”, uma meta para o Estado.

2. EMPODERAMENTO E CIDADANIA “INCLUSIVA”

Após esta primeira abordagem teórica sobre o direito à educação, passaremos a refletir sobre o conceito de empoderamento e a possível vinculação ao direito.

O termo é frequentemente utilizado por movimentos de cunho emancipatório, relacionados ao exercício da cidadania como movimentos dos negros, das mulheres, dos homoafetivos, dos portadores de deficiência, dos idosos, etc, e “se refere ao processo de mobilização e práticas que objetivam promover e impulsionar grupos e comunidades na melhoria de suas condições de vida, aumentando sua autonomia”. (KLEBA; WENDAUSEN, 2009)¹ Assim, através deste processo, as pessoas renunciam ao estado de tutela, de dependência: “habilidade das pessoas de ganharem conhecimento e controle sobre forças pessoais, para agir na direção de melhoria de sua situação de vida”. (BAQUERO, 2001, p. 176)

Portanto, o empoderamento envolve um processo de conscientização das capacidades pessoais, de ruptura com fatores sociais e estruturais pré-concebidos, estereotipados.

¹ As autoras apontam que um segundo sentido trataria das ações destinadas a promover a inclusão social de grupos marginalizados, como projeto e ações de cunho assistencial, mas este sentido implica que o empoderamento seja “fornecido” ou realizado para pessoas ou grupos. Do ponto de vista crítico utilizado aqui, a educação não pode “dar poder às pessoas”, mas pode torná-las capazes de aumentar suas habilidades e recursos para o controle de suas vidas.

A experiência do empoderamento psicológico ocorre quando a pessoa vivencia seu poder em situações de carência ou de ruptura. Através dessa vivência, ela reconhece não apenas recursos e possibilidades pessoais ou coletivas, mas também sua capacidade em sair de uma posição de impotência e resignação, muitas vezes pré-determinada por um script social, convertendo esse conhecimento em ação social e na conformação de seu entorno. Além de fortalecer suas competências, a pessoa desenvolve novas habilidades para enfrentar em seu cotidiano incertezas, adversidades e situações de risco. (KLEBA; WENDAUSEN, 2009, p. 739)

O empoderamento está imbricado com questões básicas do poder: resumidamente a capacidade de decidir sobre a vida do outro, onde “dominador” e “dominado” aceitam as versões da realidade social que negam a existência de desigualdades. A mulher neste contexto não é um sujeito de direito, e a sociedade, através de suas instituições, cultura, crenças, e tradições, sistema educacional, leis civis, divisão sexual e social do trabalho, perpetua esta condição. Assim, não estamos falando apenas da discriminação explícita, mas aquela muitas vezes sutil, no cotidiano do mundo doméstico.

Isto porque as desigualdades de gênero são estruturantes da sociedade brasileira, ou seja, os papéis sociais de homens e mulheres foram sendo construídos ao longo da história, constituindo relações sociais hierárquicas e desiguais.

Historicamente, a sociedade não apenas diferencia, assim, homens e mulheres, como lhes atribui valores de modo essencialmente distinto, fundamentando relações de poder e dominação culturais que consolidam uma estrutura de organização social patriarcal. As desigualdades perpassam a esfera privada para permear todas as facetas da pública, que tendem a atribuir às mulheres um status inferior de valoração, naturalizado e até legalizado na construção política, econômica, social, cultural e jurídica através das várias estruturas institucionais. (DUQUE, 2011, p. 64)

Assim, o empoderamento das mulheres representa um desafio à ordem patriarcal, garantindo a autonomia sobre o controle do corpo, da sexualidade, do direito de ir e vir, rechaçando qualquer violência física, e abandonando decisões unilaterais masculinas que afetam toda a família.¹

Kleba e Wendausen (2009) apontam três dimensões do processo de empoderamento:

a) pessoal ou psicológico – a unidade de análise são os indivíduos e um dos aspectos centrais é a mudança de mentalidade a partir da percepção do sujeito das próprias forças, que resulta em um comportamento de autoconfiança;

¹Conforme aponta Stromquist (1995): “family practices, religious myths, the social division of labor, the sexual division of labor, marriage customs, the educational system, and civil laws combine to produce hierarchies, internalized beliefs, and expectations that are constraining but at the same time ‘naturalised’ and thus seldom contested.” (p. 13)

b) grupal ou organizacional - organizações sociais, comunitárias ou estruturas mediadas como parentesco, grupos de vizinhança, igrejas; e aqui o processo implica em fortalecimento da organização como um todo para alcançar objetivos e metas, como sistema ou unidade;

c) estrutural ou político – processo de redistribuição de poder político, onde as pessoas ou grupos renunciam a uma posição de dominação e se apropriam de habilidades de participação democrática e de poder político de decisão. Na verdade ele pressupõe um processo prévio de empoderamento social.

Contudo, as três dimensões se concretizam e se interligam:

Os processos de empoderamento ocorrem em arenas conflitivas, onde necessariamente se expressam relações de poder, as quais devem ser encaradas não como algo estanque e determinado, mas plástico, flexível, portanto modificável pela ação-reflexão-ação humanas, na medida em que os indivíduos compreendam sua inserção histórica passada, presente e futura e sintam-se capazes e motivados para intervir em sua realidade. (p. 742)

Ainda definindo empoderamento, Stromquist (1995, p. 14-15) aponta quatro componentes:

a) cognitivo – compreensão das mulheres sobre a condição de “dominação” a que é submetida, inclusive suas causas, implicando em adquirir novos conhecimentos que criem novas percepções sobre as relações de gênero, descartando as ideologias dominantes;

b) psicológico – desenvolvimento de sentimentos que as mulheres têm capacidade para agir no nível pessoal e social para melhorar sua condição, criando auto-estima e autoconfiança;

c) econômico – autonomia financeira por intermédio de atividade produtiva, que então fortalecerá o elemento psicológico abordado anteriormente;

d) político – habilidade de analisar o ambiente em termos políticos e sociais e assim mobilizar alguma mudança social.

Portanto, a questão do empoderamento das mulheres, inclusive utilizando o direito à educação, perpassa por uma análise da própria compreensão da condição de subordinação e as consequências da apropriação deste novo capital¹ cultural nas diversas dimensões da vida social. Conforme apontam Kleba e Wendausen (2009):

Essas relações de poder podem ser identificadas em três níveis, concretizados em diferentes dimensões da vida social. O nível pessoal desencadeia convicção acerca da própria competência e capacidade (poder influenciar decisivamente situações); compreensão crítica sobre o contexto e as relações sociopolíticas; autoconfiança e disponibilidade para tomar o destino nas próprias mãos; e o desejo de ser ativo e de exercer influência sobre o meio. O empoderamento pessoal possibilita a emancipação dos indivíduos, com aumento da autonomia e liberdade. O nível grupal desencadeia respeito recíproco e apoio mútuo entre os membros do grupo,

¹ Para Bourdieu, capital é o *quantum* social que determina a posição que um agente específico ocupa no campo (econômico, cultural, social e simbólico).

perseguição de objetivos idealizados, um knowhow prático e orgulho compartilhado por todos acerca de “seu projeto”. Além disso, promove estruturas decisórias participativas, ação social coletiva, articulação em rede com outras pessoas e organizações. O empoderamento grupal promove o sentimento de pertencimento, práticas solidárias e de reciprocidade. O nível estrutural desencadeia sensibilização para recursos existentes, utilização de oportunidades de apoio externo, mediação de capacidades associativas, motivação com ideias e visões ou com iniciativas e projetos que promovem ações conjuntas. Além disso, ele promove inserção nos projetos sociais e políticos, criação e conquista de espaços de participação na perspectiva da cidadania. O empoderamento estrutural favorece e viabiliza o engajamento, a responsabilização e a participação social. (p. 742-3)

E é no “engajamento” que reside nossa segunda abordagem: a cidadania inclusiva. Assim, o empoderamento propiciará um capital cultural que influenciará no exercício da cidadania, na mudança do capital simbólico sobre as relações de gênero. Esta cidadania inclusiva retoma a perspectiva inicialmente apontada em análises sobre o papel do Direito na sociedade contemporânea, cuja centralidade poderia acarretar novo desenho do tecido social.

Ademais, a cidadania inclusiva pressupõe o que Fraser (2001) aponta como as duas compreensões de injustiça: sócio-econômica, enraizada na estrutura político-

econômica da sociedade, como exploração do trabalho; e cultural ou simbólica, arraigada a padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, como o não-reconhecimento e o desrespeito.

Neste sentido pode-se registrar a contribuição do projeto de extensão vinculado à Universidade de Brasília, Promotoras Legais Populares (DUQUE, 2011). Os autores destacam no resumo uma das perspectivas objeto de nossa abordagem: “o empoderamento das mulheres pode estar intimamente relacionado tanto a uma noção de direito que ultrapassa os limites da lei, quanto a uma ideia de educação livre de distinções entre as/os que ensinam e as/os que aprendem”.

O PLP [Promotoras Legais Populares] se desenvolve a partir de duas lógicas libertárias: a libertação a partir do direito, que, sob a égide de uma perspectiva ampliada, permite desvincular-se do monopólio técnico-jurídico estatal e passa a ser entendido como fruto de demandas surgidas no interior da sociedade, e, sob a lógica da educação jurídica popular, ao derrubar os privilégios ao conhecimento acadêmico-científico, permite valorizar a voz e o conhecimento das/os oprimidas/os; e a libertação a partir das reivindicações feministas, que, ao conscientizar as mulheres de seu pertencimento a um grupo marginalizado, permite desnaturalizar os papéis sociais historicamente impostos e, assim, possibilita sua libertação, tanto como grupo, quanto como sujeitos autônomos. (DUQUE, 2011, P. 71)

Assim, ao fornecer capital cultural que capacita as mulheres com noções de direito, cidadania, de gênero (relação de dominação) e emancipação, o projeto ilustra a questão da necessidade aqui apontada do empoderamento cultural “simbólico”: a compreensão da “condição feminina” nas práticas sociais, e desta forma concretizar o empoderamento nas três dimensões, pessoal, grupal e estrutural. Desta forma a efetivação do direito à educação poderá influenciar na transformação da realidade.

3. DIAGNÓTISCO PARCIAL DO RETRATO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO NO BRASIL

Após as definições de cunho teórico, passaremos a uma análise do diagnóstico da desigualdade de gênero no Brasil.

...as mulheres dos tempos pós-modernos, apesar das conquistas que foram efetivadas no terreno da sexualidade, da maternidade como opção, do direito à educação e participação política, do acesso ao mercado do trabalho, ainda convivem com mecanismos discriminatórios que dão origem à violência contra o sexo feminino na sociedade e na esfera conjugal.(ALMEIDA, 2000, p. 12)

Na verdade, apesar da grande conquista do direito ao voto, é o acesso à educação que proporcionará às mulheres uma libertação às limitações a que eram expostas.

As feministas consideravam que somente através da conscientização, proporcionada pelo conhecimento da opressão e dominação a que eram submetidas, poderiam organizar-se, resistir e lutar para escaparem do jogo masculino e das regras sociais injustas. Essa conscientização era, pois um avanço significativo se compararmos com o silêncio e rigor das épocas anteriores, em que raras mulheres conseguiam romper as barreiras impostas ao seu sexo, sendo marginalizadas e ridicularizadas quando se expunham no espaço público e pretendiam se fazer ouvir.(ALMEIDA, 2009, p. 6)¹

As políticas educacionais dos últimos anos diminuiram sensivelmente a diferença entre homens e mulheres no tocante ao acesso à educação e dados hoje

¹ A autora destaca que a educação tradicional ministrada privilegiava o sexo masculino, sendo considerada supérflua para as mulheres. “A tradição luso-cristã chegava a afirmar que excesso de instrução poderia prejudicar sua constituição que seria frágil e nervosa, o que teria por consequência efeitos nocivos na saúde da futura prole. Posteriormente, essa educação passou a ser desejável, dado que a mulher educada seria mais capaz de criar filhos saudáveis, mas não poderia fazer com que ela se sentisse capaz de competir com os homens, o que ocasionaria desordem social. Assim, a educação feminina, durante longo tempo, tanto na escola como na família, foi normatizada e controlada pelos homens e de acordo com o que estes consideravam necessários.” (p.12)

demonstram que a presença feminina é até maior. A taxa de analfabetismo diminuiu nas duas categorias, feminino e masculino na primeira década do século XXI, mas sempre com ligeira diferença positiva para as mulheres.

Tabela 1– Taxa de Analfabetismo

	2001	2009
MASCULINO	28,2	20,6
FEMININO	27,0	19,6

Fonte: IBGE/PNAD

Quanto ao tempo de permanência na escola em 2009 a diferença é significativa e positiva para as mulheres em quase todas as faixas etárias.

Tabela 2 - Média de anos de estudo da população por faixa etária

2009	Homens	Mulheres
10 a 14 anos	3,9	4,3
15 a 17 anos	7,0	7,6
18 a 24 anos	9,1	9,8
25 a 29 anos	9,1	9,7
30 a 39 anos	7,8	8,6
40 a 49 anos	7,4	7,9
50 a 59 anos	6,4	6,5
60 a 64 anos	5,3	5,1

65 anos ou mais	3,9	3,6
TOTAL	5,9	6,3

Fonte: IBGE/PNAD - Elaboração: DIEESE/Anuário das Mulheres Brasileiras

As taxas de escolarização líquida ¹ também demonstram uma conscientização e inclusão feminina. Em 2001, no ensino Fundamental o percentual era de 92,8% para homens e 93,4% para mulheres, aumentando em 2009, respectivamente, para 95,3% e 94,4%. No Ensino Médio a diferença entre homens e mulheres passa a ser maior e significativa: em 2001, 32,4% de homens e 41,3% de mulheres; em 2009, os homens saltam para 45,8% e as mulheres para 57,2%.²

Outro aumento de participação feminina no sistema educacional é o do ensino superior, onde em menos de uma década as mulheres passam a obter mais títulos de doutorado: em 2000, 47,5% de mulheres e 52,5% de homens. Em 2008, 51,5% de mulheres para 48,5 de homens.³

¹ A taxa de frequência escolar líquida corresponde à proporção de pessoas de uma determinada faixa etária que frequenta escola na série adequada, conforme a adequação série-idade do sistema educacional brasileiro, em relação ao total de pessoas da mesma faixa etária

² Anuário das Mulheres Brasileiras/DIEESE, 2011.

³ Resumo Técnico do Ensino Superior/INEP, 2010.

Tabela 3

Distribuição concluintes dos cursos de graduação do ensino superior, por sexo, segundo áreas do curso (2009 em %)

Área do curso	Graduação presencial			Graduação à distância		
	Mulheres	Homens	Total	Mulheres	Homens	Total
Educação	22,6	11,4	18,0	78,2	29,0	66,5
Humanidades e artes	3,6	3,6	3,6	0,1	0,7	0,3
Ciências sociais, negócios e direito	40,3	45,2	42,3	0,6	59,0	27,6
Ciências, matemática e computação	4,7	12,2	7,8	0,2	6,8	2,0
Engenharia, produção e construção	3,2	11,7	6,7	0,0	2,8	0,8
Agricultura e veterinária	1,5	3,4	2,3	3,0	0,2	0,1
Saúde e bem-estar social	21,1	10,3	16,7	3,0	0,8	2,5
Serviços	3,0	2,3	2,7	0,2	0,8	0,3
BRASIL	100	100	100	100	100	100

Elaboração: DIEESE/Anuário das Mulheres Brasileiras, 2011.

Contudo, o acesso à educação formal, ou seja, conhecimento, não necessariamente elimina a desigualdade. Conforme apontado anteriormente, a dimensão cognitiva do empoderamento feminino é essencial para o empoderamento pessoal, e poderá influenciar no grupal e estrutural, mas além do conhecimento formal como capital cultural, é preciso refletir sobre o impacto no capital simbólico, ou seja, na percepção sobre a condição feminina nas práticas cotidianas.

Assim, outras dimensões da educação serão objeto de análise, refletindo, sustentando e criando outras desigualdades de gênero, ou seja, “o sistema educacional como mercado de trabalho e de consumo; o sistema educacional interpondo dificuldades para o prosseguimento da escolaridade de mulheres e homens pertencentes a segmentos sociais subalternos – não brancos, de zona rural, oriundos de famílias de baixa renda, das regiões Norte e Nordeste.” (ROSEMBERG, 2001, p. 155)

Considerando esta lógica, de que o sistema educacional compreende também o mercado de trabalho, a tabela abaixo demonstra a desigualdade nos rendimentos entre homens e mulheres.

Quanto maior o tempo médio de estudos, maior é a desigualdade salarial: na coluna de 15 anos ou mais, a diferença salarial chega a 24,5%, ou seja, mesmo com titulação, a mulher não é reconhecida profissionalmente, enquanto o homem consegue este reconhecimento. Este resultado demonstra nossa principal hipótese: a naturalização da desigualdade, que demanda um empoderamento da mulher enquanto sujeito de direitos, reconhecida, uma igualdade na diferença: “a diferença é aceita, mas não é aval para as desigualdades entre os sexos, o que significa um modelo de conduta no qual as peculiaridades existentes entre homens e mulheres são consideradas”. (ALMEIDA, 2000, p. 10)

Tabela 4

Fonte IBGE. Elaboração: DIEESE/Anuário das Mulheres Brasileiras, 2011.

Nota: (1) inclui os ocupados com anos de estudo não determinados.

Distribuição das/os ocupadas/os por faixas de rendimento mensal do trabalho principal, segundo sexo e grupos de anos de estudo (2009 em %).

Sexo/ Rendimento do trabalho principal		Sem instrução e menos de um ano	1 a 3 anos	4 a 7 anos	8 a 10 anos	11 a 14 anos
HOMENS	Até 1 SM	68,7	57,1	41,4	32,0	15,2
	Mais de 1 a 2 SM	23,7	30,8	37,5	40,9	37,2
	Mais de 2 a 3 SM	4,6	7,1	11,5	13,9	18,7
	Mais de 3 a 5 SM	2,1	3,3	6,9	9,1	17,1
	Mais de 5 SM	0,9	1,7	2,7	4,2	11,7
	TOTAL	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
MULHERES	Até 1 SM	87,9	82,0	70,1	57,8	33,3
	Mais de 1 a 2 SM	10,2	16,0	25,6	34,4	44,6
	Mais de 2 a 3 SM	1,1	1,2	2,6	4,7	10,8
	Mais 3 até 5 SM	0,5	0,5	1,3	2,1	7,8
	Mais de 5 SM	0,3	0,2	0,4	1,0	3,5
	TOTAL	100	100	100	100	100

Tabela 5

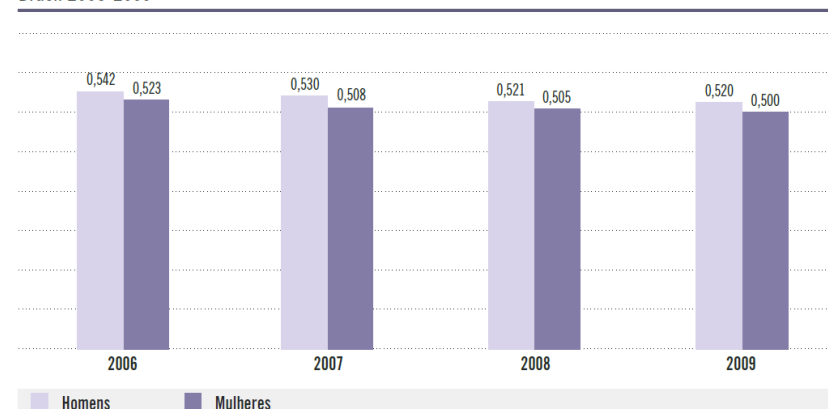
Posição na ocupação no trabalho principal da semana de referência 2001 e 2011

Posição na ocupação	2001			2011		
	Masculino	Feminino	Total	Masculino	Feminino	Total
Trabalhador doméstico com carteira	10,2	89,8	100	11,4	88,6	100
Trabalhador doméstico sem carteira	4,2	95,8	100	5,7	94,3	100
Trabalhador doméstico sem declaração de carteira	11,1	88,9	13,9	-	-	-

Fonte: IBGE/Microdados PNAD 2001 e 2011

Apesar de uma ligeira melhora, o índice de Gini da tabela abaixo demonstra bem o quanto a mulher ainda precisa lutar pela igualdade material – quanto mais próximo a 1, pior é a situação de desigualdade. O que apontamos aqui é que esta desigualdade não é fruto de desigualdades apenas quanto ao acesso à educação, mas está imbricada com as relações de poder que revelam conflitos e contradições que marcam a nossa sociedade, onde a tônica ainda é a desigualdade, seja de classe, gênero, raça ou etnia. (ALMEIDA, 2000, p. 11)

Índice de Gini da distribuição do rendimento mensal de todos os trabalhos das/os ocupadas/os por sexo
Brasil 2006-2009



Fonte: IBGE, Pnad.
Elaboração: DIEESE
Obs.: O Índice de Gini, que varia de zero a um, é um indicador de igualdade ou desigualdade de uma distribuição. Quando igual a zero, significa a situação teórica de igualdade. Quando igual a um, ocorre a situação máxima de desigualdade. Portanto, quando se aproxima de um, significa que uma dada distribuição está se concentrando

Além da desigualdade no rendimento, apontada acima, a desigualdade na formalização do trabalho, ou seja, a assinatura da carteira de trabalho, é significativa entre homens e mulheres que atuam nas atividades domésticas.¹

¹ Diante da diferenciação constitucional estabelecida sobre a natureza, as condições e dos direitos do trabalhador doméstico em relação aos demais, há dificuldades na fiscalização, desestimulando a formalização e dificultando a organização desta categoria de trabalhadores (IPEA, 2011, p. 30). Importante registrar que neste caso parece ainda residir uma “cidadania regulada”, usando a expressão de Wanderley Guilherme dos Santos para a análise da cidadania no Brasil. “[...] a legislação trabalhista que entrou em vigor na década de trinta não apenas excluía a maioria da população dos direitos sociais implementados no período, mas estabelecia uma hierarquia entre as ocupações/profissões reguladas, instituindo diferenças de acesso aos direitos segundo o status de cada uma. Numa palavra, este processo de expansão de direitos significou que os direitos sociais não foram estabelecidos segundo

No âmbito do trabalho doméstico, parece que a necessidade de uma conscientização e adensamento do capital simbólico se fazem mais ainda necessárias.

O trabalho doméstico, seja remunerado ou não, é culturalmente percebido como atividade das mulheres, associado a atributos de cuidado, abnegação e reprodução, que compõem estereótipos de um determinado modelo de feminilidade vigente no país. Em sendo, portanto, uma atividade de responsabilidade “natural” das mulheres, restrita à esfera do doméstico, não tem o seu valor econômico nem social reconhecido, o que o torna desprestigiado. (IPEA, 2009)¹ (Grifo no original)

Neste sentido, em 2010 o IBGE introduziu, em algumas unidades da federação, pesquisa sobre o uso do tempo, que permite ter acesso a rotinas sociais

princípios universalistas, o que motivou a formação de fortes identidades coletivas associadas à filiação sindical, tornando difícil a articulação de um discurso coerente em defesa de uma perspectiva universalista sobre os direitos de cidadania, dado que tal perspectiva não encontrava respaldo entre os trabalhadores.” (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001, p. 6)

¹ As análises do comunicado neste item incluíram outra abordagem que problematiza ainda mais as desigualdades de gênero no mercado de trabalho: a inclusão da categoria racial. “... o universo das trabalhadoras domésticas no país é majoritariamente formado por mulheres negras – 20,1% das negras ocupadas estão nessa categoria. Assim, o trabalho doméstico remunerado no Brasil se constituiu histórica e persistentemente como uma atividade feminina e negra. Revela-se, portanto, um dos nichos contemporâneos de exposição implacável do **legado histórico patriarcalista e escravocrata**, perpetuadores das desigualdades de gênero e de raça no país” (p. 19/20).

muitas vezes ocultas, como os afazeres domésticos. Em 2009, 70,8% da população com mais de 16 anos cuidava dos afazeres domésticos, dos quais 49,1% homens e 88,2% mulheres.

Nesta divisão do trabalho doméstico, já na infância a desigualdade está presente: na população com idade entre 5 e 9 anos, 14,6% dos meninos cuidavam do trabalho doméstico, gastando em média 5,2 horas por semana; enquanto 24,3% das meninas gastam em média 6,1 horas. Nas famílias com maior número de filhos, 95,7% das mulheres cuida dos afazeres domésticos em relação a 38,8% dos homens. Nas famílias com nenhum filho a proporção é menos desigual: 54,6% dos homens e 94% das mulheres. Estes dados reproduzem a estrutura conservadora e hierárquica da distribuição do trabalho no âmbito doméstico – a “atividade das mulheres” apontada acima.²

Por fim, uma última esfera de estudo: a vitimização, ou seja, a violência segundo sexo e local de agressão. A população masculina vivencia a violência de forma mais intensa no espaço público (8,5% vítimas de roubo e furto, e 12,2% agredidos nas próprias residências) e as mulheres no espaço doméstico (43,1%, sendo que 26% das mulheres foram agredidas por seus próprios companheiros ou ex-companheiros e 11,3% por algum parente). (IPEA, 2011) A questão da violência doméstica demonstra a necessidade do elemento psicológico no empoderamento, pois além do agressor ser conhecido, ou seja, há uma relação de “confiança”, os dados aqui expostos trabalham com a violência física, sem incluir a psicológica e a moral.

² Não é objeto do presente trabalho a questão racial, mas ela está intimamente associada aos dados aqui apontados. Na maioria dos indicadores, as mulheres negras estão em desvantagem não apenas em relação aos homens mas também às mulheres e homens brancos. A desigualdade combina gênero e raça: a menor taxa de desemprego corresponde à dos homens brancos (5%) e a maior às mulheres negras (12%). (IPEA, 2011)

Importante salientar ainda que a tônica do empoderamento é base para a política da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (SPM)¹ que tem quatro eixos de atuação: autonomia, igualdade no mundo do trabalho e cidadania; educação inclusive a não sexista, saúde das mulheres, direitos sexuais e direitos reprodutivos, e enfrentamento da violência contra as mulheres. Percebe-se nos diferentes programas da SPM uma preocupação com mudanças culturais, por meio de ações valorativas, mas também ações de empoderamento nas dimensões apontadas anteriormente. A igualdade material existirá não apenas pelas ações, mas pela internalização e reconhecimento das diferenças, buscando a emancipação.

Portanto, os desafios em busca da igualdade de gênero ultrapassam a efetivação do direito à educação como capital cultural formal. A educação perpassa o elemento cognitivo do empoderamento, mas além dele é necessário acabar com a naturalização das desigualdades e da “condição mais frágil” atribuída à mulher. O diagnóstico aqui apresentado demonstra a necessidade de inserção da questão feminina como uma problemática de cunho emancipatório, que permita a construção de novos

¹ A SPM, criada em 2003 pela Lei nº 10.683, é vinculada diretamente à Presidência da República, a quem compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República na formulação, coordenação e articulação de políticas para as mulheres, bem como elaborar e implementar campanhas educativas e antidiscriminatórias de caráter nacional, elaborar o planejamento de gênero que contribua na ação do governo federal e demais esferas de governo, com vistas na promoção da igualdade, articular, promover e executar programas de cooperação com organismos nacionais e internacionais, públicos e privados, voltados à implementação de políticas para as mulheres, promover o acompanhamento da implementação de legislação de ação afirmativa e definição de ações públicas que visem ao cumprimento dos acordos, convenções e planos de ação assinados pelo Brasil, nos aspectos relativos à igualdade entre mulheres e homens e de combate à discriminação. (art. 22, com redação dada pela Lei nº 12.314, de 2010).

sujeitos e novas subjetividades, reconstruindo a ordem política e social a partir das relações cotidianas, não apenas pelo direito.

CONCLUSÃO

Conforme apontado, o direito à educação inclui também a sensibilização das mulheres, sua conscientização a respeito de sua condição de sujeito de direitos. “O empoderamento pessoal possibilita a emancipação dos indivíduos, com aumento da autonomia e liberdade”. (KLEBA; WENDAUSEN, 2009, p. 738) A educação não se restringe apenas à construção do conhecimento formal, mas está associada a uma concepção que a torna um direito de cidadania, imprimindo um caráter inclusivo ao processo.

Considerando a perspectiva cidadã do direito social à educação, é com a conscientização de suas reais capacidades, rompendo com a tendência de naturalização dos lugares e posições do sujeito nas relações de poder existentes nas relações de gênero, que a igualdade será alcançada

A proposta do presente artigo foi problematizar o direito à educação, sua dimensão simbólica e sua relação com o empoderamento nas relações de gênero. O objetivo do empoderamento é a autonomia e emancipação de sujeitos normalmente submetidos a uma lógica de submissão em relações de poder. No tocante às mulheres esta é uma constante, diante das diversas formas de violência a que é submetida, apesar dos grandes avanços já conquistados, pois é preciso romper com práticas de dominação e opressão naturalizadas nas relações de gênero.

Portanto, mais do que acesso à educação formal, o direito à educação é um desafio a própria cidadania brasileira. É compreender a cidadania “inclusiva” como “patrimônio comum”, atentando para a internalização de valores que viabilizem uma

transformação na orientação das ações ou atitudes dos atores em suas práticas cotidianas (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2001) efetivando a igualdade material.

Assim, trata-se do reconhecimento de novos direitos a personagens antigos, e de direitos antigos a novos personagens, e da constituição de sujeitos sociais ativos e de identidades coletivas em meio a um cenário político e social revigorado. “Restou demonstrada a necessidade de resgate das dimensões política e social no reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, de maneira que representem verdadeiros direitos de cidadania”.(BELLO, 2008, p. 193 e 201)

Nesta lógica reside a relação entre o direito à educação das mulheres, o empoderamento e a cidadania inclusiva. A partir de uma lógica de inserção, autonomia e emancipação, as mulheres não apenas ajudarão no processo de empoderamento pessoal, mas de alguma forma influenciarão as dimensões grupal e estrutural. A formação de um capital simbólico de caráter “emancipatório”, compreendendo a “condição” feminina na relação de gênero, deve perpassar as discussões sobre o direito à educação e os demais direitos das mulheres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Jane Soares de. As lutas femininas por educação, igualdade e cidadania. *Revista Brasileira Estudos Pedagógicos*. Brasília, v. 81, n. 197, p. 5-13, jan/abr, 2000.

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social? Uma discussão conceitual. *Revista Debates*. Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 173-187, jan/abr, 2012.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. (coord) *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 177-205.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; BERCOVICI, Gilberto; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne B. *Teoria da Constituição – Estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 75-150.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Luís Roberto. A dimensão simbólica dos direitos e a análise de conflitos. *Revista de Antropologia*. São Paulo, USP, v. 53, n. 2, p. 451-453, 2010.

_____. Direitos republicanos, identidades coletivas e espera pública no Brasil e no Quebec. *Série Antropologia*, n. 304, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

DUQUE, Ana Paula Del Vieira; WEYL, Luana Medeiros, SAOUSA, Lucas Ferreira Cacao de; JORGENSEN, Nuni Vieira. Promotoras legais populares: repensando direito e educação para o empoderamento das mulheres. *Revista Direito e Sensibilidade*. 1 ed. P. 59-72, 2011.

DIEESE. *Anuário das mulheres Brasileiras*. DIEESE: São Paulo, 2011.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: SOUZA, Jessé. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001, p. 245-282.

KLEBA, Maria Elisabeth; WENDAUSEN, Agueda. Empoderamento: processo de fortalecimento dos sujeitos nos espaços de participação social e democratização política. *Saúde Sociedade*. São Paulo, v. 18, n. 4, p. 733-743, 2009.

IPEA. *Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça*. 4 ed. Brasília: IPEA, 2011.

NOGUEIRA, Vera Lúcia. *Mulheres Adultas das camadas populares: a especificidade da condição feminina no processo da busca de escolarização*. Grupo de Trabalho Educação de Pessoas Jovens e Adultas/n. 18. In: III SEMANA DA PÓS-GRADUAÇÃO DA UFMG, 2002, Belo Horizonte. Disponível em:

www.anped.org.br/reunioes/25/posteres/veralucianogueirap18.rtf.

ROSENBERG, Fúlvia. Políticas educacionais e gênero: um balanço dos anos 1990. *Cadernos Pagu*. (16), p. 151-197, 2001.

SANDENBERG, Cecília. *Conceituando “empoderamento” na perspectiva feminista*. Comunicação oral no I Seminário Internacional: Trilhas do Empoderamento de Mulheres. Salvador/BH, 2006. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/6848/1/Conceituando%20Empoderamento%20na%20Perspectiva%20Feminista.pdf>

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STROMQUIST, Nelly. The theoretical and practical bases for empowerment. In: MEDEL-ANONUEVO, Carolyn. *Women, Education and Empowerment: pathways towards autonomy*. UIE Studies, 5, 1995, p. 13-22.

VIANNA, Luiz Werneck et all. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

DIREITOS HUMANOS E MOVIMENTOS SOCIAIS: PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A LIBERTAÇÃO DA AMÉRICA LATINA

Juliana Wülfing¹

Lilian Patrícia
Casagrande²

“Direitos humanos e movimentos sociais:
Temos o direito de ser igual quando a diferença
nos inferioriza, temos o direito de ser diferentes
quando a igualdade nos descaracteriza.
(SANTOS, Boaventura de Sousa, 1994)

RESUMO

O objeto do estudo são os direitos humanos e os movimentos sociais, sendo que tem como objetivo, verificar se os movimentos sociais são o caminho para a efetivação dos direitos humanos na América Latina. O marco teórico adotado foram os estudos do Professor Antônio Carlos Wolkmer e da Professora Maria da Glória Gohn e a metodologia escolhida foi a indutiva - bibliográfica/documental. Observa-se que a história do Direito confunde-se com a história da humanidade. Assim, na contemporaneidade, os direitos humanos são a base para a gestação dos processos históricos de reivindicação e de apaziguamento de conflitos sociais, que nasceram em situações especiais, marcadas por lutas em defesa de novas liberdades - contra poderes colonizadores, autoritários e arbitrários. Assim, refletir sobre direitos humanos na América Latina pede uma fundamentação teórica crítica, que demonstre a flagrante negação das minorias colonizadas, que vivem às margens da sociedade, despidas da sua cidadania. Surge a necessidade de articular a unidade sul-americana com a sua multiplicidade de conteúdo, cultura, religiosidade, princípios, história, entre outros, no intuito de suscitar um sentido que justifique a vida humana como preceito fundante de tudo. Dessa forma, consideramos que a atuação unificada e sintonizada da sociedade civil, por meio dos movimentos sociais que buscam a libertação da América Latina é o caminho para a efetivação dos direitos humanos e a transformação das estruturas sociais, visando uma sociedade justa e igualitária, sendo condição inerente e imprescindível para a consolidação da democracia política e social no continente sul-americano.

Palavras-chave: América Latina; direitos humanos; movimentos sociais; libertação.

¹ Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira, Mestre em Direito pela Universidade do Vale dos Sinos – UNISINOS, Professora Assistente do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: julianawulfing@yahoo.com.br.

² Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, sob a orientação da Prof^a. Dr^a. Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira. Graduada em Direito pela Universidade do sul de Santa Catarina – UNISUL. Advogada. E-mail: casagrandelilian@yahoo.com.br.

ABSTRACT

This article aims the study of human rights and social movements, and has the object to verify whether social movements are the way for the enforcement of human rights in Latin America. Through an inductive methodology and bibliographic/documentary research, we will study the theoretical position adopted by Antônio Carlos Wolkmer and Maria Gohn. It is observed that the history of law is intertwined with the history of mankind. Thus, nowadays, human rights are the basis for the historical processes of pregnancy claim and appeasement of social conflicts, which were born in special situations, marked by struggles in defense of new freedoms against colonizing powers, authoritarian and arbitrary. In order to think about human rights in Latin America we need a theoretical critique, demonstrating the blatant denial of the colonized minorities, who live on the margins of society, stripped of their citizenship, thus arises the need to link the unit with the South American its multiplicity of content, culture, religion, principles, history, among others, in order to arouse a sense that justifies human life as a foundational precept of everything. Thus, we consider that the performance tuned and unified civil society through social movements that seek the liberation of Latin America is the path to the realization of human rights and the transformation of social structures, aiming at a just and egalitarian society. It is inherent and indispensable condition for the consolidation of democracy and social policy in the South American continent.

Key-words: *Latin America; Human Rights; Social Movements; Liberation Theory.*

INTRODUÇÃO

O direito historicamente tem sido o local de amparo para o encontro de alternativas de efetivação da justiça, de soluções de conflitos, da busca do equilíbrio das ideologias, da luta pelas liberdades e garantias, da resistência e da emancipação do ser humano.

Os direitos humanos, nascidos da luta pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, para garantir a dignidade, conquistaram espaços e honrarias na contemporaneidade, porém, a efetivação dessas garantias também devem chegar aos marginalizados e excluídos, aos colonizados da América Latina.

O tema proposto: direitos humanos e movimentos sociais, busca discutir a possibilidade de libertação da América Latina, historicamente dominada, com sua identidade negada, seus valores subjulgados, suas culturas escrachadas, mediante a atuação participativa dos movimentos sociais.

A escolha do tema ocorreu pela indignação, pelo não concordar com o discurso da maioria, o discurso do “globalizado” - “de que somos todos iguais” -, da negação à diferença, à identidade, do desrespeito à alteridade, pois se entende que é preciso despertar e entender que “todos” têm o “direito a ter direitos”.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar que é possível a libertação da América Latina através da efetivação dos direitos humanos por meio dos movimentos sociais, pela participação popular, questionamento e envolvimento da sociedade em geral.

Dessa forma, para o estudo do tema proposto, o presente trabalho foi dividido em três partes. A primeira trata dos direitos humanos e historicidade, a segunda da

América Latina, identidade e alteridade e, a terceira e última parte estuda os movimentos sociais como alternativas para a libertação da América Latina.

1. DIREITOS HUMANOS E HISTORICIDADE

A história do Direito confunde-se com a história da humanidade. Este tem sido o local de amparo para o encontro de alternativas de efetivação da justiça, de soluções de conflitos, da busca do equilíbrio das ideologias, da luta pelas liberdades e garantias, da resistência e da emancipação do ser humano.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo e dos direitos humanos no pós-guerra, a sociedade - mais consciente da sua capacidade de destruição e possibilidade de promover horrores - viu-se obrigada a encontrar espaços de luta pela dignidade. Assim, a dignidade humana foi construída através de uma prática histórica de libertação, servindo de apoio, de fundamento para todas as outras formas de Direito.

Com isso, na contemporaneidade, os direitos humanos são a base para a gestão dos processos históricos de reivindicação, de apaziguamento de conflitos sociais, que nasceram em situações especiais, marcados por lutas em defesa de novas liberdades - contra poderes colonizadores, autoritários e arbitrários. Nessa concepção, os direitos humanos “não são categorias normativas que existem em um mundo ideal que espera ser posto em prática pela ação social. Os Direitos Humanos se vão criando e recriando à medida que vamos atuando no processo de construção social da realidade”¹.

Pois, “os direitos humanos devem ser vistos, e postos em prática, como o produto de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas por “ajustar” a realidade em

função dos interesses mais gerais e difusos de uma formação social, ou seja, os esforços por buscar o que faz que a vida seja digna de ser vivida”².

O discurso da contemporaneidade tenta colocar o tema dos direitos humanos não apenas na área do direito civil e do direito político, mas pretende ampliar a um novo olhar, a um olhar que incorpore novos direitos, que identifique os impactos da sociedade contemporânea e da globalização na economia, no meio ambiente, nas culturas, na forma como tudo isso se identifica e interage com o ser humano, com a garantia da dignidade.

Para isso, faz-se necessário a construção de direitos humanos que protejam as diferenças, os excluídos e os marginalizados. Que tenham como objetivo a criação de políticas públicas voltadas para a inclusão social e o reconhecimento das alteridades.

Faz-se necessária a efetivação dos direitos humanos para a América Latina, marcada pela colonização, dominação, autoritarismo, exploração, desde os primórdios do seu “descobrimento”, pois:

Afrodescendentes, mulheres, indígenas, crianças, populações camponesas e pessoas com deficiência, entre outros, vêm constantemente seus direitos à educação, saúde, moradia, justiça, alimentação e segurança violados sem que as autoridades responsáveis tomem qualquer atitude. Essa situação é recorrente do México à Patagônia, passando pela Nicarágua e Honduras, entre outros países. Em todas essas nações, três grupos se

¹ HERRERA Flores, Joaquim. *El vuelo de Anteo: direitos humanos e crítica de La razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000, p. 27.

*destacam no que diz respeito às violações: mulheres, indígenas e afrodescendentes*¹.

Entre os países latino-americanos, ainda, a população de descendentes de europeus (brancos) é a maioria – não apenas em números, mas também com maior acesso à educação, à cultura e a uma situação financeira privilegiada, logo, a população vitimizada e massacrada - historicamente - está na marginalidade, sem que as políticas públicas e a sociedade tenham consciência da real condição degradante da qual vivem/sobrevivem².

¹ CERQUEIRA, Luciano. Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2359&Itemid=2. Acesso em 02 nov. 2012.

² “A mulher é duplamente abandonada, pelo Estado e pela família. Dados mostram que a situação da mulher no Brasil não apresentará uma melhora significativa nos próximos anos. Isto porquê muitas melhoras dependem de decisão política e nessa esfera as mulheres também estão em desvantagem. E não resta dúvida: sem participação na esfera pública, não há avanços. E isso vale para outros grupos também.

A população afrodescendente desses países também encontra-se em situação ruim. No equador, por exemplo, de um total de 12 milhões de habitantes, 600 mil são pessoas negras e mais de 425 mil vivem abaixo da linha da pobreza. No Brasil a situação do negro (a) NE é muito diferente. Somando quase 50% dos brasileiros (Os), são 65% entre os dez mais pobres, têm uma expectativa de vida 6 vezes menor que a população branca e a cada 100 jovens assassinados, entre 18 e 24 anos, 87 são negros.

Uma pesquisa realizada pelo IBGE mostra que das 40 milhões de pessoas com idade economicamente ativa (com 10 anos ou mais de idade) aproximadamente 18 milhões são negros e possuem menos escolaridade, ganham menos que as pessoas brancas, mesmo quando estão nas mesmas funções. Além disso, estão concentradas nas áreas de serviços domésticos ou construção civil e são 51% das pessoas desocupadas”. Disponível em: http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=2359&Itemid=2. Acesso em 02 nov. 2012.

Assim, refletir sobre os direitos humanos na América Latina pede uma fundamentação teórica crítica, que demonstre a flagrante negação às minorias colonizadas, que vivem às margens da sociedade, despidos da sua cidadania. “A intenção da teoria crítica é definir um projeto que possibilite a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem. Trata-se da emancipação do homem de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado”³.

*Não se trata de negar as formas teóricas de conhecimento da tradição ocidental, tampouco as conquistas inerentes às práticas emancipadoras da modernidade, mas buscar construir um modo de vida assentado em novos paradigmas de legitimidade e de racionalização. Daí o compromisso por uma cultura libertadora fundada em novos critérios e em lógica de constituição, que revele, mais clara e radicalmente, nossa própria identidade histórica, sociocultural e política*⁴.

Pois, no passado os opressores aos direitos humanos escondiam-se nas barbarias dos regimes exploradores e totalitários, já na contemporaneidade, na globalização⁵ ou mundialização (como preferem os franceses). Como bem coloca

³ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 09.

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 05.

⁵ “Ser hoje um país central significa precisamente ter a capacidade de maximizar as vantagens e minimizar os inconvenientes da globalização hegemônica” (SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 52).

Antônio Augusto Cançado Trindade “O que não dizer, por exemplo, das violações perpetradas por organismos financeiros e detentores do poder econômico, que mediante decisões tomadas na frieza dos escritórios, condenam milhares de seres humanos à pobreza e à fome?”¹.

Assim, surge a necessidade de articular a unidade sul-americana com a sua multiplicidade de conteúdo, cultura, religiosidade, princípios, história, entre outros, no intuito de suscitar um sentido que justifique a vida humana como preceito fundante de tudo.

*Não há vida humana sem valores e representações, só que estes num primeiro momento são aceitos como evidências inquestionáveis. No entanto, quando os homens de uma determinada formação social não conseguem mais reconhecer-se nas representações e nos valores vigentes nesta formação social, surge, então, a exigência de uma justificação, da submissão de toda vida ao julgamento da razão para discernir sua razão de ser*².

Em um Continente onde há a negação da sua historicidade, pluralidade, identidade e valores, temos a negação da vida em todos os seus sentidos, por isso, faz-se necessário um repensar/questionar da identidade e da alteridade na América Latina.

3. AMÉRICA LATINA, IDENTIDADE E ALTERIDADE

A palavra identidade, já no seu conceito, pode ser observada por diferentes ângulos, já que pode significar tanto a qualidade do idêntico, quanto os caracteres

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 46.

² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993, p.10.

próprios e exclusivos de uma pessoa³. Assim, é possível que a identificação seja construída a partir de uma imposição externa, ou seja, a partir do “outro”, ou de dentro para fora, logo, em relação ao “outro”.

Para que a identificação seja construída em relação “ao outro” faz-se necessária uma ética da alteridade, ou seja, “[...] uma ética antropológica da solidariedade que parte das necessidades dos segmentos excluídos e se propõe a gerar uma prática pedagógica, capaz de emancipar os sujeitos oprimidos, injustiçados e expropriados”⁴.

As identidades latino-americanas construídas a partir do “outro”, por meio de um olhar externo, são muitas, a começar pela denominação: América Latina, termo este escolhido para homenagear Américo Vespúcio, descobridor do continente⁵. Este é

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio*. O dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010, p. 406.

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 198.

⁵ “O conceito de América – e, posteriormente América Latina – é uma construção semântica com implicações políticas, econômicas, epistemológicas e éticas que surge e se impõe em detrimento de conceitualizações e denominações originárias deste mesmo continente. O termo América, como sabemos, é uma homenagem a Américo Vespúcio, comerciante e navegador italiano que observou que as terras encontradas por Cristovão Colombo anos antes, em verdade, não se tratavam das Índias (Ocidentais), mas de um Novo (sic) Mundo. A homenagem surge em 1507 por sugestão do cosmógrafo Martins Waldseemüller, membro do destacado Ginásio Vosgense localizado na cidade de Saint Die, em Lorena, na França. Para que estivesse acomodado ao imaginário de mundo do período, o termo recebe uma flexão de gênero gramatical para o feminino, combinando, então, com as designações Ásia e África”. (PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter e QUENTAL, Pedro de Araújo In. *Colonizadores do poder e os desafios da integração regional na América Latina*. apud MIGNOLO, W. D. *Laidea de América Latina: La herida colonial y La opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007).

um dos exemplos do colonialismo, autoritarismo e submissão a que o “novo mundo”¹ foi sujeito desde o seu descobrimento.

Agora, quando se observa a América Latina a partir de um olhar interno, verifica-se que esta é o resultado de uma mistura étnica, cultural, religiosa, cujo surgimento e desenvolvimento são de particular constituição. Logo, não há uma América Latina, mas várias, o que não significa dizer que não há uma certa comunidade de heranças, origens, bases, problemas, valores e desafios entre os países que formam a América do Sul, muito pelo contrário, pois, apesar das diferenças, existe uma identidade latino-americana.

A identidade latino-americana se constituiu a partir das conquistas espanholas que transportaram para o novo mundo estruturas políticas, religiosas, jurídicas, arquitetônicas, culturais. Também, marcou o desenvolvimento dessas terras o trabalho dos africanos, escravizados e explorados, trazidos pela força para o novo continente para trabalhar de sol a sol, sem as mínimas condições de dignidade, para o enriquecimento da aristocracia escravocrata.

Também interferiu na construção da identidade latino-americana a imigração de europeus, por ter desencadeado um novo processo de integração e miscigenação étnica, cultural, religiosa, social e racial. Outro fator de mudanças de paradigmas foi o processo de êxodo rural e de industrialização dos grandes centros latino-americanos. No Brasil, com a eleição de Getúlio Vargas para Presidente, em 1930, ocorreu a

¹ “O conceito de “Novo Mundo”, ao implicar um sentido de anterioridade dos continentes europeu, africano e asiático em relação à América, silenciou a contemporaneidade histórica desta, ignorando sua coexistência com as demais regiões” (PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter e QUENTAL, Pedro de Araújo In. *Colonizadores do poder e os desafios da integração regional na América Latina*. Apud MIGNOLO, W. D. *Laidea de América Latina: La herida colonial y La opção decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007).

transposição da política café com leite (agrícola pecuarista) para a industrialização do país.

Por fim, por volta da década de 1950 teve início na América Latina um processo de militarização despótica que governou os países do continente – com mão de ferro – até por volta da década de 1980². Após este período, houve o retorno das democracias representativas, porém, os Estados nacionais encontravam-se subdesenvolvidos, endividados, não competitivos e, ainda, tendo que enfrentar as agruras da globalização.

Pelo já exposto, pode-se afirmar que a integração da América Latina é um desafio frente a todas as problemáticas enfrentadas por este continente ao longo dos anos, pois:

[...] os poderosos e envolventes processos de difusão e imposição de culturas, imperialisticamente definidas como universais, têm sido confrontados, em todo o sistema mundial, por múltiplos e engenhosos processos de resistência, identificação e indigenização culturais. Todavia, o tópico da cultura global tem tido o mérito de mostrar que a luta política em redor da homogeneização e da uniformização culturais transcendeu a configuração territorial em que teve lugar desde o século XX até muito recentemente, isto é, o Estado-nação³.

² ROUQUIÉ, Alan. *O estado military na América Latina*. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

³ SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 47.

Dessa forma, impõe-se necessário pensar como fundamentar a hibridez cultural¹ e histórica, de diversidade religiosa, política, social e jurídica da América Latina, frente ao pluralismo colonialista (espanhol, português, italiano, inglês, holandês, francês, japonês, polonês, entre outros) que se enraizou nestas terras frente às comunidades de vítimas², de forma inclusiva, de maneira a entender que tanto descendentes de brancos, negros, índios e pardos são sul americanos.

4. MOVIMENTOS SOCIAIS COMO ALTERNATIVAS PARA A LIBERTAÇÃO DA AMÉRICA LATINA

A década de 1960 foi prodigiosa para a eclosão de movimentos sociais³ no ocidente. Referidos movimentos, em um primeiro momento, surgiram como

¹ CANCINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: UDESP, 2000, p. 7.

² Terminologia emprestada por Dussel, em sua *Ética da libertação*, da Escola de Frankfurt, comumente utilizada, em especial, por Walter Benjamin.

³ “Na América Latina, frequentemente se tem preferido a expressão “movimentos populares” a “movimentos sociais” para se referir às mobilizações. Designando dessa forma ao mesmo tempo organizações de classe média, operárias e camponesas, bem como as dos habitantes dos bairros desfavorecidos, militantes e pesquisadores referiam-se à construção de uma malha das sociedades “vinda de baixo”. Assim foi que se preferiu o conceito de “popular” aos de “proletariado” e “povo”, pois remete menos a uma malha da sociedade em “classes”, definidas por uma oposição no sistema de produção, do que a sua estruturação em termos de poderes, mas também de representações. Se “popular” às vezes serve como sinônimo de “povo”, é sobretudo no sentido de “pobres”, ocupando uma posição baixa na hierarquia social dos poderes e rendas; a isto remete explicitamente a expressão inglesa “*Grass-root*”. A expressão “movimentos sociais de base” designa portanto mobilizações conduzidas principalmente por cidadãos pobres, às vezes camponeses, cujas reivindicações extremamente heterogêneas se organizaram em torno da questão das condições de vida, do acesso aos serviços públicos e dos direitos sociais” (GOIRAND, Camille.

contestadores da ordem social vigente, para então, já no final da década de 1970 e início de 1980, em especial na América Latina⁴, passaram a fazer uma severa oposição às ditaduras militares que se perpetuavam no referido continente.

*[...] enquanto que os teóricos franceses, nossos inspiradores, falavam da mudança qualitativa das funções do Estado [...], nós, latino-americanos, para explicar fenômenos semelhantes, nos fixamos na crítica ao autoritarismo de nossos governantes, deixando de lado as transformações substantivas do aparelho de Estado*⁵.

Especialmente, com o apoio da Igreja Católica, esta, influenciada pela Teoria da Libertação, desenvolveu-se no continente sul americano, um movimento social que pretendia obstacularizar as políticas tiranas e desumanas dos governos militares e a reconstrução da sociedade através do ideário da cidadania e da democracia inclusiva, frente à afirmação da dignidade dos menos abastados e humildes.

Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada. Est. Hist, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 44, p. 327, julho-dezembro de 2009).

⁴ “Os estudos sobre os movimentos sociais na América Latina são frutos de uma conjuntura intelectual e política bastante específica. Desenvolvida na década de 70, coincidem com o avanço do autoritarismo sobre vários de nossos países e sucedem os temas típicos dos anos 60: marginalidade e a dependência” (CARDOSO, Ruth Corrêa Leite. In www.anpocs.org.br/publicacoes/rbcs_00_03/rbcs03_02.htm).

⁵ CARDOSO, Ruth Corrêa Leite. *Movimentos sociais urbanos: um balanço crítico*. In: SORJ, Bernardo de (Eds.). *Sociedade e política no Brasil pós-1964*. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 219.

Assim, com a opção da Igreja Católica pelos “pobres” (deliberação da Conferência Episcopal de 1968, ocorrida em Medellín), a Igreja até então, sempre muito conivente e dependente das políticas colonialistas e autoritárias vividas na América Latina, agora, passa a criar um espaço de oposição e até mesmo de confronto ao poder dominante.

De forma inovadora a Igreja auxiliou na construção das ideologias, bem como, apoiou e buscou proteger (esconder) militantes. As grandes cidades, o meio rural ou os locais mais longínquos e desabitados do continente sul-americano foram “provocados” por padres para se estruturarem como movimento, para participarem da discussão social pelo respeito, pela dignidade, pela fraternidade e pela justiça.

Observa-se que os movimentos sociais surgidos neste período histórico não possuem um diferencial significativo em relação aos movimentos sociais clássicos, como por exemplo, os operários que também buscaram mudanças sociais e políticas alternativas para a sociedade de sua época. A novidade dos movimentos sociais surgidos pós 1960 está na ausência de valores, classes sociais, ideologias, ações predeterminadas, rígidas e definidas. Ao contrário, representam movimentos pela pluralidade de pensamento, de discursos, de políticas – de inclusão das diferenças, dos anônimos e excluídos¹.

Com o desfacelamento dos regimes militares por volta dos anos de 1980 e 1990, os Estados, então, fragilizados e menos corporativistas perderam sua onipotência e capacidade de retaliação das mobilizações populares. Porém, os movimentos sociais mais ligados às figuras de governo, entre eles os Sindicatos, constataram a sua desestruturação e desorganização. Encontravam-se “ligados” aos Estados em virtude da intervenção estatal e legal nas suas estruturas, mesmo não sendo partes dos

¹ GOHN, Maria da Glória. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 1997, p. 121-170.

mesmos, mas também, sem poder político, econômico e social que lhes possibilitassem “revolucionar”.

Este período histórico foi propício para a emergência das redes solidárias², de ajuda mútua, formada por populares e muitas vezes apoiadas por profissionais liberais, que passam a ter um importante papel de participação social, político e educacional para a formação e organização das classes médias e populares.

A partir dos anos 2000 os movimentos sociais, com o fim dos regimes militares - com a evolução da globalização e das mudanças das economias mundiais -, assumiram novos paradigmas de luta, defesa e reivindicação, passando a ampliar o conjunto das ações coletivas.

Além de manterem as tradicionais reivindicações, os temas concernentes aos direitos humanos foram ampliados e o discurso da garantia dos mesmos tornou-se a bandeira do milênio vindouro³.

² Termo utilizado por: GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil*. Movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005.

³ A década de 2000 parece, portanto, marcada ao mesmo tempo por elementos de continuidade e de ruptura, com transformações que podem parecer contraditórias à primeira vista. Por um lado, as mobilizações populares preservaram ou recuperaram forte intensidade, continuando a se apoiar em organizações territorializadas e extremamente fragmentadas. O discurso dos direitos e da justiça, se mudou de contexto, continua apoiado na afirmação de valores, como a diversidade cultural, assim como em construções identitárias, em particular no caso dos indígenas. Por outro lado, enquanto alguns movimentos se desfizeram e perderam toda a combatividade, outros se unificaram parcialmente em nível nacional, não obstante sua fragmentação, como no caso dos *piqueteros*, ao mesmo tempo em que passaram por um processo de institucionalização bem adiantado, fosse quando seus dirigentes eram chamados a exercer funções governamentais, fosse quando os movimentos se transformaram em partidos políticos aptos a participar da competição eleitoral. Globalmente, portanto, os movimentos da década de 2000 apresentam muitos elementos de

Mas o fundamental em relação à evolução, à história, as práticas e a efetividade das reivindicações dos movimentos sociais sul-americanos, está na capacidade do povo, como poder soberano, de exercer sua cidadania, sua responsabilidade mediante a participação direta, como interlocutor da própria existência, para a construção de uma sociedade realmente democrática¹.

Os movimentos sociais, mediante a participação popular, possuem o importante papel de produzir uma nova sociedade, onde os sujeitos, agora cidadãos, conhecem seus direitos, suas responsabilidades e suas funções na comunidade, na sociedade, no país, no continente em que vivem. São sabedores que possuem o “direito a ter direito”, mas também que precisam participar, fiscalizar, trabalhar, investir no bem comum, no respeito às diferenças, à alteridade, ao reconhecimento do outro.

continuidade em relação aos que pareciam “novos” nas décadas anteriores, ao mesmo tempo em que passaram por inevitáveis transformações. (GOIRAND, Camille. *Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada*. Est. Hist, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 44, p. 333, julho-dezembro de 2009).

¹ “Avaliações, impactos, resultados e desafios são partes do roteiro a ser perseguido pelas novas intervenções diretas. Mobilizar pessoas envolve não apenas um chamamento para uma ação diretamente relacionada com um interesse de sua categoria ou classe social. No novo paradigma, mobilizar as pessoas deve ser uma tarefa integral: mobilizar corpos, emoções, pensamentos e ação de forma que se a provoquem mudanças nos hábitos e no comportamento dos indivíduos, alterando o resultado de sua participação política, inserindo-o na comunidade próxima, ajudando a desenvolver um espírito fraterno e comunitário. No novo paradigma, não importa a ideologia política. Criar sujeitos políticos ativos com capacidade de intervir na economia – leia-se economia informal -, para melhorar a sua qualidade de vida e a da sua família” (GOHN, Maria da Glória. *O protagonismo da sociedade civil. Movimentos sociais, ONGs e redes solidárias*. São Paulo: Cortez, 2005, p. 93).

Assim, faz-se imperiosa a construção do espaço público despido do poder pelo poder, da arrogância, da ganância, mas sim, a construção de um lugar de democracia, de participação, do uso dos sentidos para escutar, enxergar o diferente. Um local de respeito ao limite do outro, da construção de uma sociedade efetivamente justa, digna, fraterna, humana, plural, onde o limite é colocado pelo reconhecimento, pelo colocar-se no lugar/situação/sentimento do outro.

[...] pressupostos como pluralidade e alteridade enquanto fundamentação de novos direitos e de múltiplas experiências de jurisdição descentralizadas expressam mais que nunca a força de resistência contra-hegemônica das formas mais recentes de lutas e de alianças entre movimentos, redes e organizações locais/globais que aspiram a um mundo mais justo, solidário e uma vida humana com mais dignidade².

Dessa forma, entende-se que a participação dos cidadãos na sociedade e nos locais de poder é fundamental para conceber, conhecer, entender a realidade, as instituições e as pessoas, para então poder fiscalizar, lutar pela punição justa e efetiva dos maus feitores sociais, dos corruptos e enganadores, bem como, para propor mudanças, criar alternativas, trabalhar para o desenvolvimento e a libertação da América Latina.

² WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. Ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 215.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A América Latina é o resultado de uma mistura, de um cruzamento de crenças, de gostos, de ideologias, de religiosidades; com um desenvolvimento peculiar, formado a partir das vivências e dos choques culturais entre os diferentes povos que habitam o Continente.

Os estudos sobre identidade permitiram um repensar das questões sociais da América Latina, criou a oportunidade de olhar a sociedade não mais como algo coeso, igual, mas agora multicultural/plural, um lugar de convívio entre diferentes grupos e etnias. Referido pensamento passou a chamar a atenção para a aceitação das diferentes ideias, da preservação do outro e de cada um.

A identidade nacional, nos países da América Latina, foi consolidada pelos Estados-nações que difundiram/impuseram uma cultura única, silenciando os grupos opositores/dissidentes. Atualmente, especialmente com a globalização, o acesso facilitado aos meios de comunicação, a queda das barreiras e a proximidade dos povos; estes grupos passaram a exigir o direito de redefinir suas identidades, pois passam a representar um grupo, com escolhas políticas próprias.

Assim, ao indivíduo – na atualidade – é permitido assumir identidades plúrimas, algumas vezes até conflitantes, pois o indivíduo não possui uma identidade única/estática, pré-estabelecida, mas esta será construída pela linguagem, pelo convívio com o outro, no meio social.

Ainda, a integração com outros povos, culturas, religiões, entre outros, possibilita a identificação e a construção de interesses comuns, a fortificação do conjunto e a possibilidade de ter maior poder de barganha diante dos colonizadores.

Dessa forma, verifica-se na América Latina um *popurri* de culturas, ideologias, religiões que fazem dela um lugar único, onde mestiços, índios, negros, pardos e brancos formam um povo.

Em relação aos movimentos sociais, consideramos que a atuação unificada e sintonizada da sociedade civil, na luta pela efetivação dos direitos humanos e pela transformação das estruturas sociais, visando um mundo justo e igualitário, é condição inerente e imprescindível para a consolidação da libertação e democratização política e social do continente sul-americano e para isso, faz-se necessário o trabalho participativo de todos os cidadãos para o desenvolvimento saudável de uma América Latina generosa, fraterna, igualitária, tolerante e liberta

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANCINI, Nestor Garcia. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: UDESP, 2000.

CARDOSO, Ruth Corrêa Leite.

In www.anpocs.org.br/publicacoes/rbcs_00_03/rbcs03_02.htm.

_____. *Movimentos sociais urbanos: um balanço crítico*. In: SORJ, Bernardo de (Eds.). *Sociedade e política no Brasil pós-1964*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

HERRERA Flores, Joaquim. *El vuelo de Anteo: direitos humanos e crítica de La razón liberal*. Bilbao: Desclee de Brouwer, 2000.

_____. *A reinvenção dos direitos humanos*. Ed. Atrapasueños, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio*. O dicionário da língua portuguesa. Curitiba: Positivo, 2010.

GOHN, Maria da Gloria. *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Loyola, 1997.

_____. *O protagonismo da sociedade civil*. Movimentos sociais, ONGs e redes solidárias. São Paulo: Cortez, 2005.

GOIRAND, Camille. *Movimentos sociais na América Latina: elementos para uma abordagem comparada*. Est. Hist, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 44, p. 327, julho-dezembro de 2009.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Sobre a fundamentação*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1993.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter e QUENTAL, Pedro de Araújo In. *Colonizadores do poder e os desafios da integração regional na América Latina*. Apud MIGNOLO, W. D. *Laidea de América Latina: La herida colonial y La opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007.

ROUQUIÉ, Alan. *O estado military na América Latina*. São Paulo: Alfa-Omega, 1984.

SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformações*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 7. ed. Saraiva: São Paulo, 2007.

_____. *Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

**O BEM JULGAR ENTRE A “AUTOREGULAÇÃO” PRIVADA
ESTABELECIDADA PELAS PARTES E A REGULAÇÃO
DA JUSTIÇA PELO ESTADO:
UMA ANÁLISE DO RITO JUDICIAL CRIMINAL DA LEI MARIA DA
PENHA A PARTIR DAS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA ADI 4244**

Priscila da Silva Barboza¹

RESUMO

A crescente utilização de técnicas de conciliação e mediação (informalização da justiça) no campo judicial brasileiro pretende viabilizar, dentre outros aspectos, um modelo de justiça mais célere e próximo do jurisdicionalizado. Essa perspectiva costuma contrastar com o entendimento tradicional de justiça que percebe no recrudescimento do rito judicial e no atendimento estrito aos ditames jurídicos a forma mais segura e imparcial de restabelecer a justiça. Diante desse paradoxo questiona-se: qual a melhor maneira de julgar? Antoine Garapon na obra *Bem Julgar* ponderou os excessos e, principalmente, as vantagens que a manutenção do rito tradicional nos julgamentos criminais possui em detrimento dos descolamentos de sentidos que a justiça de gabinete permite. Pretende-se, a partir dessa obra, interpretar a recente alteração no rito processual proporcionada pela ADI 4424 na Lei Maria da Penha. Esse

¹ Advogada, Bacharel em Direito (FURG), Mestre em Ciências Sociais (UFPeI) e Doutoranda em Direito (UFPR), priscilasbar@yahoo.com.br.

diploma legal (de 2006) inicialmente pretendeu restabelecer o procedimento criminal tradicional ao tentar se afastar do rito e dos institutos “informalizantes” inaugurados pelos Juizados Especiais Criminais em 1995. Atualmente percebe-se que as mulheres “vítimas” de violência doméstica e familiar oscilam entre necessidades privadas de “autoregulação” (ao “desistirem” das demandas de responsabilização de seus agressores) e, ao mesmo tempo, querem a manutenção das medidas protetivas em face dos seus “agressores”, a qual juridicamente incumbe ao Estado a regulação exclusiva do conflito (continuidade da demanda e consequente possibilidade de responsabilização na justiça criminal de seu “agressor”). Tais percepções foram obtidas com base em pesquisa de campo, a qual contou com entrevistas - questionário semiestruturado - junto a “vítimas” e operadores jurídicos em uma Vara Criminal no Município de Pelotas/RS.

Palavras-chaves: *ritual judiciário; Lei Maria Penha; julgar.*

ABSTRACT

The increasing use of techniques of conciliation and mediation (informal justice) in the Brazilian judicial scenario intends to facilitate, among other things, a model of justice faster and near of the jurisdicized person. This perspective tends to contrast with the traditional understanding of justice that sees the rise of judicial rite and in strict compliance with legal dictates the way more safety and impartial to restore the justice. Given this paradox ask: what is the best way to judge? Antoine Garapon at work *Well Judging* pondered the excesses and especially the benefits that maintaining the traditional rite in criminal trial has detached at the expense of the sense of justice that allows cabinet. It is intended, from this work, interpret the recent change in the rite procedural provided by ADI 4424 in Maria da Penha's Law. This law (from 2006) initially intended to restore the traditional criminal procedure to try to

move away from ritual and institutes "outside the formalities" inaugurated by the Special Criminal Courts in 1995. Currently it is perceived that women "victims" of domestic and familiar violence range from private needs of "self-regulation" (to "desist" demands accountability of their aggressors) and at the same time want to maintain the protective measures in the face of their "attackers", which legally incumbent on the State to regulate the conflict exclusively (continuity of demand and consequent possibility of accountability in criminal justice of your "aggressor"). Such perceptions were obtained based on field research, which included interviews - semi-structured questionnaire - along with "victims" and legal operators in a criminal court in the city of Pelotas/RS.

Keywords: *Ritual Judiciary; Maria Penha's Law; Judge.*

1. MODELO DE JUSTIÇA RETRIBUTIVO VERSUS MODELO DE JUSTIÇA RESTAURATIVO

No intuito de tratar a questão da “autoregulação” e da regulação estatal dos crimes de violência doméstica e familiar, faz-se necessário referir o que se entendeu por Modelo de Justiça Retributivo e Modelo de Justiça Restaurativo, considerando-se que o procedimento da Lei Maria da Penha estaria imiscuído entre esses dois polos. Aparentemente (no sentido dogmático) parecem dicotomias inconciliáveis, mas, na prática, observou-se nuances desses dois modelos de análise junto às “vítimas” de violência doméstica e familiar entrevistadas na 3ª Vara Criminal da Comarca de Pelotas, Município no extremo sul do Rio Grande do Sul.

Por Justiça Retributiva entendeu-se o modelo penal tradicional em que predominam características como “uso dogmático do direito penal”, “ritual solene e público”, “linguagem, normas e procedimentos formais e complexos”, “processo decisório a cargo de autoridades (policial, delegado, promotor, juiz e profissionais do Direito – unidimensionalidade” (PINTO, 2005, p. 24-25). Esses critérios estariam próximos da perspectiva das Delegacias de Defesa da Mulher (DDM) quando do seu surgimento em 1985 em São Paulo. Esse foi um dos primeiros espaços públicos judiciais próprios a atenção desse tipo de “vítima”.

O procedimento processual tradicional se divide em duas fases: uma pre-processual e a outra processual propriamente dita. Na primeira etapa, encontra-se a polícia judiciária, na qual se inserem as DDM, as quais seriam responsáveis pela realização do Inquérito Policial (IP), cujo objetivo é realizar as investigações necessárias para subsidiar a formação da *opinio delicti* (formação do convencimento) de quem vai preparar a peça de acusação contra o “indiciado” ou “agressor”. Ao final de toda a investigação a delegada responsável tece um relatório indicando as conclusões a que chegou sobre a materialidade e autoria do evento delituoso cometido

contra a mulher. Após essa fase, dar-se-ia início à segunda etapa, marcada pelo começo da ação penal propriamente dita que, de regra, ocorreria com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (nas ações penais públicas), ou da queixa pelo advogado da “vítima” (ação penal privada) – tais encaminhamentos ocorrem caso não se entenda pelo arquivamento da peça policial e encerramento do procedimento. Logo após o recebimento pelo Juiz da denúncia (condicionada ou não à representação) ou da queixa, o procedimento prossegue com outros encaminhamentos.

Como se pode perceber, o procedimento criminal é totalmente regulado pelas autoridades judiciais, além de se atentar estritamente para conceitos bastante dogmáticos como materialidade, autoria, *opinio delicti* etc. Assim, está-se diante de um modelo de justiça bastante tradicional em que “vítimas” e “ofensores” percorrem o sistema de justiça criminal atuando como elementos de regulação do Estado.

No entanto, em 1995, a Lei n.º 9.099 de 1995 institucionalizou os denominados Juizados Especiais Criminais (JECrims), os quais instituíram um outro tipo de modelo de Justiça, denominado de Restaurativo e, conseqüentemente, um novo procedimento processual em contraponto àquele (tradicional). Enquanto no procedimento tradicional se tinha a figura jurídica do IP, o novo procedimento (Restaurativo) instituiu o que se denominou de Termo Circunstanciado (TC). Esse termo seria uma espécie de boletim de ocorrência policial mais completo. Segundo o Juiz Guilherme de Souza Nucci, “[...] a autoridade policial elabora um termo contendo todos os dados necessários para identificar a ocorrência e sua autoria, encaminhando-o imediatamente ao Juizado Especial Criminal, sem necessidade de maiores delongas ou investigações aprofundadas. [...]” (NUCCI, 2007, p. 155).

Ou seja, houve uma simplificação considerável da fase pré-processual com relação ao IP, pois, segundo a lei 9.099/95, o TC deveria ser imediatamente enviado pela Delegacia ao Judiciário. Em seguida os envolvidos seriam notificados a

comparecer em audiência (audiência preliminar no Fórum). A presteza no encaminhamento dos TC aos Juizados, aliado a simplificação que esse termo significou às investigações, propiciou uma aceleração no desempenho do trabalho jurídico nas duas fazes (pré-processual e processual).

Cabe salientar que os tipos penais que passaram a ser processados pelos JECrins foram os delitos de menor potencial ofensivo: aqueles com pena máxima não superior a dois anos e as contravenções penais. Sendo assim, os JECrins não foram criados para atender especificamente os delitos contra a mulher. No entanto, a realidade da *práxis* jurídica revelou o contrário. Segundo alguns estudiosos (AZEVEDO, 2008; DEBERT, GREGORI, 2008) os Juizados tornaram ativas algumas investigações que acabavam arquivadas pelas autoridades policiais nas DDM e nem chegavam ao Judiciário, pois esses delitos classificados como “menores” não apresentavam repercussão social significativa, sendo muitas vezes preteridos em função de crimes “maiores” noticiados nas delegacias. Esses crimes “menos importantes” que geralmente envolviam violência doméstica e mulheres passaram a ser autuados nos TC e remetidos ao Fórum, sendo apreciados pelos juízes. Como muito bem elucidaram Debert e Gregori sobre os JECrins: “[...] Criados para assumirem na prática uma parcela dos processos criminais das varas comuns, [passaram] a dar conta de um outro tipo de infração que não chegava às varas judiciais.” (DEBERT; GREGORI, 2008, p. 171).

Outra significativa alteração oportunizada pelos JECrins com o modelo Restaurativo foi o instituto da “mediação vítima-ofensor” por meio da composição civil dos danos e da transação penal. Em linhas gerais, ambos pretendem evitar a aplicação de medidas privativas de liberdade (de encarceramento, que estão mais próximas do modelo de Justiça Tradicional), dando-se prevalência às penas restritivas de direitos (que privilegiam o não encarceramento). Tais medidas seriam as prestações

de serviço à comunidade, cestas básicas, multas pecuniárias etc., ou seja, medidas denominadas de “despenalizadoras”. A aplicação destas medidas contaria com a participação das partes (“vítima” e “agressor”) que nas audiências preliminares teriam a opção legal de compor da melhor forma o delito levado até à Justiça, escolhendo qual medida privativa de direitos seria mais adequada para seu caso.

Assim, com relação ao modelo de Justiça Restaurativo, ter-se-ia o “uso crítico e alternativo do Direito”, “procedimento informal”, “processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – multidimensionalidade” (PINTO, 2005, p. 24-25). Tais perspectivas são condizentes com os JECrins, quando instituem um procedimento diferenciado pautado na ideia de mediação “vítima”-“agressor” e com a previsão dos TC. Ambos aspectos trouxeram mudanças ao procedimento processual penal tradicional, causando sua simplificação e celeridade, principalmente no que se refere aos delitos atinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. No entanto, esse contexto Restaurativo foi alterado em 2006 com a promulgação da Lei Maria da Penha.

2. REGULAÇÃO E AUTOREGULAÇÃO NA LEI MARIA DA PENHA

Os delitos de violência doméstica e familiar contra a mulher, considerados de menor potencial ofensivo e, assim, abarcados pela lei 9.099/95 permaneceram sendo processados nos JECrins até 2006, quando foi instituída a LMP. Entre 1995 e 2006, muito se debateu com os movimentos políticos (principalmente feministas) e com as instâncias jurídicas a respeito da adequação do modelo Restaurativo aos delitos de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Em resumo, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo mencionou que:

Nas pesquisas realizadas sobre o funcionamento dos JECrim, não há, no entanto, um consenso sobre o significado de sua implantação [...]. Alguns perceberam os JECrim como benéficos à luta das mulheres por dar visibilidade ao problema da violência de gênero, que antes não chegava ao âmbito judicial em virtude da obrigatoriedade do inquérito policial, que acabava não sendo realizado. Outros entenderam que os Juizados ampliaram a rede punitiva estatal, judicializando condutas que antes não chegavam ao judiciário, mas em muito pouco contribuíram para a diminuição do problema da violência conjugal, pela impunidade decorrente da banalização da alternativa da cesta básica. (AZEVEDO, 2008, p. 126).

Ainda que não se possam garantir quais dos aspectos – positivos ou negativos – tenham na realidade fática prevalecido, o fato é que a lei dos Juizados Especiais Criminais deixou de abarcar a competência dos crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher (ainda que a lei 9.099/1995 siga vigendo para outros tipos penais) depois de 2006. O que prevaleceu para o entendimento legal é que a aplicação frequente de cestas básicas aos delitos de gênero feminino, enquadrados como delitos de menor potencial ofensivo, não representava Justiça para as vítimas. Assim, surgiu a Lei Maria da Penha (lei 11.340/2006), restringindo expressamente em seu artigo 41 a aplicação da lei 9099/95, ou seja, a aplicação da sistemática processual preconizada pelos Juizados Especiais Criminais (decisão consensuada entre as partes). Além disso,

o artigo 17 da lei 11.340/2006 menciona a proibição de se aplicar a penalidade de cestas básicas nos casos de violência doméstica e familiar.

Percebe-se, então, que a violência doméstica e familiar contra a mulher pretendeu deixar um Modelo de Justiça Restaurativo para um Modelo de Justiça Retributivo (tradicional, dogmático e unidimensional). No entanto, a prática judiciária revelou outra tendência, ao menos no Rio Grande do Sul. Em pesquisa realizada em Pelotas, na 3ª Vara Criminal (2009-2010), percebeu-se que o Conselho da Magistratura gaúcho editou duas resoluções as quais instituíram uma audiência de conciliação (Resoluções n.º 562/2006 e n.º 571/2006).

Essa audiência denominada de preliminar teria o objetivo de buscar a “pacificação do conflito da forma mais completa possível” (n.º 562/2006, artigo 3º, inciso II). Assim, tão logo a mulher preste na DDM a notícia crime, um termo apartado ao IP deixaria a Delegacia em 48h, contendo a solicitação de medidas protetivas em favor da mulher ao Juiz, quem decide sobre o seu deferimento ou não. Após, realizar-se-ia a mencionada audiência de conciliação (audiência preliminar) antes que o IP fosse totalmente concluído. Considerando-se a grande desistência das “vítimas” em prosseguir com as demandas de responsabilização de seus agressores nas audiências preliminares, evitar-se-ia trabalho desnecessário da polícia na conclusão de um IP que seria arquivado tão logo a manifestação da “vítima” nesse sentido (desistência).

Acredita-se que a inserção dessa audiência preliminar via resolução no rito tradicional da LMP permitiu resgatar aspectos do Modelo Restaurativo inaugurado pelos JECrims, tornando a LMP um Modelo de Justiça de caráter misto. Ou seja, ora a lei presta-se a uma perspectiva “criminalizante”, “penalizante”; ora, “despenalizante”, “informalizante”. Dito de outra forma, a inserção dessa audiência preliminar permitiu que as mulheres “vítimas” “autorregulem” seus conflitos de forma a aumentar ainda mais as desistências com relação às demandas judiciais levadas à Justiça. Ao

antecipar-se a oitiva das “vítimas” antes que o IP seja totalmente concluído retira-se o caráter tradicional do Modelo Retributivo, o qual pretende regular os conflitos de violência sem que as partes exerçam o instituto de mediação “vítima”-“ofensor” preconizado pelos JECrins.

O antropólogo Teófilos Rifiotis caracteriza esse fenômeno de imbricamento entre as diversas perspectivas do campo penal (informalização e penalização) e as expectativas de parte dos movimentos feministas como uma “situação-problema”. De fato, “[...] Critica-se a mediação por reproduzir a condição de desigualdade, mas a intervenção penal do Estado priva a vítima de seu espaço e anula o exercício de seu poder de decisão. [...]” (2008, p. 230). Ou seja, a mediação própria de um modelo de Justiça Restaurativo, ainda que permita aos envolvidos conciliarem a melhor forma de equacionar o evento delituoso, permitindo o diálogo e não só a imposição pela Justiça de uma penalidade, poderia contribuir para perpetuar a situação de submissão que a mulher teria frente à figura masculina em uma sociedade desigual como a brasileira – como acredita parte do movimento feminista. No entanto, uma política de Estado como é a Lei Maria da Penha, baseada na perspectiva de uma maior punição, de polarização “vítima” e “acusado”, bem como na noção de que caberia ao Estado aplicar o *jus puniendi*, poderia conter traços de inocuidade por não apreender a complexidade das relações sociais de violência, nem mesmo permitir o “empoderamento” feminino e o diálogo entre os envolvidos na situação de violência.

3. BEM JULGAR E A ADI 4424

Junto a esse contexto ressalta-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4424 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em fevereiro de 2012. Esta ação foi julgada procedente com relação aos artigos 12, inciso I; 16 e 41 da Lei Maria da Penha. Dentre tantos outros aspectos estabeleceu que os crimes de lesão

corporal leve e culposa praticados contra a mulher em ambiente doméstico têm natureza de ação penal pública incondicionada, portanto, não necessitam do consentimento da ofendida para que o Ministério Público ingresse com a peça de denúncia, dando início à responsabilização do “ofendido”. Esse posicionamento tornou-se importante, considerando-se que tais violências são as mais praticadas contra as mulheres. Note-se: por não se aplicar mais os ditames da lei dos JECrins à LMP, a previsão do artigo 88 da lei 9.099/1995 (na qual consta que os tipos penais de lesão corporal leve e culposa estão sujeitos à representação da ofendida) não mais faria sentido para a LMP. Assim, tais crimes estão sujeitos a ação penal pública incondicionada quando praticados em situação de violência doméstica e contra a mulher.

Cabe ressaltar que os demais tipos legais (encontrados no Código Penal, ou em outras leis esparsas que não a Lei 9.099/95) não tiveram a natureza da sua ação penal modificada. Assim, continuam sendo crimes sujeitos à ação penal condicionada à representação da ofendida quando assim estiver estipulado em lei e, portanto, sujeitos ao artigo 16 da LMP, como é o exemplo dos crimes de ameaça e dos crimes que atentem contra a dignidade sexual.

Conforme bem resumiu Norberto Pancaro Avena:

Considerando este impasse criado na doutrina e jurisprudência, a Procuradoria Geral da República intentou perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424, objetivando conferir ao art. 16 da Lei 11.340/2006 interpretação conforme a Constituição Federal para que fosse restringida a sua aplicação apenas aos crimes em que a

necessidade de representação esteja prevista em ato normativo distinto da Lei 9.099/1995 (por exemplo, o crime de ameaça, que se procede mediante ação penal pública condicionada por força do art. 147, parágrafo único, do Código Penal). (AVENA, 2012).

Diante desse contexto cabe observar que a ADI 4424 do STF teria retomado com força o Modelo de Justiça Retributivo ao afastar qualquer dúvida com relação à aplicação da Lei 9.099/95 e, conseqüentemente dos seus institutos despenalizadores e relativos à mediação “vítima”-“ofensor”. Dessa forma, a audiência preliminar instituída pelas resoluções citadas anteriormente pelo Conselho da Magistratura gaúcho perdeu o sentido, não sendo mais aplicada no rito da LMP. Diante desse vai-e-vem de ditames legais em que Modelos de Justiça ora de imiscuem, ora se contrapõem, ficou a pergunta principal: qual a melhor maneira de julgar? De se conduzir processualmente tais demandas de violência doméstica em que necessidades de “autoregulação” e regulação se confundem?

No intuito de tentar fornecer argumentos para responder tais questões é que se faz menção à obra do antropólogo francês Antoine Garapon *Bem Julgar* na qual realiza um ensaio sobre o ritual judiciário na França, refletindo, dentre tantos outros aspectos, na importância do ritual nos procedimentos administrativos jurídicos. Garapon coloca-se contrariamente ao que ele denominou de justiça de gabinete, ou justiça informal (“informalização”).

A justiça de gabinete parte da ideia de que, no fundo, não há melhor juiz para o casal do que o próprio casal. Efectivamente, se o conhecimento da realidade é o único

critério de julgamento que subsiste, ninguém nos conhece melhor que nós mesmos! Esta concepção do julgamento é uma desconfiança do direito para consigo mesmo: a justiça de gabinete acredita mais na ‘naturalidade’ das regulações sociais do que nas suas próprias categorias jurídicas, consideradas ‘artificiais’. Sob o pretexto de interferir o menos possível na vida individual e de não ‘desnaturar’ os recursos psicológicos dos interessados pela via do judiciário, é o inverso que ocorre: uma desnaturação do judiciário por parte da psicologia. (GARAPON, 2000, p. 265-266).

O autor pontuou que a justiça considerada informal estaria deslegitimando as categorias da ciência jurídica cuja função é criar a percepção de distanciamento tão necessária ao ato de julgar. Está-se a tornar psicológico algo que deveria ser retraduzido para a linguagem do direito e suas categorias, ainda mais em se tratando de questões de violência doméstica e familiar como a LMP, objeto do artigo em questão.

Em pesquisa qualitativa realizada com mulheres 12 “vitimadas” por esse tipo de violência no Município de Pelotas/RS em 2009 e 2010, antes do julgamento da ADI 4244 (em 2012), houve a oportunidade de questioná-las com relação à audiência preliminar instituída pelas resoluções do Conselho da Magistratura gaúcha, no sentido de ser importante ou não terem a possibilidade de “autoregularem” seus conflitos¹. As

¹**11.4** “Como você percebe a possibilidade inscrita na LMP da mulher vir ao Judiciário, em audiência, manifestar-se a respeito do prosseguimento ou não da demanda judicial? Ruim, desnecessária(); Boa, necessária(). Por quê?”

opiniões ficaram bastante divididas entre os grupos (mantém e desistem)¹, embora, de forma geral, as “vítimas” tenham expressado mais vezes que consideram boas tais audiências (8 das 12 mulheres). Isso demonstrou que a perspectiva “informalizante” do campo jurídico penal, seria bastante aceita pelas “vítimas”. Nas palavras das entrevistadas (a primeira manteve o prosseguimento da demanda na Justiça e as outras desistiram):

Relato da vítima: “Sim é importante. (Priscila: por que? Por que tu acha legal que eles te ouçam?). Vítima: porque tem várias mulheres que mudam de opinião não é? E é bom por isso por que tem mulher que se arrepende e volta atrás, tem homens que melhoram, tem homens que pioram. (Entrevistada C, 20 anos, parou de estudar).

Relato da vítima: “Acho que é interessante nós termos esta opção do sim ou não. (Priscila: e por quê?). Vítima: tu imaginas, tu voltas para o teu marido, e segue o processo, e tu continuas respondendo processo, e vivendo com aquela pessoa. (Priscila: então a senhora acha interessante ter esta opção, em caso de reconciliação?). Vítima: sim, claro”. (Entrevistada L, 43 anos, do lar).

¹ As 12 entrevistadas foram divididas em dois grupos: aquelas que optaram por manter o prosseguimento da demanda de responsabilização contra seus agressores na audiência preliminar e aquelas que desistiram do procedimento em juízo.

Relato da vítima: “Eu acho bom a gente ter opção de escolha, ...acho bom pelo seguinte, até mesmo porque ninguém força a nada né, porque se eu falar que eu não acho bom, aí tem muita gente que as vezes precisa que nem no meu caso, amanhã ou depois eu posso precisar entendeu? Não é mesmo? Não, não, eu acho assim, que é muito bom a pessoa ter opções de escolha.., assim, ter opção de levar adiante ou desistir”. (Entrevistada I).

Primeiramente esperou-se que os grupos (mantém ou desistem) tivessem posicionamentos bastante distintos e coerentes com suas manifestações nas audiências preliminares, mas não foi o que se observou. Mesmo aquelas mulheres que mantiveram o procedimento e, portanto, esperava-se um posicionamento a favor da regulação do conflito pelo Estado, não se mostraram firmes nessa posição, terminando por ressaltar a importância da “vítima” decidir com relação ao conflito conjugal (todas as entrevistadas eram namoradas, esposas ou companheiras de seus “agressores”). Nesse sentido, parece ter razão Antoine Garapon nas suas considerações, pois ao informalizar-se os procedimentos jurídicos perdem-se as categorias jurídicas que permitem o distanciamento necessário para realizar-se um bom julgamento, o qual fica a cargo da própria “vítima” que está imersa na situação de conflito e, assim, não é capaz de vislumbrar os tipos penais infringidos com a violência (lesão corporal leve, ameaça, etc.). Ademais, as entrevistas com essas mulheres permitiram perceber que suas preocupações estão centradas em problemas que circundam as situações de violência e ameaça. Muito mais impactante para elas é a proteção dos filhos, situações de ciúmes entre o casal, a necessidade de negociar divórcios, pensões alimentícias, do

que propriamente eventuais agressões que fizeram com que tais mulheres fossem até a Delegacia.

Junto a esse contexto, soma-se outra importante percepção encontrada nas mulheres entrevistadas em Pelotas/RS. A observação sistemática de 93 audiências no período de 23 de setembro a 28 de outubro de 2010 permitiu captar que as medidas protetivas¹ encontradas na LMP são um dos principais motivos que levam tais mulheres até a Justiça, ao menos em Pelotas. Em quase todas as audiências assistidas, as mulheres “vítimas” questionaram tanto a Promotora, quanto a Juíza, sobre a possibilidade de desistirem da demanda e continuarem com a vigência da medida, possibilidade inexistente na LMP. Essa tensão estaria muito presente, tenham as “vítimas” optado por desistir, ou por manter as demandas.

Percebeu-se, também, que traria conforto às “vítimas” a informação de que elas podem solicitar novamente tais medidas na Delegacia caso se façam necessárias, principalmente para as mulheres que desistem do expediente judicial. Esse discurso protetivo seria fomentado inclusive pelos “compromissos de não perturbação” que as agentes jurídicas propõem às partes no momento da audiência, os quais seriam aceitos pelos envolvidos após o esclarecimento enfático da importância jurídica de ser preservar a integridade física e emocional de ambos, “vítimas” e “agressores”. Ou seja, o discurso protetivo seria também enfatizado pelo próprio campo jurídico, além de ser o principal motivo de levar as mulheres “vítimas” de violência doméstica e familiar de Pelotas ao Judiciário e à Delegacia.

¹ A respeito das medidas protetivas constantes na LMP – artigos 22 a 24 da Lei Maria da Penha, as mais recorrentes foram as de (1) separação de corpos, (2) a proibição de aproximação da “vítima”, seus familiares e testemunhas, sendo fixado um distância mínima entre “agressor” e “ofendida” e (3) restrição ou suspensão de visitas do “agressor” aos filhos da “vítima” ou do casal.

Em suma, percebeu-se que as audiências preliminares transpareceram a seguinte tensão: as “vítimas” querem manter a regulação do Estado por meio do alcance de medidas protetivas em seu favor e, ao mesmo tempo, desistir das demandas de responsabilização de seus “agressores”, permitindo que as partes “autorregulem” eventual situação delitiva. Nessa situação percebe-se que as categorias jurídicas (punição, tipo penal, medidas protetivas) são confundidas, como teria referido Garapon em seu livro *Bem Julgar* ao contrapor-se à justiça de gabinete. Ademais, os operadores do Direito em Pelotas/RS costumam assegurar às “vítimas” que, mesmo desistindo das demandas, teriam a possibilidade de requerer novas medidas protetivas em nova situação de conflito na Delegacia, perspectiva que parece distanciar-se um pouco das pretensões Retributivas contidas no Modelo de Justiça preconizado, ao menos no início da vigência da LMP, o qual teria sido retomado com o julgamento da ADI 4424 pelo STF. Em fim, a LMP estaria a cumprir sua função de proteção das “vítimas”, mas não tanto a de garantir eventual punição dos “agressores”, que antes dependia essencialmente da “vítima” e que hoje recaiu de forma mais pontual para a Justiça (após ADI).

Antoine Garapon pontuou ainda que “o papel do juiz encontra-se profundamente modificado” (2000, p. 264), pois a falta de um contraditório definido levaria o julgador a posicionar-se frente à realidade que necessita dar uma resposta por meio de um “estatuto jurídico mal definido”, ou, como o mesmo autor colocou mais adiante: “o juiz [...] espera encontrar a justiça nos próprios fatos” (2000, p. 266), prescindindo assim do Direito. Interessante também quando Garapon aponta que o justificável na justiça informal não conseguiria identificar claramente quem é o seu adversário na Justiça, proporcionando-se “o espetáculo do ônus sem acusação” (2000, p. 265).

Com relação à LMP, questiona-se se a própria situação de conflito doméstico de foro íntimo e conjugal seria capaz de conter em si as soluções desejáveis para a “vítima” e necessárias à “Justiça”, partindo-se de um modelo Retributivo e até mesmo Restaurador. Ademais, no instante em que “vítima” e “agressor” em audiência confirmam que seria melhor desistir da demanda em juízo e que entraram em acordo, questiona-se quem seria de fato o verdadeiro “ofensor” naquela situação. Segundo as entrevistadas em Pelotas/RS, elas também se sentem culpadas pela situação de violência ou ameaça, confirmando a percepção de Maria Filomena Gregori de que, para essas mulheres “vitimadas”, a violência é uma situação relacional e não polarizada como pretende o Direito, principalmente quando este estipula em lei a possibilidade de existir um “ofensor” e uma “vítima” tão-somente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, pretendeu-se questionar os Modelos de Justiça contidos nas legislações que tentam coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Pontuou-se o Modelo Restaurativo dos JECrins que, embora não tenha sido criado especificamente para atender a esse tipo de violência, foi capaz de revelar tais conflitos que antes não chegavam até as Varas Criminais. Posteriormente, contrapôs-se o Modelo Retributivo que a LMP tentou retomar em 2006, mas que teria sido mitigado com a instituição de uma audiência preliminar pelo Conselho da Magistratura gaúcho. Por fim, tem-se o julgamento da ADI 4424, que pretendeu afastar de vez os institutos presentes da Lei 9.099/1995, reafirmando, assim, a necessidade de se manter o Modelo Retributivo em face do Restaurativo.

Diante dessa alternância de Modelos de Justiça que ora se afastam, ora se imiscuem no trato dos delitos de violência doméstica e familiar, chamou-se a atenção para a obra *Bem Julgar* de Antoine Garapon. Este pontuou os problemas do que

denominou de justiça de gabinete (“informalização”) diante das vantagens dos rituais processuais, os quais permitiriam o distanciamento necessário ao ato de julgar, assim como privilegiariam a identificação do “adversário” e o contraditório, entre outras questões.

Com relação à LMP, longe de se chegar a uma conclusão para esse debate, mencionou-se que a tensão entre a “autoregulação” e a regulação pelo Estado do conflito se tornou evidente no momento em que as “vítimas” de Pelotas/RS pretendem manter a medida protetiva e, ao mesmo tempo, desistir da demanda de responsabilização de seus agressores. Questionou-se até que ponto o Modelo Restaurativo estaria a atender aos anseios de tais mulheres e o quanto das categorias jurídicas se perderiam nessas audiências preliminares. Situação que deixou de existir com a ADI 4424, já que hoje não mais se permitiria a desistência do processo diante de crimes recorrentes como os delitos de lesão corporal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo Penal para Concursos Públicos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2012. (Série Concursos Público).
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Sistema Penal e Violência de Gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06*. Revista Sociedade e Estado, v. 23, n.1, p. 113-135, 2008.
- BRASIL. Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul. *Resolução n.º 562 e 571 de 2006*.
- _____. Lei dos Juizados Especiais Estaduais. *Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008c. (Vade Mecum).
- _____. Lei Maria da Penha. *Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008d. (Vade Mecum).
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI n.º 4424/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 09/02/2012.
- DEBERT, Guita Grin; GREGORI, Maria Filomena. *Violência e Gênero. Novas propostas, velhos dilemas*. Revista Brasileira de Ciências Sociais. 2008. (Volume 23; n.º 66).

GARAPON, Antoine. *Bem Julgar – ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: BRASIL. Ministério da Justiça; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD. *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005.

RIFIOTIS, Theophilos. *Judicialização das relações sociais e estratégias de reconhecimento: repensando a ‘violência conjugal’ e a ‘violência intrafamiliar’*. Revista Katálysis, v. 11, n. 2, p. 225-236, 2008.

O PODER JUDICIÁRIO COMO ATOR POLÍTICO NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: LITÍGIO ESTRATÉGICO NA CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO¹

Heloisa Fernandes Câmara²

Felipe de Queiroz Telles³

RESUMO

A mudança efetiva de regime político após períodos excepcionais decorre de uma série de fatores que compõem a chamada justiça de transição, a qual tem por função principal promover a superação efetiva do passado autoritário para a construção da democracia. No Brasil a transição teve caráter marcadamente pactuado e para parte da doutrina esta configuração repercute na manutenção de resquícios autoritários na democracia atual. No Brasil, os procedimentos envolvendo a justiça de transição

¹ O artigo é uma releitura de "O Papel do Judiciário na Investigação e Punição dos Crimes Ocorridos na Ditadura Civil" de autoria de Heloisa Fernandes Câmara apresentado no IV Seminário de Sociologia e Política no GT 6 "Pesquisando a Política na América Latina". Agradeço às contribuições das professoras Luciana Fernandes Veiga e Maria Celina D'Araújo que permitiram aprimorar o artigo. O atual trabalho foi atualizado com o estudo dos casos mais recentes.

² Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, graduada em Direito na mesma instituição. Professora de Direito Constitucional e Direitos Humanos no Centro Universitário Curitiba. Participante do grupo de pesquisa Constitucionalismo e Democracia (UFPR). Email: heloisafcamara@yahoo.com.br

³ Acadêmico de graduação em Direito no Centro Universitário Curitiba, atualmente cursando o 4º ano do curso e elaborando seu Trabalho de Conclusão, com o título "A Promoção da Justiça de Transição pela via Judicial no Brasil". Email: telles7@gmail.com

tradicionalmente não envolvem o judiciário, especialmente em decorrência da promulgação da Lei de Anistia de 1979. Entretanto, atualmente tem havido várias ações judiciais tanto na esfera cível quanto penal, as quais tem por objetivo principal a concretização do direito à verdade e à memória, bem como a construção de um espaço simbólico de superação do passado autoritário. Estas demandas têm enfrentado dificuldades decorrentes da interpretação dada pelo STF na ADPF 153 sobre a recepção da Lei da Anistia, utilizando como principais argumentos os deveres estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, e especialmente o precedente dado pela condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) envolvendo o dever de localizar os corpos dos desaparecidos no Araguaia. Este trabalho, em desenvolvimento, parte da literatura acerca da justiça de transição para analisar algumas destas demandas judiciais envolvendo o direito à verdade e a memória no Brasil enquanto litígios estratégicos. Estes processos são ajuizados tanto por atores não estatais, quanto estatais (notadamente o Ministério Público Federal), e, em ambos os casos, têm repercussões coletivas. Assim, parte-se dos argumentos jurídicos invocados e das decisões judiciais (nos casos em que já houve sentença) para analisar as possibilidades de sucesso destas demandas e de seu potencial de concretização dos pilares da justiça de transição.

Palavras-chave: justiça de transição; ditadura militar; litígio estratégico, ADPF 153.

ABSTRACT

The effective change of a political regime after an exceptional period comes from a lot of factors that compose the so called Transitional Justice, that has the primary function of promoting the true overcoming of an authoritarian past seeking the construction of democracy. In Brazil, the transition was an agreement and for a part of the doctrine this reverberates in the maintenance of remnants of authoritarianism in actual

democracy. In the country, the procedures of Transitional Justice traditionally do not involve the Judiciary, specially due the Amnesty Law of 1979. However, now-a-days there are a lot of civil and criminal lawsuits, which has the goal of substantiation of truth and memory, as well the construction of a public space of overcoming of the authoritarian past. This causes has faced odds due the understanding of the Supreme Court in “ADPF 153” about the reception of the Amnesty Law, using as major arguments the duties established in International Human Rights Law, and specially the precedent given in the condemnation of Brazil on Interamerican Human Rights Court involving the duty of finding the missing bodies of the Araguaia Guerrilla. This research starts in the lecture of Transitional Justice to analyze some of these lawsuits involving the right of truth and memory in Brazil as strategic litigations. These cases are filed by state-actors (specially federal prosecutors) and nonstate-actors, and, in both cases, has public repercussion. Thus, starting from juridical arguments and legal decisions (in the cases with sentence), the possibility of success of these lawsuits and it’s potential of substantiation of Transitional Justice stanchion will be analyzed.

Keywords: *transitional justice; military dictatorship; strategic litigation, ADPF 153.*

INTRODUÇÃO

Justiça de Transição pode ser conceituada como o conjunto de estratégias e mecanismos judiciais e não judiciais voltado para o estudo da maneira como as sociedades lidam com o legado de determinado período em que ocorreram violações de direitos humanos em massa, com enfoque na necessidade de superação do passado autoritário e passagem para a democracia.

Tais atividades são pensadas a partir de uma mudança política e visam promover, na nova ordem política e jurídica, a reforma das instituições, de forma a democratizá-las, bem como prestar a adequada reparação às vítimas, seus familiares e à sociedade como um todo, pelos crimes cometidos no regime anterior.

O objetivo do instituto da transição é prestar os devidos esclarecimentos históricos, exibindo a verdade sobre os fatos ocorridos, em homenagem à memória da sociedade, assim como atribuir responsabilidades, efetivar a normalização das funções de justiça e do Estado de Direito e garantir que as atrocidades não se repitam¹².

As experiências históricas mostram que a justiça de transição repousa sobre quatro pilares, ainda que a maneira como cada Estado articule-se varie enormemente em cada um deles: a) reparação às vítimas dos atos excepcionais; b) a reforma das instituições; c) direito à memória e à verdade; e d) a responsabilização dos agentes perpetradores das violações aos direitos humanos.

A justiça de transição no Brasil se deu, de forma preponderante, no campo das reparações, através das Leis nº 9.140/1995 (que instituiu a Comissão de Mortos e

¹ UN, Security Council. **The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies.** Report of the Secretary-General, S/2004/616.

² Cabe ressaltar, neste momento, que o conceito de justiça de transição vem sofrendo críticas quando utilizado em relação ao Estado brasileiro nos dias de hoje, ao argumento de que a transição em nossa sociedade já findou-se, restando infundamentada a aplicação do conceito.

Desaparecidos) e 10.559/2002 (a qual instituiu a Comissão de Anistia), responsáveis pela concessão de indenizações de forma individual e coletiva, pagas em prestação única ou mensal (de acordo com a definição legal) àqueles atingidos por atos de exceção.

O presente trabalho limitar-se-á às possibilidades de utilização do poder Judiciário para a efetivação dos pilares da Justiça de Transição e as possibilidades da utilização de demandas judiciais para a concretização do imperativo de memória e verdade.

O direito à memória e a verdade¹ vem sendo reconhecido e efetivado de forma lenta, não obstante a recente instituição da Comissão da Verdade, através da Lei nº 12.528/2011. É fundamental que a verdade não seja tão somente fornecida pelo Estado em relatórios oficiais, mas também que seja construída por iniciativas populares, uma vez que a própria sociedade é titular do direito à verdade e construtora da memória. Ademais, os processos judiciais envolvendo a Justiça de Transição são essenciais para o reconhecimento da verdade pelo Estado, e podem ter como resultados a satisfação das vítimas, mas também a modificação de condutas por parte do Estado, conforme melhor será demonstrado adiante.

Em nosso país, assim como em vários países da América Latina, houve uma Lei de Anistia², que obistou o campo de responsabilização dos agentes de Estado. Assim, o judiciário tem se eximido, de forma generalizada, de processar as demandas

penais que lhe são apresentadas com este objetivo e, até mesmo, as demandas referentes a outros campos da Justiça de Transição. A interpretação dada pelos tribunais, em geral, é de que o assunto está “encerrado” pelo disposto na Lei.

Surge então a necessidade de buscar alternativas para efetivar os quatro pilares da justiça de transição, com o fito de fortalecer e consolidar nossa democracia. Uma das alternativas que será analisada neste trabalho consiste na provocação do judiciário pátrio através de litígios estratégicos, para através de casos paradigmáticos alcançar mudanças sociais. Tais casos são escolhidos como instrumentos para a transformação da jurisprudência dos tribunais e formação de precedentes. Com isto, pretende-se alterações legislativas e/ou de políticas públicas³.

O objetivo de quem litiga estrategicamente não se limita à solução do caso concreto, mas volta-se para o espraçamento dos resultados. Não é uma “advocacia” voltada ao cliente, mas sim ao problema⁴. Isto significa que para além da justiça no caso e para o demandante, o que se espera deste tipo de litigância é uma mudança social que abranja outros atores. Assim, o caso judicial é utilizado como um “pontapé” para alcançar resultados mais amplos.

Isto fica claro quando consideramos o caráter coletivo da justiça de transição, que mesmo quando busca soluções individuais para vítimas, está, também garantindo-se à sociedade em geral o direito à construção da memória e identidade, bem como cumprindo um papel preventivo e educativo, ao confiar às gerações futuras a responsabilidade de evitar a ocorrência de tais práticas.

O presente trabalho analisará, então, a promoção da justiça de transição por intermédio do litígio estratégico, colocando o poder Judiciário como ator político.

¹ Embora não exista de forma tipificada, o direito à memória e à verdade tem sido entendido como o direito que as sociedades têm de conhecer o passado autoritário, de maneira a poder traçar uma narrativa que concilie a memória dos que foram subjugados pelo regime autoritário. Logo, é necessário sair da narrativa oficial para reconhecer as vítimas do regime e suas histórias.

² BRASIL. Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979. Concede Anistia e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 de agosto 1979.

³ CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio Estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum 2012. Pág. 41.

⁴ Ibidem. Pág. 41/42.

Desta forma tanto as demandas propostas na esfera cível quanto penal, tanto os casos propostos pelas vítimas e suas famílias, quanto as proposta pelo Ministério Público Federal são lidos a partir da lente da justiça que ultrapasse o caso e atinja a sociedade brasileira na concretização do imperativo de “não repetição” dos atos autoritários.

2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO FUNDAMENTAL Nº 153 OU COMO O STF NÃO PASSA NO TESTE DA DEMOCRACIA

A primeira demanda a ser analisada como litígio estratégico, apesar de não ter sido bem-sucedido, é a ADPF nº 153, interposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ao Supremo Tribunal Federal. A propositura foi impulsionada por constantes discussões sociais instauradas ao longo de vinte e cinco anos de democratização e por uma audiência pública realizada pela Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, em junho de 2008. Nesta audiência o Estado brasileiro discutiu, pela primeira vez a possibilidade de processar judicialmente os agentes públicos que cometeram crimes contra os direitos humanos durante a Ditadura, a OAB questionou o § 1º do art. 1º da Lei de Anistia:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes

Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. (grifou-se)

[...]

A OAB pleiteou na ADPF que o STF desse:

uma interpretação conforme à Constituição, de modo a declarar, à luz dos seus preceitos fundamentais, que a anistia concedida pela citada lei aos crimes políticos ou conexos não se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos durante o regime militar.¹

¹ Petição inicial da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 153, proposta ao Supremo Tribunal Federal pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. A petição é assinada pelos advogados Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro na data de 21/10/2008.

Portanto, o que se pretendia era que crimes como os de tortura, desaparecimento forçado e estupro não fossem considerados conexos, pois não são crimes políticos, mas crimes comuns e crimes que inclusive podem ser considerados contra a humanidade. Em síntese, o pedido na ação foi de que crimes comuns não sejam anistiados. Desta maneira seria possível responsabilizar penalmente os agentes estatais que utilizando-se da estrutura estatal praticaram estes atos.

Contudo, a decisão do Supremo foi de improcedência do pedido. Com relatoria do ex-ministro Eros Grau, foi defendida que a interpretação da Lei de Anistia deve se dar à luz da realidade histórica da época de sua promulgação, que seria de um amplo acordo pela anistia “bilateral”. No entendimento do ministro, aqueles que lutaram contra o regime ditatorial batalharam, ao final deste, não só por sua anistia, mas também pela anistia dos agentes de Estado e, portanto, esta concessão bilateral deveria permanecer. Foi ressaltado, outrossim, o caráter conciliatório da anistia, que, no entendimento da Corte, foi necessário ao país.

Outros ministros disseram que a discussão era meramente acadêmica e, portanto, sem importância, já que se fosse “revista” a Lei de Anistia, nada mudaria, eis que os crimes cometidos já estariam prescritos. Ainda, outro ponto a se ressaltar foi de que o pedido da OAB supostamente estaria relacionado à tese dita “dos dois lados”¹, preconizada por alguns dos ministros da Suprema Corte, em especial pelo ex-

¹ Esta tese pode ser chamada de teoria dos “dois demônios”, que coloca de um lado os agentes de Estado e de outro a oposição, e representa, para Vladimir Safatle, um “malabarismo retórico de quem acredita que ‘excessos’ foram cometidos dos dois lados e que, por isso, melhor seria deixar o passado no passado”. Em oposição, afirma-se que “um dos fundamentos da democracia ocidental consiste no direito de resistência. Em última instância, ele afirma que toda ação contra um Estado ilegal é uma ação legal”. Conferir SAFATLE, Vladimir. **Dois Demônios**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz1101201106.htm>>. Acesso em 17/11/2012.

presidente do STF, Gilmar Mendes. De acordo com essa tese, amplamente sustentada pelos meios de comunicação e por parte da classe política (obviamente com interesses bastante marcados), a Lei de Anistia somente poderia ser questionada ao todo, o que implicaria rever também a anistia concedida a militantes de esquerda².

Apenas os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto divergiram acerca da questão, defendendo que a lei não trouxe a previsão de anistia aos agentes do Estado que praticaram crimes comuns contra os opositores do regime de exceção.

A decisão foi amplamente questionada por diversos juristas e principalmente a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Isto porque a questão não é somente constitucional, mas envolve as obrigações assumidas no plano internacional, especialmente a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e as interpretações dadas pela Comissão e CIDH, como veremos a seguir.

Diante do caráter *erga omnes* da decisão prolatada pela Suprema Corte, diversas outras demandas envolvendo Justiça de Transição continuaram a ser negadas pelo Judiciário, em reafirmação da tradicional interpretação à Lei de Anistia. Foi, portanto, uma tentativa sem sucesso de litígio estratégico, que limitou o campo de atuação da justiça de transição no judiciário.

3. CASO GOMES LUND E OUTROS X BRASIL (GUERRILHA DO ARAGUAIA)

² “Trata-se de uma tardia e curiosa tradução jurídica da Guerra Fria”, como coloca Deisy Ventura em texto **“A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional”**. In: A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

Quase um ano após a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, foi publicada sentença da CIDH envolvendo o caso de Gomes Lund e outros, que versou sobre a responsabilidade do Estado em localizar os restos mortais dos membros da chamada Guerrilha do Araguaia, que foram dizimados pelo Exército brasileiro na década de 70.

O caso mostra-se, talvez, o mais importante para o viés da Justiça de Transição e dos Direitos Humanos, vez que se logrou a formação de importante precedente em âmbito internacional, no sistema interamericano de direitos humanos ao qual o Brasil está vinculado.

Não obstante, a CIDH já possuía, à época de prolação da sentença, jurisprudência consolidada acerca dos chamados crimes contra a humanidade, sua imprescritibilidade e invulnerabilidade à leis de anistia¹.

Assim, confirmando seu entendimento, a Corte declarou que a Lei de Anistia brasileira é incompatível com as obrigações assumidas na esfera internacional, especialmente no Pacto de San José da Costa Rica (ou Convenção Americana de Direitos Humanos).

A sentença determina, ainda, que o Estado brasileiro deverá esclarecer, determinar as responsabilidades penais e aplicar as sanções previstas no ordenamento interno pela “detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região”² envolvidas na guerrilha, no período da ditadura militar.

¹ Dentre os principais, podem-se citar os casos “*Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) e “*Barrios Alto vs. Peru*” (2001).

² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso “Gomes Lund vs. Brasil”, pág. 03/04. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 13/11/2012.

Ressalta-se, também, que restou declarado que: “As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis”³. Assim, o Brasil descumpriu seu dever de adequar a legislação interna ao disposto na Convenção Americana.

Por fim, o juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas pondera que:

é prudente lembrar que a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade, por serem eles insuperáveis nas existências de um indivíduo agredido, nas memórias dos componentes de seu círculo social e nas transmissões por gerações de toda a humanidade.

É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um

³ *Ibidem*, pág. 114.

novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas¹.

Fica evidente, com o precedente positivo, a importância da utilização do sistema interamericano de direitos humanos como forma de litígio estratégico. Isto porque a análise do litígio estratégico em tribunais internacionais de direitos humanos demanda que a incorporação da decisão no plano interno ocorra da maneira a propiciar mudanças institucionais e/ou políticas públicas. Assim, o sistema interamericano de direitos humanos (SIDH) deve ser entendido como mais um momento de fortalecimento dos direitos humanos, especialmente através da criação de canais entre o âmbito internacional e o local.

Contudo o Estado brasileiro demonstra uma falta de responsividade (*lack of responsiveness*), ao negar o processamento, ou, alternativamente, quando julga

¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso “Gomes Lund vs. Brasil”. Pág. 125/126. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 13/11/2012.

improcedentes no plano interno os pedidos sobre o tema. Assim, buscou-se instituições internacionais, em uma “externalização” das demandas, com o fito de introduzi-las ao ordenamento interno e obter respostas vinculantes ao Estado². Isto porque alguns temas são melhores recebidos no ambiente externo do que no ambiente doméstico. Todavia, não se trata de uma substituição da justiça interna pela justiça internacional. O que se busca é a mudança de determinada situação e da falta de responsividade através de uma cobrança internacional proveniente da decisão no SIDH.

Com a sentença da CIDH, reabriu-se o debate acerca da interpretação dada à Lei de Anistia brasileira. Retomaram-se as discussões em várias esferas da sociedade, desde a política, com a instauração da Comissão da Verdade, por exemplo, até a esfera judicial, que merece análise mais detida neste trabalho. Com o novo precedente, as ações de responsabilidade civil e penal em curso tomaram um novo rumo, assim como novas ações foram ajuizadas. Mesmo dentro do STF a discussão não chegou ao fim, vez que a OAB opôs embargos de declaração em face da decisão proferida, na qual solicitou manifestação da corte em relação a sentença dada pela CIDH. A partir daí, mesmo com a relutância de certos magistrados em respeitar a decisão da ADPF nº 153, os atores da justiça de transição contam com um novo campo de atuação em âmbito interno: a provocação via judiciário.

4. DEMANDAS CÍVEIS

Os principais atores no que diz respeito às demandas cíveis são os familiares de mortos ou desaparecidos durante a ditadura militar³. Em geral, as demandas cíveis

² CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio Estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Fórum 2012. Pág. 30.

³ Também o MPF utilizou-se de demandas cíveis. Como exemplo a Ação Civil Pública proposta pelos promotores Eugênia Fávero e Marlon Weichert em face da União e de Carlos Alberto Brilhante Ustra e Audir Santos Maciel

propostas tem por função provocar para o reconhecimento de que o Estado foi responsável pelas mortes, desaparecimentos ou torturas sofridas ou solicitam uma responsabilização moral do agente envolvido.

Neste item trataremos dos seguintes casos¹: i – ação declaratória proposta pela família Teles em face de Carlos Alberto Brilhante Ustra; ii – ação de danos morais proposta contra Carlos Alberto Ustra pela família de Luiz Eduardo Merlino por danos morais ocasionados pela tortura sofrida que levou a sua morte; iii - ação proposta pela família de João Drumond em ação de Restauração de Registro Civil para retificar seu atestado de óbito e constar que sua morte ocorreu em decorrência de tortura e o caso de Vladimir Herzog.

4.1. Família Teles² e família Merlino

Os casos envolvendo as famílias Teles e Merlino foram inovadoras pois ambas demandaram inicialmente a declaração de que Carlos Alberto Brilhante Ustra, comandante do Doi-Codi de São Paulo entre 1971 e 1974, torturou entes das famílias. O aspecto mais notável é que a demanda não envolvia nenhum aspecto pecuniário. Ou

(antigos dirigentes do DOI-CODI), solicitando que sejam informados os nomes de todas as vítimas do DOI-CODI. Ação n. 2008.61.00.011414-5 da 8ª Vara da Justiça Federal de São Paulo.

¹ Por mais que haja vários itens dos casos que podem ser consultados nos sites dos tribunais, ainda há pouco acesso às peças processuais (tanto do autor quanto do réu).

² O caso foi decidido em primeiro grau em 2008 pelo juiz Gustavo Santini Teodoro da 23ª Vara Cível central. O processo tem o número 583.00.2005.202853-5. Após recurso de Carlos Alberto Ustra o caso foi decidido pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP. O acórdão manteve a decisão.

seja, justificam-se diretamente como uma demanda envolvendo direito à verdade e à memória.

O caso dos Teles baseia-se nas torturas sofridas em 1972 por integrantes da família nas instalações do DOI-CODI de São Paulo. Maria Amélia, sua irmã Criméia, o companheiro de Amélia, César e seus dois filhos, Janaína e Edson, que no momento dos fatos tinham 5 e 4 anos, respectivamente.

O principal argumento presente na ação é que existe responsabilidade de Ustra pelas torturas sofridas pelos três membros adultos da família, e no caso das crianças a responsabilidade ocorreria pelo fato de Ustra ter levado as crianças para verem os pais – brutalmente torturados e sujos – de maneira a utilizá-los na tortura psicológica dos pais.

A ação contra Ustra não pediu nenhuma indenização pecuniária³, e teve que enfrentar o entendimento do TJ/SP em ação semelhante da família de Luiz Eduardo Merlino – conforme veremos a seguir – que acolheu recurso de Ustra de que não haveria interesse de agir. Ou seja, além do mérito da questão, o judiciário teve que analisar as chamadas questões processuais preliminares, que, caso acolhidas, fariam que a ação fosse extinta sem julgamento do mérito e arquivada.

Dentre as preliminares apresentadas estão: a- ilegitimidade passiva “*ad causam*”, b - falta de interesse processual em razão da lei de anistia, c - falta de

³ Edson Teles (2012) escreveu que a ação contra Ustra tem sido pensada pela família desde os anos 90, entretanto nenhum advogado aceitava processá-lo penalmente, tanto por eventual desconforto nacional quanto por argumentos que a Lei de Anistia barrava este tipo de reconhecimento. A ideia da utilização de uma ação declaratória veio do estudo do caso argentino, em que este foi um instrumento importante para tentar obter o reconhecimento das torturas mesmo com a vigência das leis do Ponto Final e da Obediência Devida. Estes “juízos pela verdade” foram processos importantes para a penalização dos militares argentinos nos anos 2000.

interesse processual por inadequação da ação declaratória e de falta de interesse processual em razão da prescrição da pretensão de condenação na reparação de danos morais.

A defesa de Ustra argumentou que a demanda deveria ser direcionada ao Estado e não à ele, que, portanto, seria parte ilegítima. Por falta de interesse processual pretendeu-se argumentar que a Lei de Anistia não autorizava demandas judiciais em razão dos eventos ocorridos durante o regime ditatorial, e que a ação declaratória não seria o meio jurídico adequado para tratar dos fatos. Por fim, que as demandas estariam prescritas – pois os fatos teriam ocorrido em 1972 e a demanda foi proposta em 2005. A defesa do mérito da questão foi a negativa da ocorrência dos fatos (tortura). Considerando que a existência de tortura nas instalações do DOI-CODI é fato amplamente conhecido a partir de depoimentos e fontes documentais, a questão principal reside no acolhimento ou não das exceções prévias.

O magistrado começa sua sentença argumentando sobre a possibilidade de ação que demande o agente estatal e não o Estado. A partir de utilização de doutrina acerca da responsabilidade civil do Estado (tanto no âmbito do Direito Administrativo, como de doutrinas de Direito Civil) o juiz exclui o primeiro argumento para estabelecer que é plenamente possível que a ação judicial seja contra o agente estatal. Sobre a segunda preliminar (falta de interesse processual em razão da Lei da Anistia) tampouco trouxe grandes complexidades pois é indiscutível que a anistia é um instituto do Direito Penal e aplica-se única e exclusivamente para crimes políticos ou conexos (sem aqui entrarmos no mérito do que a interpretação tem considerado como crime conexo), e não gera repercussões na esfera cível¹. Acerca da utilização da ação

declaratória o magistrado posiciona-se quanto ao cabimento, ainda que seja um instrumento atípico². Isto porque a ação declaratória tem por função declarar a existência de uma relação jurídica, mas não de condenar a algo (como pagamento, por exemplo).

Uma parte importante da sentença foi a que o juiz construiu o argumento de que a demanda não estava prescrita. Nesta parte ele utiliza dois argumentos: i – o primeiro é de que demandas envolvendo direitos humanos e direitos de personalidade não prescrevem³, e, ii - o segundo argumento é que mesmo que se possa discutir a imprescritibilidade da demanda⁴ o prazo prescricional deve ser o maior prazo do

tão-somente, que a amplitude da anistia na esfera penal em nada interfere nos direitos reconhecidos à vítima no âmbito civil”.

²Escreve o magistrado “É certo que a presente ação declaratória é bastante incomum e pode dar margem a interpretações leigas equivocadas. Para que estas não contaminem a análise, que deve ser técnico-jurídica, vem a calhar, novamente, do Tratado das Ações, o que pontifica seu autor [Pontes de Miranda] (tomo II, pág. 49) (...)’ **Nestes autos, o que se pede na inicial não é declarar que ocorreu tortura, que os autores foram torturados e que o réu é torturador, mas sim declarar que existe entre as partes relação jurídica, nascida da prática de tortura, geradora de danos morais, irrelevante, à luz do artigo 4o, parágrafo único, do Código de Processo Civil, se a indenização não foi pedida.**” (grifamos)

³ Segundo a sentença: “Em suma, a tese da imprescritibilidade deve ser compreendida nos seguintes termos: a ação declaratória não está sujeita a prazo prescricional se o seu objeto for, simplesmente, juízo de certeza sobre a relação jurídica, quando ainda não transgredido o direito. Todavia, não há interesse jurídico em obter tutela declaratória quando, ocorrida a violação (= a desconformidade entre estado de fato e estado de direito), já se encontra prescrita a ação destinada a obter a correspondente tutela reparatória.”

⁴ O juiz cita uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma, Recurso Especial nº 602.237 – PB, Relator Ministro Franciulli Netto, j. 05 de agosto de 2004, v.u., trecho da ementa), para argumentar que: **“em se tratando de direitos fundamentais, das duas uma, ou deve a ação ser tida como imprescritível ou, quando menos, ser observado o prazo comum**

¹ Conforme sentença: “admitir esta ação declaratória não representa ‘revisão da lei de anistia’, ou outra heterodoxia jurídica parecida. Significa, apenas e

ordenamento jurídico brasileiro (20 anos) e contados à partir da criação da nova ordem constitucional que começou com a constituição de 1988¹. Neste ponto o juiz passa a tratar da vedação expressa de utilização de tortura. É o único trecho da sentença em que há, efetivamente, uma discussão não processual sobre a demanda através da aplicação da teoria dos direitos humanos e fundamentais. Entretanto o magistrado em nenhum momento abordou o tema do direito à memória e à verdade, preferindo dar uma decisão “técnica” com várias citações de processualistas (nacionais e estrangeiros), civilistas e precedentes jurisprudenciais.

A sentença de primeiro grau foi procedente para Criméria, Maria Amélia e César, mas desfavorável para Janaína e Edson². Houve recurso de Ustra, o qual foi julgado em 14 de agosto de 2012 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A sentença foi

prescricional do direito civil, a menos que se queira fazer tábula rasa do novo Estado de Direito inaugurado, notadamente, a partir da atual Constituição Federal.” (grifos nossos)

¹ Conforme a sentença: “Excelentíssima Senhora Ministra Eliana Calmon, no Recurso Especial nº 602.237 – PB, g.n.: ‘Sob a égide da Constituição de 88, inaugurou-se no Brasil uma nova visão do fenômeno jurídico, dando-se primazia aos princípios constitucionais, de forma a estar o magistrado autorizado a afastar a lei ordinária, se esta colidir com algum princípio da Lei Maior. Como a Carta da República tem como um dos seus princípios fundamentais a preservação da dignidade da pessoa humana, tem-se sustentado a imprescritibilidade do direito à recomposição material ou moral, quando a lesão é causada por ato político, o qual deixa a vítima inteiramente à mercê do Estado. Daí o reconhecimento da imprescritibilidade da ação de indenização dos que sofreram tortura ou outro dano qualquer por ato praticado durante o governo revolucionário de 1964, diante da fragilidade da vítima para se insurgir contra o Estado. O entendimento acima expresso, entretanto, por se constituir em visão excepcional, tem aplicação restrita, não podendo ser estendido a todos os episódios em que houver lesão à vida, mesmo sendo esta o bem maior, acima de todos os demais direitos. (...)”

² Ao argumento de que não há provas de que as crianças à época estiveram presentes no DOI-CODI.

mantida e tornou-se um importante precedente para demandar o direito à verdade e à memória através do judiciário.

Já Luiz Eduardo Merlino era jornalista, filiado ao Partido Operário Comunista (POC), e foi preso em 1971³. Ao ser preso foi levado ao DOI-CODI em São Paulo onde foi barbaramente torturado. Como consequência da tortura teve problemas com circulação na perna e não obteve atendimento médico. Somente após a piora de seu quadro foi levado ao Hospital Geral do Exército, onde morreu. Consta que seria necessária a amputação de suas pernas, o que não foi autorizado por Ustra, o que ocasionou a sua morte. Para mascarar o que havia ocorrido, foi inventada uma versão de que Merlino havia morrido ao se jogar de um carro em movimento e ser atropelado durante uma viagem para identificação de “movimentos subversivos” no Rio Grande do Sul. O laudo necroscópico aponta morte por atropelamento, a despeito de nenhuma ocorrência ter sido feita no lugar apontado como local do atropelamento e dos numerosos testemunhos de presos do DOI-CODI.

Angela Maria Mendes de Almeida e Regina Maria Merlino de Almeida, respectivamente companheira e irmã de Merlino, já haviam proposto uma ação declaratória (nº 583.00.2007.241711-9) em face de Ustra para que restasse configurada a relação jurídica decorrente da tortura que vitimou Merlino. Entretanto a ação foi extinta em 2008 em decisão do TJ de São Paulo a um Agravo proposto por Ustra⁴. O

³ Para mais informações sobre a biografia de Merlino consultar <<http://www.torturanuncamais-rj.org.br/MDDetalhes.asp?CodMortosDesaparecidos=88>>.

⁴ O Agravo recebeu o número 568.587.4-5 no TJ-SP. Ementa da decisão: “CARÊNCIA DA AÇÃO - Falta de interesse de agir das agravadas verificada - Pretensão à declaração da existência de fato (ou ato) atribuído ao agravante (e não uma relação jurídica) - Descabimento - Demanda declaratória que a tanto não se presta - Ação que tem como objeto o desfazimento de dúvida ou incerteza quanto à existência ou inexistência de relação jurídica - Declaração

argumento foi que não havia interesse processual em agir pois “haverá falta de interesse processual se, descrita determinada situação jurídica, a providência pleiteada não for adequada a essa situação”¹. Ou seja, considerou-se que a ação não cumpria requisito processual de ter um interesse em sua satisfação. Segundo parte da decisão: “Aliás, em tese, assegura às agravadas, em defesa de seus interesses (quicá legítimos), possibilidade de novo acesso ao Poder Judiciário por via diversa da eleita, já que a ação declaratória. nos moldes em que formulada, era natimorta, fadada ao insucesso”.

Diante decisão do TJ de extinção da ação, em 2010 houve a propositura de nova ação com pedido de indenização por danos morais. Novamente a ação foi proposta contra Brilhante Ustra – e não contra a União – e pede o reconhecimento da relação jurídica ocorrida pela existência da tortura como motivo de pagamento de indenização pelos danos morais sofridos pelas autoras. Novamente Ustra alegou: i - ilegitimidade da parte passiva pois a demanda deveria ser proposta contra a União; ii- incompetência absoluta pois no caso deveria ser tratado na Justiça Federal (seguindo o raciocínio de que a parte passiva deveria ser a União); iii- identidade entre a ação e a anterior que foi julgada extinta; iv - Lei de Anistia impediria a discussão dos fatos; v – prescrição do pedido; vi – não participação na ocorrência dos fatos.

de mero fato que se reputa inadmissível - Inocorrência de qualquer juízo de valor com referência a qualquer ato supostamente praticado pelo agravante - Possibilidade de novo acesso ao Poder Judiciário, por via diversa da eleita. Extinção do processo sem resolução de mérito determinada - Inteligência do art. 267, IV Código de Processo Civil - Condenação agravadas a arcar com as verbas de sucumbência - Recurso provido”. Notar que há voto vencido (Desembargador De Santi Ribeiro) no sentido de negar a carência de interesse de agir.

¹ GRECO FILHO *apud* SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 568.587.4-5**. Agravante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Agravado: Angela Maria Mendes de Almeida e outra.

A sentença prolatada pela magistrada Cláudia Lima Menge da 20ª Vara Cível do Fórum Central de São Paulo em 25/06/2012 não acolheu as preliminares processuais e tampouco as defesas no mérito. Novamente na sentença abordou-se a completa ilegalidade da utilização da tortura, assim como foram invocados instrumentos normativos, nacionais e internacionais, de direitos humanos.

Nesta sentença, ao contrário da decisão prolatada no processo da família Teles, expressamente tratou-se do direito à verdade e à memória. Diretamente manifestou-se acerca da ADPF 153 e do fato da Lei da Anistia gerar efeitos somente na esfera penal, assim como se mencionou a decisão da CIDH e a responsabilidade do Estado brasileiro para concluir que no que tange direitos humanos a posição nacional não é soberana, mas submetida a diversos tratados internacionais.

A juíza também utilizou como argumentos algumas decisões da Justiça Federal nos quais se consolidou o entendimento que tais demandas (indenização por tortura sofrida no período excepcional) são imprescritíveis. Interessante que tanto na sentença anterior quanto nesta os magistrados notaram que as testemunhas arroladas por Ustra não puderam trazer grandes esclarecimentos, pois não viram os fatos (e neste caso uma das testemunhas só conheceu o coronel após sua aposentadoria). Neste caso houve a condenação de Ustra em indenizar em R\$ 50.000,00 (cada) a irmã e a companheira de Merlino.

A partir deste caso e do anterior é interessante notar a dificuldade do judiciário tratar de questões não patrimoniais, pois enquanto a demanda era uma ação declaratória não foi aceita, mas ao propor o pedido de indenização pôde ser recebida e satisfeita. Ou seja, o direito – e seus aplicadores – estão presos a uma lógica patrimonial, ainda que por via reflexa. Uma ofensa que não possa ser mensurada pecuniariamente traz, ainda, grandes complexidades para sua satisfação.

4.2. João Drumond e Vladimir Herzog: modificações no atestado de óbito

João Batista Franco Drumond era militante do PCdoB e foi preso em 1976, aos 24 anos, quando a direção do partido estava reunida em episódio é conhecido como “o massacre da Lapa”. João foi preso já fora da casa e levado ao DOI-CODI, onde presumivelmente morreu em decorrência da tortura sofrida. Entretanto, a versão oficial apontava para morte em decorrência de atropelamento, causa que consta em seu atestado de óbito. Sabe-se que a ditadura militar tinha entre seus colaboradores médicos-legistas que tinham por principal finalidade conceder atestados de óbitos falsos para acobertar as violências perpetradas pelo regime. Este procedimento também tinha apoio da imprensa que noticiava as versões oficiais¹.

Maria Ester Cristelli Drumond propôs em 2011 uma Ação de Retificação de Registro Civil² para que o atestado de óbito de João Drumond fosse corrigido para ao invés de constar atropelamento fosse apresentado o motivo real: a tortura sofrida.

Novamente, esta demanda tem sentido somente se a colocamos em um panorama mais amplo de direito à verdade e à memória. E foi este o entendimento do juiz da causa. O juiz manifestou-se sobre as provas acerca da morte de Drumond nas instalações do DOI-CODI de São Paulo, especialmente as provas testemunhais que não deixam muitas dúvidas acerca do fato. Portanto, restaria a questão da causa da morte. O Ministério Público estadual apresentou duas objeções ao pedido: i – ausência de prova e ii – ausência de previsão legal.

¹Ver: <http://www.torturanuncamais-rj.org.br/MDDetalhes.asp?CodMortosDesaparecidos=174>. Apesar de em alguns documentos utilizar a grafia “Drummond” neste artigo utilizamos a versão “Drumond” pois é a que consta na sentença do caso analisado.

²SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Registros Públicos. **Ação Cível nº 0059583-24.2011.8.26.0100**. Autora: Maria Ester Cristelli Drumond. Sentença prolatada pelo Juiz Guilherme Madeira Dezem.

Quanto a estas objeções o juiz Guilherme Madeira Dezem manifestou-se que a primeira não tem fundamento, pois, conforme estabelecido anteriormente, há vários testemunhos de que Drumond chegou ao DOI-CODI, foi torturado e teve socorro negado. Ademais, o Estado já reconheceu a responsabilidade na morte de Drumond em pelo menos três situações, duas administrativas e uma judicial. O reconhecimento deu através das Comissões de Mortos e Desaparecidos, da Anistia e também por sentença da Justiça Federal que confere o direito da família à indenização.

Mas é o segundo item que traz os melhores argumentos da sentença. É neste ponto que deve ser enfrentada a questão de quais informações devem constar no atestado de óbito. Segundo o magistrado³:

Aqui, a posição do representante do Ministério Público mostra-se dotada de estrita técnica e para a maioria dos casos envolvendo esta questão, não tenho dúvidas que a solução seja de improcedência.

Vale dizer: certidão de óbito não é local para discussão atinente a crime ou qualquer outro elemento passível de questionamento ou interpretação jurídica. É dizer: no atual sistema jurídico, não podem as partes pretender a retificação de certidão de óbito para que se conste que a pessoa morreu em decorrência de latrocínio, ou homicídio, ou qualquer outro elemento.

³ Ibidem.

No entanto, há detalhe neste caso que o torna diferente de todos os outros existentes no país. Este caso liga-se ao chamado Direito à Memória e à Verdade e, acima de tudo, liga-se à relação do sistema jurídico interno com a Proteção Internacional dos Direitos Humanos. (grifamos).

Esta foi a primeira sentença dentre as analisadas até agora que expressamente menciona o Direito à Verdade e à Memória. Ainda que na sentença do caso Teles houvesse menção à tratados internacionais de direitos humanos, e na decisão do caso Merlino também mencione a decisão da CIDH, é aqui que percebemos a defesa de um direito autônomo à verdade como motivo para excepcionar algumas noções jurídicas (especialmente a de que no atestado de óbito não cabe discutir fatos)¹.

Ou seja, o juiz reconheceu o papel do judiciário não somente na decisão do caso individual, mas também em sua dimensão coletiva proveniente das obrigações e responsabilidade do Estado brasileiro. É com esta argumentação que julgado procedente o pedido para determinar a retificação da certidão de óbito de fls. 21 para que onde se lê “falecido no dia 16 de dezembro de 1976 na Av. 9 de Julho c/R. Paim” conste “falecido no dia 16 de dezembro de 1976 nas dependências do DOI/CODI II Exército, em São Paulo” e onde se lê causa da morte “Traumatismo craniano encefálico” leia-se “decorrente de torturas físicas”.

¹ Daí a particularidade deste caso que o afasta de todos os demais com pretensões similares. Não se trata de discutir se tortura pode ser incluída como “*causa mortis*” ou não. **Trata-se de reconhecer que, na nova ordem jurídica, há tribunal cujas decisões o Brasil se obrigou a cumprir e esta é mais uma destas decisões** (grifos nossos).

Também houve sentença judicial ordenando a retificação do atestado de óbito do jornalista Vladimir Herzog², morto nas instalações do DOI-CODI. Oficialmente sua morte teria sido suicídio, mas testemunhos e novas provas – inclusive a foto inteira de seu corpo pendurado na cela – mostram que Herzog foi morto em decorrência de tortura.

O caso Herzog também foi proposto perante o SIDH com o argumento de que o Estado brasileiro não cumpriu suas obrigações de apurar a verdade³. O caso já foi recebido e aguarda decisão da Comissão Interamericana.

Novamente neste caso houve manifestação contrária do Ministério Público, o que não foi aceita pelo magistrado. A sentença ordenou que o atestado de óbito fosse alterado para que constasse que “a morte decorreu de lesões e maus tratos sofridos em dependência do II Exército – SP (DOI-CODI)”⁴.

² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Registros Públicos. **Ação Cível nº 0046690-64.2012.8.26.0100**. Autora: Comissão Nacional da Verdade. Sentença prolatada pelo Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

³ Em 1978 a viúva de Herzog, Clarice, propôs uma demanda na Justiça Federal contra a União. A sentença foi procedente para a reparação de Clarice pela morte de Vlado. Ou seja, a questão pecuniária já estava pacificada, o que faltava era o aspecto moral de correção dos registros sobre a causa da morte. Convém ressaltar a postura ativa que a comunidade judaica teve, pois recusara-se a versão oficial e o enterraram como não-suicida.

⁴ A decisão foi objeto de recurso da promotora Elaine Maria Barreira Garcia. O pedido é que haja a substituição da expressão indicada pelo juiz por aquela “morte violenta, de causa desconhecida, em dependência do 2.º Exército”. De acordo com o texto do recurso, “lesões e maus tratos” é uma expressão que não consta nas leis que definem a forma como as mortes devem ser especificadas nos documentos legais. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI6283631-EI306,00-Promotora+quer+barrar+novo+atestado+de+obito+de+Herzog.html>>. Acesso em 18/11/2012.

A partir destes quatro casos, especialmente o Merlino, percebe-se que há um movimento de utilização do judiciário como espaço de reconhecimento de casos relacionados à violação de direitos humanos no período ditatorial. Entretanto se na esfera cível tem começado a ter decisões de procedência, no âmbito penal o panorama altera-se.

5. DEMANDAS PENAIS

As demandas penais invariavelmente esbarram na interpretação que tem sido dada à Lei da Anistia confirmada pela decisão do STF na ADPF 153. O Ministério Público Federal, especialmente através de seu Grupo de Trabalho Justiça de Transição, tem estudado jurisprudência e doutrinas internacionais para agir no sentido de punir agentes que praticaram desaparecimento forçado no período da ditadura, ainda que haja a limitação institucional estabelecida pela decisão dada à ADPF 153. O MPF tem sido um dos principais atores na proteção do direito à memória e à verdade, tanto através da propositura de demandas, mas também através da pesquisa de experiências comparadas para analisar as alternativas jurídicas existentes.

5.1. Brilhante Ustra e Dirceu Gravina

Aluizio Palhano Pedreira era um sindicalista conhecido no período anterior à ditadura e teve seus direitos políticos cassados pelo Ato Institucional nº 01, em 09 de abril de 1964, e em 06 de outubro do mesmo ano foi exonerado de seu cargo no Banco do Brasil por ato do Presidente da República. Aluizio exilou-se em Cuba até 1970 e teve suas atividades controladas pelo sistema de segurança. Em 1970 retorna à São Paulo e passa a viver na clandestinidade, atuando na Vanguarda Popular Revolucionária – VPR. Aluizio teve um encontro com um camponês de nome “Primo” interceptado por agentes comandados por Sérgio Paranhos Fleury e segundo

testemunhas foi levado para as instalações do DOI-CODI de São Paulo. Em seguida, teria sido levado para a Casa de Petrópolis, conhecida como “Casa de Horrores”, uma casa em que havia a utilização massiva de tortura e assassinato, sendo que muitos dos casos quais ainda hoje restam sem respostas. Alguns dias depois ele voltou a ser levado para o DOI-CODI em São Paulo e depois não foi mais encontrado.

Houve, portanto, o sequestro de Palhano que teve por consequência a privação ilegal de sua liberdade e a utilização da tortura, que nunca foi autorizada no ordenamento jurídico nacional, mesmo no período ditatorial.

O MPF propôs uma ação penal¹ para a responsabilização de dois agentes das torturas sofridas por Palhano e que supostamente levaram à sua morte – uma vez que apesar dos depoimentos de testemunhas, seu corpo não foi encontrado. Os agentes são Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina. O primeiro era o comandante do DOI-CODI e teve conhecimento dos fatos ocorridos, e o segundo era um dos torturadores da equipe de Ustra, e que teria falado diante de testemunhas que havia matado Palhano.

A argumentação do MPF na denúncia foi a de retomar questões históricas conhecidas e conjugar com depoimentos dos que estavam presos e viram, ao menos em parte, o que ocorreu com Aluizio, e, a partir destes fatos conhecidos e dos testemunhos, reconhecer a responsabilidade dos dois denunciados na participação da tortura e desaparecimento de Palhano.

O principal argumento jurídico para responsabilizar penalmente Ustra e Gravina sem desprestigiar a interpretação do STF sobre a Lei de Anistia é enquadrar a conduta no crime de sequestro, que é um crime permanente até que haja a libertação da

¹ Representação criminal número 0004204-32.2012.403.6181, julgada na 10ª Vara Criminal da Justiça Federal Criminal de São Paulo, magistrado Márcio Rached Millani.

vítima, ou tenha a morte configurada. Se for considerada sequestro a conduta não estaria abarcada pela lei de 1979, pois esta prevê em seu primeiro artigo que “Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979 (...)”.

A prisão (ilegal) de Palhano, seu desaparecimento e a não descoberta de seu corpo faria com que, para fins jurídicos, o tipo penal seja o de sequestro¹ (crime permanente) e não de homicídio. Logo, se os crimes políticos (e conexos a estes) somente podem ser anistiados se cometidos entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, um crime que ainda não acabou não poderia ter sido anistiado e, assim, não haveria vedação alguma à sua responsabilização também na esfera penal.

Para corroborar esta tese o MPF citou duas decisões do STF em pedidos de extradição – Extradições 974 e 1150 da Argentina - de agentes acusados de sequestrar dissidentes políticos. O STF deferiu ambas as extradições, o que comprovaria que já há reconhecimento pela Corte da tese apresentada²³.

¹ Segundo a denúncia do MPF: “Isto porque o paradeiro da vítima é, até a presente data, ignorado, e seu corpo nunca foi localizado. Nessas circunstâncias, o reconhecimento da eventual morte presumida dependeria, nos termos do parágrafo único do art. 7º do Código Civil, de sentença judicial que fixasse a data provável do falecimento “depois de esgotadas as buscas e averiguações”, o que até hoje não ocorreu. Sem este ato, não é juridicamente possível afirmar que a vítima está morta ou quando tal evento teria supostamente acontecido.”

² No julgamento da Ext. 1150 o Min. Cezar Peluso manifestou-se no sentido de que: “em casos de “desaparecimento” de pessoas sequestradas por agentes estatais, somente uma sentença na qual esteja fixada a data provável do óbito é apta a fazer cessar a permanência do crime de sequestro pois, sem ela, “o homicídio não passa de mera especulação, incapaz de desencadear a fluência do prazo prescricional”.

³ Mesmo com o deferimento da extradição, alguns ministros da Suprema Corte não concordaram com a aplicação do Direito Internacional em suas decisões. Conforme colocou o Ministro Marco Aurélio: “Em última análise, o

Ainda, o MPF expressamente manifestou-se quanto a lei 9.140/1995 a qual “reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão da participação em atividades políticas no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979. Para o MPF a lei foi editada com o objetivo de possibilitar que os familiares dos desaparecidos políticos recebessem as indenizações, mas que uma lei não tem a competência de decretar a morte de uma pessoa. Assim, nem mesmo esta lei alteraria o fato de que permanece o sequestro de Palhano, ao menos até que seu corpo seja encontrado.

A denúncia do MPF não foi sequer aceita pelo magistrado, que argumentou entre outros itens: i – que a ADPF 153 decidida pelo STF impede qualquer tipo de responsabilização penal dos envolvidos pois a anistia teria sido ampla, geral e irrestrita⁴. Portanto, ainda que se possa discordar dessa decisão, ela vincularia de maneira absoluta os magistrados brasileiros; ii – que as decisões do STF nos dois casos

Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga — o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentar-se-á a viabilidade de persecução criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra indesejada”. Menezes Direito, Cármen Lúcia e Eros Grau seguiram o voto do relator. Conferir a notícia do Conjur “Marco Aurélio aplica Lei da Anistia para negar extradição”.

Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2008-set-11/marco_aurelio_aplica_lei_anistia_negar_extradicao>. Acesso em 18/11/2012.

Percebemos, de forma geral, que o Supremo Tribunal Federal aplica em pequena escala entendimentos do Direito Internacional e, quando o faz, limita-se a uma aplicação seletiva.

⁴ Neste trecho da decisão o magistrado faz várias citações do acórdão do STF sobre o caráter de amplitude da anistia, afirmação que não pode ser sustentada por fatos históricos, como os *amicus curiae* participantes do julgamento da ADPF tentaram, sem sucesso, mostrar.

de pedido de extradição não podem ser utilizados como precedentes pois não teriam analisado o mérito da questão, pois o modelo brasileiro quanto ao assunto dispõe que não cabe ao judiciário nacional analisar o mérito da decisão estrangeira; iii- que seria faticamente impossível que Palhano estivesse vivo e em cativeiro, pois ele nasceu em 1922 e teria hoje 90 anos, idade superior à média de vida do brasileiro e impossível de ser alcançada sofrendo maus-tratos em cativeiro; iv – por fim, o juiz entende que a lei 9.140/1995 estabeleceu que houve morte para todos os efeitos jurídicos, e, portanto, não poderia ser caracterizado o sequestro de alguém morto.

Assim, não somente o magistrado não reconheceu procedência no mérito, como nem sequer aceitou a denúncia do MPF, considerando-a como absurda. Este posicionamento também ocorreu em relação à denúncia apresentada contra o Major Curió pelo MPF (ao menos em um primeiro momento).

5.2. Major Curió e Lício Maciel

No período da ditadura civil-militar um grupo liderado pelo PCdoB (Partido Comunista do Brasil) cerca de 70 jovens atuaram entre 1972 e 1975 na resistência armada na região do Araguaia, mais especificamente nas margens do rio de mesmo nome no estado do Pará, perto do Tocantins e do Maranhão. As Forças Armadas realizaram algumas incursões à região para destruir a “guerrilha”¹. Como resultado destas incursões houve grande número de guerrilheiros mortos e desaparecidos, sendo que cerca de metade dos desaparecimentos políticos ocorridos no Brasil se deram na

¹ Segundo o livro “Direito à Memória e à Verdade” publicado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, entre abril de 1972 e janeiro de 1975 um contingente entre 3 mil e 10 mil homens do Exército, Marinha, Aeronáutica, Polícia Federal e Polícias Militar do Pará, Goiás e Maranhão foram deslocados para a região para fazer a repressão ao movimento (2007: 195).

região. Ou seja, pode-se dizer que houve uma utilização sistemática de execuções e ocultação de corpos, de maneira que até hoje as famílias não tem informação sobre o paradeiro daqueles que desapareceram², ou melhor, que foram desaparecidos.

O Ministério Público Federal ajuizou em 13 de maio de 2012 demanda penal para a responsabilização do coronel da reserva do Exército do Brasil, Sebastião Curió Rodrigues de Moura pelo crime de sequestro qualificado contra cinco militantes, capturados durante a repressão à guerrilha do Araguaia na década de 70 e até hoje desaparecidos. Maria Célia Corrêa (Rosinha), Hélio Luiz Navarro Magalhães (Edinho), Daniel Ribeiro Callado (Doca), Antônio de Pádua Costa (Piauí) e Telma Regina Cordeira Corrêa (Lia) foram sequestrados por tropas comandadas por Curió entre janeiro e setembro de 1974 e nunca mais foram encontrados. Estes sequestros ocorreram durante a última operação de repressão à guerrilha, em outubro de 1973, denominada de Operação Marajoara e comandada pelo então major Sebastião Curió.

O MPF argumenta em sua denúncia que a operação Marajoara, comandada por Curió, adotou medidas ilegais de maneira sistemática, institucionalizando a aplicação de agressões físicas e psicológicas contra os detidos e contra a população local, de maneira que, conforme colocou o MPF, “não há notícia de existir sequer um militante que, provado da liberdade pelas Forças Armadas durante a Operação Marajoara, tenha sido encontrado livre posteriormente”.

As provas e exposições dos sequestros mostram que os sequestrados foram levados para locais de tortura sob as ordens de Curió e desapareceram. O argumento do MPF neste caso é basicamente o mesmo do caso anterior: i- que a Lei de Anistia só prevê anistia para crimes terminados em 1979 e, portanto, não anistiará o sequestro,

² O caso Kátia Lund vs. Brasil no qual este foi condenado pela CIDH trata justamente da responsabilização do Estado brasileiro em encontrar os corpos dos guerrilheiros desaparecidos, algo que até hoje não ocorreu.

que é crime permanente, ii – para fins jurídicos é irrelevante se é muito provável que os sequestrados estejam mortos, pois o crime se caracteriza com a prisão ilegal e ausência de corpos; iii- que a lei 9.140/1995 não tem efeitos penais, mas somente cíveis, e ainda apresentam as extradições 974 e 1150 como precedentes em que o STF acatou a tese do sequestro como crime permanente e não coberto pela lei de anistia.

Também muito semelhante ao caso anterior foi a decisão do magistrado da 2ª Vara da seção judiciária de Marabá, João César Otoni de Matos, não recebeu a denúncia pelos mesmos fatores de seu colega da 3ª região: i – a Lei de Anistia teria abolido definitivamente a persecução penal dos ilícitos narrados¹; ii – que sabe-se com razoável segurança que essas pessoas foram mortas e, assim, não estão sequestradas; ii – que a lei 9.140 reconheceu as vítimas como mortas; iii – que ainda que fosse caso de sequestro o crime já estaria prescrito.

Entretanto, em 30 de agosto de 2012 houve outra decisão². Isto porque o MPF recorreu da decisão que negava o recebimento da denúncia e a questão foi reapreciada pela magistrada federal Nair Cristina Corado Pimenta de Castro. O voto da magistrada foi muito bem construído e pautou-se nos seguintes itens: i – não é possível ter ilações de que os sequestrados estão efetivamente mortos, inclusive porque todos eram mais jovens do que Curió no momento do sequestro, portanto se ele está vivo os sequestrados também poderiam estar; ii – não é possível em sede de admissibilidade de

¹ Segundo o juiz: “pretender, portanto, depois de mais de três décadas, esquivar-se da Lei de Anistia para reabrir a discussão sobre crimes praticados no período da ditadura militar é equívoco que, além de desprovido de suporte legal, desconsidera as circunstâncias históricas que, num grande esforço de reconciliação nacional, levaram a sua edição”. Ou seja, aqui o magistrado vai além da decisão dada no caso Ustra e Gravina, pois ingressa na esfera histórica para desqualificar a pretensão de acesso à verdade e à memória.

² Ver notícia: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/justica-recebe-denuncia-contramilitar-por-sequestro-na-guerrilha-do-araguaia>. Acesso em 02 set. 2012.

denúncia ingressar em questões de mérito, e, processualmente os requisitos estão cumpridos; iii – o sequestro é crime permanente; iv – o STF reconheceu nos dois pedidos de extradição a tese do sequestro como crime permanente que não gera prazo prescricional (pois não acabou) e que respeitar a coerência e juridicidade da decisão STF implica em aceitar a tese de que a falta de prova de homicídio leva à caracterização do crime de sequestro; v – a lei 9.140 serve somente para fins reparatórios e não tem competência penal. Ou seja, se os fatos não acabaram no momento em que a lei foi promulgada, não podem estar anistiados por ela, ou nas palavras da magistrada “não há perdão pré-datado”.

Na mesma data, a mesma magistrada recebeu denúncia oferecida também pelo Ministério Público Federal em face de Lício Augusto Maciel pelo sequestro de Divino Ferreira de Souza (conhecido também como Nunes)³.

Divino Ferreira de Souza era militante do PC do B e também atuou na chamada guerrilha do Araguaia. Lício Maciel era major do Exército e um dos comandantes das tropas de incursão na mata à procura dos “dissidentes políticos”, atuando na repressão destes.

A decisão segue a mesma argumentação daquela que recebeu a denúncia em face de Sebastião Curió, tendo inclusive sido prolatada pela mesma magistrada na mesma data.

Estas são decisões históricas, pois pela primeira vez reconhece-se na esfera penal a possibilidade de responsabilizar um agente estatal por violações realizadas no período ditatorial. O recebimento da denúncia não é um prenúncio de condenação, mas simplesmente o início do processo penal contra Curió e Lício Maciel.

³ Processo n. 4334-29.2012.4.01.3901 da 2ª Vara Federal do Pará (Subseção de Marabá). Denunciante: MPF. Denunciado: Lício Augusto Maciel. Magistrada: Nair Cristina C. P. de Castro. Decisão prolatada em 29/08/2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça de Transição no Brasil tem sido barrada por diversos motivos – um suposto pacto de silêncio, destruição e sigilo de documentos, manutenção da Lei de Anistia etc. – entretanto apesar dos empecilhos nos últimos anos verificamos uma conjuntura favorável de retomada dos arbítrios cometidos na ditadura militar. Como é exaustivamente sabido o Brasil foi o único país do Cone Sul que não reviu – seja judicialmente, seja legislativamente – a lei que anistia os envolvidos em crimes políticos (e conexos) cometidos durante o regime ditatorial.

Esse paradoxo entre momento histórico propício para a construção da verdade e obstáculos institucionais representados principalmente, mas não exclusivamente, pela Lei de Anistia faz com que a provocação do judiciário na resolução de tais demandas tem sido um caminho importante para modificar as políticas públicas e efetivar as obrigações do Estado brasileiro. Neste contexto é de salutar importância o conceito de litígio estratégico, o qual trata não somente da vítima, ou de um caso em particular, mas da possibilidade de que um caso gere efeitos mais amplos, de forma a abranger a sociedade.

A partir da interação entre a ordem interna e a ordem internacional (especialmente o SIDH) tem fortalecido a demanda de justiça e por verdade. O judiciário tradicionalmente tem se mantido alheio ao processo de justiça de transição, seja por uma cultura jurídica autoritária, seja por entender-se como ator não autorizado a participar deste processo. Não obstante a esta postura a propositura de demandas politicamente orientadas pela concretização dos direitos humanos, e aqui, especialmente dos que envolvem justiça de transição, obriga o juiz a tomar uma decisão. Normalmente a decisão era no sentido de não recebimento da demanda, o que é significativo, pois optava-se por não decidir o mérito ao afastar a demanda por

motivos processuais. A utilização de demandas estratégicas é importante, ainda que no mérito não haja o reconhecimento do pedido, pois serve também para desvelar práticas e interpretações incompatíveis com os direitos humanos. Assim, cabe-nos pensar no judiciário não como um ator isolado, mas como parte importante das demandas por justiça. Logo, construir estratégias jurídicas e políticas estruturadas é parte importante, e podemos acrescentar imprescindível, deste processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. *Comissão da Verdade pede retificação de atestado de óbito de Herzog*. Correio Brasiliense. Disponível em:
<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2012/08/30/interna_politic

a,320078/comissao-da-verdade-pede-retificacao-de-atestado-de-obito-de-herzog.shtml>. Acesso em 30/08/2012.

BRASIL. *Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979*. Concede Anistia e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28/08/1979.

BRASIL. *Lei nº 9.140, de 04 de dezembro de 1995*. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05/12/1995.

BRASIL. *Lei nº 10.559, de 13 de novembro de 2002*. Regulamenta o art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14/11/2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153*. Requerente: Conselho Federal da OAB. Requerido: Congresso Nacional, Brasília, DF, 28 abr. 2010.

BRASIL. Justiça Federal da 3ª Região. 10ª Vara Criminal de São Paulo. *Representação criminal 0004204-32.2012.403.6181*. Denunciante Ministério Público Federal. Denunciados: Carlos Alberto Brilhante Ustra e Dirceu Gravina.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA. *Processo n. 1162-79.2012.4.01.3901*. Denunciante: Ministério Público Federal. Denunciado: Sebastião Curió Rodrigues de Moura. Decisão prolatada em 29/08/2012 pela Magistrada Nair Cristina C. P. De Castro.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. 2ª Vara da Subseção Judiciária de Marabá/PA. *Processo n. 4334-29.2012.4.01.3901*. Denunciante: Ministério Público Federal. Denunciado: Lício Augusto Maciel. Decisão prolatada em 29/08/2012 pela Magistrada

Nair Cristina C. P. De Castro.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e sistema interamericano de direitos humanos*. Belo Horizonte: Fórum 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do caso “Gomes Lund vs. Brasil”*. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 18/11/2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de segurança. *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies*. 2004.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – CONSELHO FEDEAL. *Petição inicial da Arguição de Descumprimento Fundamental nº 153*, proposta ao Supremo Tribunal Federal. A petição é assinada pelos advogados Fábio Konder Comparato e Maurício Gentil Monteiro na data de 21 de outubro de 2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 23ª Vara Cível. *Ação Cível nº 583.00.2005.202853-5*. Autor: Maria Amélia Teles e outros. Réu: Carlos Alberto Brilhante Ustra.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Registros Públicos. *Ação Cível nº 0059583-24.2011.8.26.0100*. Autora: Maria Ester Cristelli Drumond. Sentença prolatada pelo Juiz Guilherme Madeira Dezem.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 2ª Vara de Registros Públicos. *Ação Cível nº 0046690-64.2012.8.26.0100*. Autora: Comissão Nacional da Verdade. Sentença prolatada pelo Juiz Márcio Martins Bonilha Filho.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. 20ª Vara Cível. *Ação Cível nº 583.00.2010.175507-9*. Autor: Angela Maria Mendes de Almeida e outra. Réu: Carlos Alberto Brilhante Ustra.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 568.587.4-5*. Agravante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Agravado: Angela Maria Mendes de Almeida e outra.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento nº 0347718-08.2009.8.26.0000*. Agravantes: Carlos Brilhante Ustra. Agravados: Maria Amélia Teles e outros.

TELES, Edson. O Tortuoso Caminho da Democracia. Carta Maior. Disponível em:

<http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=5732>.

Acesso em 30/08/2012.

VENTURA, Daisy. *A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional*. In: *A Anistia na Era da Responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: Oxford University, Latin American Centre, 2011.

**RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO INSTITUTO
JURÍDICO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO,
DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS INTERNACIONAIS**

João Paulo Falavinha Marcon¹

RESUMO

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro reconheceu validade jurídica à união homoafetiva. A proposta do presente artigo é analisar os fundamentos desta decisão, com base nos valores e princípios norteadores do Estado de Direito Brasileiro contemporâneo, bem como traçando um paralelo com algumas políticas e normas internacionais, especialmente, a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1986.

Palavras-chave: STF. ONU. Homoafetividade. Direito Humano. Desenvolvimento.

ABSTRACT

In 2011, the Brazilian Supreme Federal Court recognized juridical validity to homosexual union. The proposal of this article is to analyze the fundaments of the decision, based on the values and principles guiding contemporary Brazilian State of Law, as well as making a comparison with some international policies and rules, specially, the International Declaration of Development's Right, approved by UN's General Assembly, in 1986.

Key-words: SFC. UN. Homosexuality. Human Right. Development.

¹ Advogado, Graduado em Direito pela Unicuritiba, Especialista em Direito Internacional e Negócios Internacionais, Mestrando em Ciência Política na UFPR, Pesquisador do Núcleo de Estudos em Relações Internacionais – NEPRI, Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB/PR.

INTRODUÇÃO

Relações afetivas estabelecidas entre pessoas de mesmo sexo, há séculos, têm sido objeto de discussões, controvérsias e debates, em todas as esferas sociais. O histórico de repressão a essa modalidade de relacionamento é farto, bastando citar exemplos remissivos à Idade Média, Inquisição, Nazismo, dentre outros. Esta prática discriminatória deixou marcas ao longo dos tempos, bem como uma herança que se perpetua na atualidade, a exemplo de sociedades extremistas, nas quais o enlace entre pessoas de mesmo gênero é constituído crime e, via de consequência, punido com sanções que, muitas vezes, incluem pena de morte, como se vê em alguns países africanos e em diversos de cultura judaica.

Porém, como também se pode inferir de análises históricas efetuadas sobre variadas sociedades, um elemento parece ser inerente à própria essência do “ser humano” e, conseqüentemente, mostra-se presente de forma reiterada na realidade social: a contestação. Esta, uma vez entendida como sendo os movimentos perpetrados pelo homem (no sentido mais amplo do termo) contra regras estabelecidas pelos possuidores de autoridade para tanto ou, até mesmo, contra seus próprios pares nas relações interpessoais corriqueiras. Assim, não poderia deixar de ser na esfera da homoafetividade. Nesse sentido, acompanhando o processo histórico de tentativas constantes de supressão de relacionamentos homem/homem e mulher/mulher, deflagram-se diversos movimentos oponentes, visando a salvaguardar o que se entendia, por este grupo, como um direito legítimo do ser humano, a par de tantos

outros. Tal movimentação social nesse sentido tem sido mais evidente em anos recentes, em decorrência da emergência de sociedades democráticas, as quais carregam, em sua constituição, elementos viabilizadores da aceitação dos citados relacionamentos.

Ademais, por força da globalização, do desenvolvimento de novas tecnologias de informação e comunicação (internet, redes sociais, novas mídias etc.), do maior e mais intenso intercâmbio entre países e culturas, das trocas de informações e dados, vários valores e princípios passaram a ser “mundializados” e, destarte, os atores internacionais, especialmente os Estados soberanos, começaram a adotar e implementar políticas, internamente, buscando, a uma, homogeneizar entendimentos e procedimentos com demais países; a duas, inserir-se no sistema global de acordo com as regras deste (expressas e tácitas), até para adquirir poder de barganha; a três, para dar aos seus cidadãos o que eles esperam, sob pena de não reconhecimento da autoridade governamental e legitimidade do regime.

Dentro dessa perspectiva, muitos documentos foram e continuam a ser produzidos, internacionalmente, visando à defesa de direitos da pessoa humana, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1948, em imediata resposta às atrocidades cometidas nos períodos das Grandes Guerras, e a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, datada de 1986, por aquela mesma instituição. Logo, tendo em vista a importância que se atribui a ela, faz-se necessário que Estados Nacionais busquem seguir as orientações da Organização, de maneira a se ajustarem aos padrões internacionais, uma vez desejando “pertencer ao sistema”.

O Brasil, por sua vez, em um movimento iniciado na metade do século XX – a exemplo de sua participação na tentativa de desenvolvimento da Liga das Nações – e, mais notadamente, a partir do governo Fernando Henrique Cardoso (1995), buscou

¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...)”

maior inserção mundial, compreendendo, como já fora dito, a necessidade de conformação às “regras do jogo”. Ao lado disso, a reforma democrática constitucional procedida em 1988 possibilitou a construção de alicerces para o desenvolvimento de determinadas políticas públicas e direitos sociais e civis que, há muito, urgiam.

Nesse viés, em resposta à intensa e longa demanda de alguns setores da sociedade brasileira, pelo reconhecimento da validade jurídica de relacionamentos homoafetivos, é que o Supremo Tribunal Federal, em 2011, proferiu uma decisão neste sentido, dando, deste modo, a prestação jurisdicional que lhe era pedida. Este acórdão será objeto de análise no decorrer do presente artigo, trazendo à baila aspectos jurídicos, axiológicos, sociológicos, bem como será cotejado com políticas internacionais atinentes ao tema, especialmente a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, supramencionada.

1. DESENVOLVIMENTO

Em 05/05/2011, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, “guardião da Constituição”, nos próprios termos desta (art. 102, *caput*)¹, julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132-RJ conjuntamente com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277-DF, em decorrência da convergência de objetos, reconhecendo validade jurídica a uniões homoafetivas. Tal decisão foi pioneira e marcante no ordenamento jurídico pátrio, bem assim na sociedade como um todo. Ainda, ao deferirem a procedência das ações – ou seja, ao acatarem os pedidos autorais – os julgadores atribuíram, ao resultado, eficácia *erga omnes* (quando os efeitos atingem todos os indivíduos de uma determinada população ou membros de uma organização, para o direito nacional) e *efeito vinculante* (é aquele pelo qual a

decisão tomada por um tribunal em determinado processo passa a valer para os demais que discutam questão idêntica. No STF, a decisão tomada em Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade ou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental possui tal efeito, ou seja, deve ser aplicada a todos os casos sobre o mesmo tema).

Há décadas, cidadãos componentes da camada social denominada GLBT (acrônimo para gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros), apoiados por “simpatizantes”, pleiteavam o devido reconhecimento jurídico às uniões entre eles assumidas, nos mesmos moldes das associações afetivas formadas por casais heterossexuais, todavia, sem obtenção de algum resultado concreto.

Eis que, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, solidariamente com outros interessados, ajuizaram as ações cujo resultado ora se analisa, alegando, em síntese: I- que interpretações de artigos constantes no Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro reduziam direitos de indivíduos homossexuais; II- negação de direitos a uniões homoafetivas.

Nas razões de decidir, o Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, famoso por sua visão humanista ao apreciar os casos que lhe incumbem, entendeu pela impossibilidade de discriminação de pessoas em razão do sexo, tanto na tradicional relação homem/mulher, como na esfera privada de orientação de qualquer deles. Esta vedação seria uma decorrência do “constitucionalismo fraternal” (ACÓRDÃO, p. 2) eleito pelo legislador constituinte originário, que se caracteriza como sendo a etapa derradeira do constitucionalismo na humanidade e cujo cerne reside no primado da solidariedade/fraternidade, enquanto valor a ser perseguido². Ainda, como diz MACHADO (2012, p. 1):

¹ [http://www.unit.br/not%C3%ADcias_principais/vw/1/itemid/5012.aspx?skinsrc=\[g\]skins%2F\[unit\]noticias%2Fnoticiasprincipal](http://www.unit.br/not%C3%ADcias_principais/vw/1/itemid/5012.aspx?skinsrc=[g]skins%2F[unit]noticias%2Fnoticiasprincipal). Acesso em 12/11/2012.

² “Art.226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

A fraternidade é reconhecida, em geral, como objeto da filosofia ou mesmo da política, mas não como categoria jurídica. No entanto, a fraternidade – enquanto valor – já vem sendo proclamada em Constituições modernas, ao lado de outras categorias historicamente consagradas, como a igualdade e a liberdade. Estudar-se-á o princípio da fraternidade partindo do reconhecimento da igualdade de dignidade entre todos os seres humanos, tendo como objeto de investigação as Declarações de Direitos e determinados documentos constitucionais do continente europeu (Portugal e Itália). Analisar-se-á a Constituição brasileira de 1988, para ao final concluir que em alguns ordenamentos jurídicos contemporâneos a fraternidade não é somente um valor de natureza puramente religiosa – apesar de no Cristianismo encontrar a sua gênese – ou de ideologia política, mas uma categoria constitucional, ponto de equilíbrio entre a liberdade e a igualdade. Nessa linha de abordagem será apresentada a evolução do constitucionalismo moderno, passando pelo Estado Liberal, pelo Estado Social até atingir a fase atual, denominada de Constitucionalismo Fraternal.

Também destacou-se o “pluralismo” como elemento norteador da estrutura constitucional e, portanto, normativa e social: “homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural” (ACÓRDÃO, p. 2). O termo deve ser compreendido como o reconhecimento e a valorização da diversidade. Assim, todos os indivíduos teriam

assegurado liberdade para dispor da própria sexualidade porquanto isso se enquadraria na categoria de direitos fundamentais, representando, ademais, uma expressão da autonomia da vontade. Em assim sendo, constituir-se-iam em cláusulas pétreas, logo, impossíveis de serem abolidos pela legislação ordinária, somente por reforma constitucional superveniente.

Prosseguindo em sua fundamentação, o Ilustre Ministro Ayres Britto ressaltou que o sexo das pessoas, em momento e/ou situação alguma, salvo disposição constitucional expressa ou tácita em sentido contrário, pode ser utilizado como fator de diverso tratamento jurídico. Entender de modo oposto seria incidir em afronta ao disposto no art. 3º, inciso IV da Carta Magna: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Outro ponto, por ele destacado, foi a opção do legislador constituinte pela denominada “norma geral negativa kelseniana”, a qual afirma que “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, estará juridicamente permitido”. Portanto, uma vez que inexistente qualquer vedação constitucional, expressa ou tácita, à união de pessoas de mesmo sexo, tampouco qualquer regra que ordene o necessário e exclusivo relacionamento homem/mulher, carecem fundamentos normativos para fazê-lo. Outra razão de decidir exposta pelo Eminentíssimo Julgador respeita ao reconhecimento da liberdade individual, de cada um, de seguir a orientação que melhor lhe aprouver, como uma forma de exercício do direito da dignidade da pessoa humana, na busca pela felicidade, o que deve ser garantido pelo Estado e pela prestação jurisdicional.

Inovação relevante no trato do assunto constitui-se na medida em que o Ministro abordou o conceito de “família”, o qual, tradicionalmente, era visto como sinônimo de relacionamento estável entre homem e mulher. Porém, restou considerado no julgamento do caso de forma bastante diversa a este legado de entendimento. A

Casa de Justiça considerou que a Carta Cidadã de 1988, ao abordar o tema, “não empresta ao substantivo nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica. A família como categoria sócio-cultural e princípio espiritual. Direito subjetivo de constituir família. Interpretação não-reducionista” (ACÓRDÃO, p. 3). Aqui se encontra o cerne da nova maneira de se analisar o conceito de “família”, pois se considerou que a proteção, que a ela o Estado deve conferir, na própria letra da lei (CF, art. 226 *caput*¹), deve ser compreendida como um

“núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa” (ACÓRDÃO, p. 3).

A visão acima reproduzida muito se difere do que, costumeiramente, vê-se espalhado na sociedade como sendo o conceito “aceitável” e, em determinadas esferas, ideologias e doutrinas, o “obrigatório” – haja vista algumas visões religiosas e heranças machistas fortemente arraigadas. Na nova leitura, uma forma de se garantir, materialmente, a igualdade de direitos e tratamentos assegurada constitucionalmente, entre pares hetero e homoafetivos, seria perceptível mediante viabilização não só da constituição, mas também do reconhecimento da entidade familiar homo. Ademais,

¹ Mestre em Direito Constitucional (ITE/Bauru). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Amazonas (UNAMA). Analista Judiciário da Justiça Federal de São Paulo.

entenderam, os Ministros do Pretório Excelso, que não se deve interpretar, de modo reducionista, o conceito do termo “família”, como outrora citado, de modo a limitá-lo à noção de “casamento civil”, devendo ser entendido, extensivamente, como a união estável e duradoura entre duas pessoas, visando à constituição de um núcleo afetivo, independente do sexo destas. Isso como uma decorrência imperiosa do acolhimento constitucional do “pluralismo”, reitere-se, do primado da diversidade humana e social.

Outro ponto destacado foi o entendimento dos legisladores constituintes originários no sentido de que não se deve proibir indivíduos de nada, salvo “em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos” (ACÓRDÃO, p. 4-5). Logo, percebe-se a inexistência de fundamentos legais para o tratamento diferenciado entre os dois grupos sociais.

Ao par do embasamento trazido até o presente momento, pelos Ministros da Corte Suprema, ainda usou-se, como causa justificadora da equiparação de tratamento entre relações homem/mulher, homem/homem e mulher/mulher, o preceituado no Texto Maior, art. 5º, §2º, o qual ora se reproduz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela

adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Da simples leitura da primeira parte do parágrafo retro, infere-se, claramente, a defesa constitucional de direitos e garantias que, a despeito de não se encontrarem expressos nas suas disposições, devem ser, necessariamente, amparados, por força do regime e princípios estruturadores da República Federativa Brasileira, tais como alguns já elencados (pluralismo, fraternidade, solidariedade), como tantos outros, conjuntamente com os encontrados na letra da lei (igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, razoabilidade/proporcionalidade).

Em outro momento da análise, atendo-se, agora, à segunda parte do dispositivo normativo, vislumbra-se a previsão constitucional de acolhimento de princípios e garantias constantes de documentos internacionais dos quais o Estado Brasileiro seja parte e que se coadunem com o todo do ordenamento jurídico pátrio. Aqui se constata aplicação do método teleológico de interpretação constitucional, que pode ser caracterizado da seguinte maneira:

O método teleológico busca o fim do preceito normativo, para a partir dele determinar o seu sentido e alcance. Baseia-se na investigação da ratio legis – razão ou motivo que justifica e fundamenta o preceito. Essa razão ou motivo diz respeito à criação da norma, residindo na própria necessidade humana que esta visa amparar, ou seja, na sua finalidade prática. Há que se ter um motivo, uma justificativa, para a criação da norma jurídica, e é este motivo que vai

possibilitar a revelação do seu verdadeiro sentido e alcance. Em uma linguagem mais objetiva, podemos dizer que a interpretação teleológica consiste na perquirição do “para quê” da norma jurídica, isto é, o fim a que ela se destina. (LIMA, p. 82)

Logo, constata-se a admissão, no conjunto de preceitos jurídicos nacionais, de disposições constantes em documentos alienígenas, uma vez compatíveis com o ordenamento interno. Nesse sentido, enquadra-se, perfeitamente, a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1986. Em suas considerações iniciais, o documento faz remissão explícita aos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas “relativas à realização da cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Da simples leitura, inferem-se as semelhanças entre essas palavras e o que preceitua e busca a Constituição Federal Brasileira de 1988.

No desenvolvimento da Declaração, consigna-se que as disposições relativas à salvaguarda dos Direitos Humanos deve privilegiar o desenvolvimento de uma ordem mundial – e social – que busque a realização plena das garantias e liberdade individuais. Cotejando-se essa premissa ao que fora dito acima acerca dos valores e propósitos constitucionais da República Federativa Brasileira, constata-se forte similaridade de pontos de vista e percepções sócio-político-culturais, o que demonstra marcante sintonia entre o ordenamento interno do país latino-americano e do seu contemporâneo internacional. E, um aspecto que salta aos olhos, reiteradamente, da análise daquele documento, é a intensa e real preocupação que os

Estados Nacionais comprometam-se, efetivamente, com o “desenvolvimento integral do ser humano” (DECLARAÇÃO, p. 1), indistintamente e em todas as esferas das necessidades individuais. Aqui se percebe o diálogo entre as razões de decidir ventiladas, pelos Ministros Julgadores do Supremo Tribunal Federal, da ação relativa ao reconhecimento da união homoafetiva como instituto jurídico e as premissas constantes na Declaração Internacional que ora se destrincha, sejam implícitas e/ou expressas, a exemplo das que seguem: “Atenta à obrigação dos Estados sob a Carta de promover o respeito e a observância universais aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de qualquer natureza, tal como de raça, cor, língua, sexo, religião, política ou outra opinião nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro *status*” (idem, p. 1).

Outra semelhança a ser apontada entre a posição da Declaração e a dos Eminentíssimos Julgadores, resta no entendimento destes de que, como já visto, há “Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos” (ACÓRDÃO, p. 4-5) e a previsão da primeira de que “o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais” (DECLARAÇÃO, p. 2). Isso posto, clara a similitude de entendimento e posicionamentos, o que demonstra estar, não somente o ordenamento endógeno pátrio brasileiro, mas também os interpretadores e aplicadores de seus preceitos, em sintonia com a sistematização internacional e com as realidades e necessidades sociais contemporâneas prementes.

A elevação do ser humano ao pilar mais alto de importância no conjunto dos elementos constituintes da sociedade, é muito presente e enfatizado na Declaração, como pode ser visto no seguinte dispositivo: “Reconhecendo que a pessoa humana é o sujeito central do processo de desenvolvimento e que essa política de desenvolvimento

deveria assim fazer do ser humano o principal participante e beneficiário do desenvolvimento” (DECLARAÇÃO, p. 2). Percebe-se o cuidado para que as nações como um todo, ao investirem no seu progresso, tanto econômico, político, financeiro etc., primem pela evolução da pessoa humana, em sua totalidade, não deixando que os outros elementos preponderem, como a História já demonstrou. E isso perpassa pela criação de condições permissivas do desenvolvimento individual em sua integralidade, o que inclui, evidentemente, a possibilidade de pessoas componentes de relacionamentos homoafetivos gozarem deles em sua plenitude, sem discriminação.

Ao lado do que se tem exposto, o Documento Internacional é enfático e contundente quanto à obrigação dos Estados de desenvolverem condições propícias ao desenvolvimento dos povos e indivíduos, constituindo, tal prerrogativa, uma de suas responsabilidades primárias. Trazendo essa ideia à estrutura prevista no regime político brasileiro, bem assim em sua arquitetura constitucional, tem-se que uma das diversas funções estatais é a prestação jurisdicional, a ser implementada pelo Poder Judiciário. Nesse caminho, pode-se afirmar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o caso supra referido, do modo que o fez, atendeu à previsão da Declaração, assegurando, primeiramente, aos pares homoafetivos, seu concreto desenvolvimento. Quanto a este “ônus” estatal, ainda, pode-se incluir o disposto no artigo 2º, §3º desta:

Os Estados têm o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa, e no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes. (DECLARAÇÃO, p. 3)

Dando continuidade à leitura das disposições do documento da Organização das Nações Unidas, reza seu artigo 2º, §1º: “A pessoa humana é o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento” (DECLARAÇÃO, p. 2). Mais uma vez, percebe-se paralelismo entre seus dispositivos e a ação judicial que ora se estuda porquanto, a uma, quem deu início à esta, exercendo, assim, seus direitos individuais, foram os membros da classe GLBT, apoiados pelos simpatizantes da causa (“participante ativo”). E, a duas, porque foram, eles próprios, os destinatários da decisão, logo, os “beneficiários” do direito de se desenvolverem plenamente. No caso específico, referentemente à esfera afetiva de suas vidas.

A Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento finaliza suas disposições postulando, no seu artigo 10º: “Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional” (DECLARAÇÃO, p. 4). Mais uma vez, vê-se clara menção à responsabilidade estatal de desenvolver e aplicar políticas sociais, legal e judicialmente, que garantam o pleno exercício dos direitos humanos, indistintamente, dentre os quais se inclui o dos casais homoafetivos desenvolverem seus relacionamentos, de modo pleno.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fato incontestável na história da humanidade é a existência de relacionamentos afetivos. De acordo com valores, princípios, doutrinas religiosas, culturas e outros elementos, as diversas sociedades existentes no globo tratam o assunto da forma que entendem ser mais apropriada. Com a maior proximidade entre os povos, trazida como

decorrência da evolução humana e dos instrumentos que servem ao homem para lhe trazer mais benefícios, houve aumento no intercâmbio de informações e visões de mundo, o que se verifica hodiernamente. Nesse sentido, conscientes de tal interconexão, bem como das vantagens e necessidades de uniformização de determinadas regras e princípios, vários países têm buscado, há décadas, moldar suas políticas internas, nas esferas executiva, legislativa e judiciária.

Assim é que, dentre os diversos assuntos que têm sido tratados de modo relevante, inclusive por organismos internacionais representantes de Estados Soberanos, incluem-se os direitos humanos. Sua abordagem, de forma mais detida, bem como com a importância que lhe é devida, cresceu no período Pós-Grandes Guerras Mundiais, haja vista as atrocidades nele cometidas, e tem mantido este movimento até os dias atuais, em especial como um efeito da implantação de valores democráticos em mais nações. Nesse viés, um dos documentos elaborados com vistas a aperfeiçoar o trato da questão, é a Declaração Internacional sobre o Direito ao Desenvolvimento, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 1986. Ela traz, em seu bojo, diversos preceitos (normas e princípios) a serem valorizados, objetivados e implementados pelos Estados Nacionais a fim de se desenvolverem plenamente. Todavia, sua grande inovação é a elevação do ser humano ao patamar mais alto de importância na esfera social, devendo poder se desenvolver em sua plenitude, tendo, aqueles, responsabilidade pela criação das condições necessárias para tanto.

O Brasil, que há mais meio século tem adquirido relevância perante seus pares internacionais, assim como tem se esmerado para ser reconhecido, também tem buscado coordenar-se com as realidades contemporâneas globais. Destarte, atento e consciente da importância de valorização dos direitos da pessoa humana, em sua acepção mais ampla, o país latino-americano desenvolveu, com o passar do tempo,

diversas políticas buscando este fim, sendo, seu ápice, materializado na Constituição Federal de 1988, ora vigente, a qual primou pela defesa da democracia e do ser humano.

Assim, seguindo as coordenadas elencadas pelos legisladores constituintes originários, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em 2011, julgaram procedente uma ação judicial que visava ao reconhecimento jurídico das uniões encetadas por indivíduos de mesmo sexo. Tal decisão revelou-se alinhada aos postulados constitucionais, às políticas internacionais de hoje, bem como aos pulsantes clamores, necessidades e realidade social internas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm.

Acesso em 25/07/2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento. Adotada pela Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Acesso em 25/07/2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 132 RIO DE JANEIRO. RELATOR: MIN. AYRES BRITTO. Julgamento em 05/05/2011. Acesso em 25/07/2012.

UM NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA, SUA ABRANGÊNCIA E REFLEXOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antônio da Silva
Ortega¹

RESUMO

A Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência foi incorporada em nosso direito pátrio por meio do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, traduzindo-se no primeiro, e até o momento o único, documento internacional aprovado com o quórum qualificado de Emenda Constitucional, portanto, a Convenção tem status de norma constitucional, donde resultam vários reflexos na legislação brasileira, a começar pela não recepção de todas as normas incompatíveis. Ademais, a matéria é de direitos humanos, não podendo ser alterada ou suprimida por força das “cláusulas pétreas”. Mas, sem dúvidas, a maior revolução da Convenção da ONU foi fornecer um novo conceito do que se entende por pessoas com deficiência. O que a Convenção fez foi reconhecer que a deficiência está no meio social e não na pessoa. A deficiência física, sensorial, mental ou intelectual é algo inato à diversidade humana como qualquer particularidade do ser humano (idade, sexo, raça). O novo conceito deve ser seguido

¹ Bacharel em direito pela Universidade Federal do Paraná e em Relações Internacionais pela Unicuritiba; Pós graduanda em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Paraná. paula.r.torres@hotmail.com

por todos os aplicadores do direito, pois ele reflete dois postulados indissociáveis: o da dignidade humana e o da igualdade. Outro avanço fundamental da Convenção, o que corrobora a evolução da deficiência, é a emancipação da pessoa com deficiência, a conquista definitiva de sua autonomia, pois, com efeito, ela quer sua integração no meio social, quer trabalhar e participar ativamente das questões da sociedade, vez que a deficiência não pode se transformar em obstáculo para o alcance do sucesso.

Palavras-chave: Pessoas com deficiência. Conceito. Direitos Humanos. Convenção da ONU.

ABSTRACT

The Convention on the rights of persons with disabilities has been incorporated in our law paternal through Decree No. 6949 of August 25, 2009, resulting in the first, and so far the only, international document adopted by the qualified quorum of constitutional Amendment, therefore, the Convention has the status of a constitutional rule, where multiple reflections result in Brazilian legislation, starting with the non-receipt of all incompatible standards. Moreover, the subject is human rights and can not be changed or terminated pursuant to the "immutable clauses." But without doubt, the greatest revolution of the UN Convention was to provide a new concept of what is meant by people with disabilities. What the Convention did was recognize that disability is the social environment and not the person. The physical, sensory, mental or intellectual is something innate to human diversity as any human particularity (age, gender, race). The new concept should be followed by all people in the right, because it reflects two postulates inseparable: the human dignity and equality. Another advancement of the Convention, which supports the development of disability, is the emancipation of the disabled person, the definitive conquest of autonomy, because, in fact, she wants their

integration in social life, wants to work and actively participate in issues society, since deficiency may not become an obstacle to achieving success.

Keywords: *People with disabilities. Concept. Human Rights. UN Convention.*

INTRODUÇÃO

A Convenção de Nova York sobre os direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo (Convenção da ONU ou CDPD), assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186/2008, na forma do § 3º do art. 5º da Constituição, portanto, equivalente a uma Emenda Constitucional, e promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 6.949/2009, inaugurou uma nova era ao propor um conceito de pessoas com deficiência que tem como foco dois aspectos principais: o biológico (impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial) e o sociológico (interação dos impedimentos biológicos com barreiras, e a obstrução da participação plena e efetiva do deficiente na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas).

Nesse sentido, atentou-se para as reivindicações das pessoas diretamente interessadas, daí o lema da convenção: “nada sobre nós, sem nós”. É que as pessoas com deficiências querem usufruir de direitos básicos, como trabalho, lazer, educação, de modo que a tendência é a preparação dessas pessoas para ocuparem um emprego público ou privado em situação de igualdade com os demais. A maior barreira para que isso aconteça, é o preconceito e a falta de investimento em políticas públicas avançadas no sentido de suprimir a defasagem de funcionários com deficiências no mercado de trabalho.

O benefício de prestação continuada que se traduz no pagamento de um salário mínimo à pessoa com deficiência que comprove não possuir meios necessários

de sobrevivência deveria ser uma alternativa excepcional, entretanto, como o Estado investe pouco na inclusão social, ainda é a principal assistência buscada pelos deficientes. Anota-se que há projetos para aumentar o número de vagas reservadas em concursos públicos e em empresas privadas, mas sem a preparação profissional da pessoa, de nada adiantará estas previsões legislativas. Ademais, atualmente, as vagas reservadas não são preenchidas justamente porque não se encontram pessoas com deficiências habilitadas para a ocupação dos cargos ou empregos.

Então, a deficiência para muitas pessoas é um obstáculo para o sucesso. A maioria, principalmente em regiões afastadas dos grandes centros, vive reclusa e sem a almejada vida social em virtude das barreiras colocadas pela sociedade e administradores. Removidos os obstáculos sociais, essas pessoas poderiam viver com dignidade.

Entretanto, em tema de direitos sobre as pessoas com deficiência é preciso enfrentar o principal obstáculo dos operadores do direito envolvendo essa questão: trazer elementos pertinentes sobre quem pode ser enquadrado como pessoa com deficiência, anotando a complexidade e dificuldade de definir a deficiência, mormente na era do binômio: deficiência médica e social.

1. UM NOVO CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A convenção sobre os direitos humanos juntamente com seu protocolo facultativo são os primeiros atos internacionais aprovados na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, conforme redação dada pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Nestes termos, a convenção possui equivalência a emenda constitucional e se irradia em todo ordenamento doméstico como norma superior. É dizer, dada a hierarquia constitucional da norma ditada pela convenção, todas as demais normas que forem incompatíveis com ela estão automaticamente não recepcionadas ou revogadas,

conforme o STF na decisão da ADIN n. 2, Diário da Justiça de 21/11/1997, relator Ministro Paulo Brossard:

Com a adoção de uma nova Constituição, a lei anterior ou é compatível com ela e permanecerá em vigor, ou é incompatível com ela e será por ela revogada. Ao preparar projeto de legislação, o legislador observa os limites impostos pela Constituição em vigor, pois é obviamente impossível obedecer a termos e preceitos de uma Constituição futura, ainda inexistente. (ADIN n.2, STF, rel. Min. Paulo Brossard, 1997).

Como se sabe, o § 3º do art. 5º da CF, permite que apenas os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos possam ser aprovados com quorum qualificado de emenda constitucional, de modo que a convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência trata de direitos humanos. E direitos humanos é o gênero que engloba direitos e garantias. Assim, a presente convenção incorporada no nosso ordenamento com *status* de emenda constitucional não poderá ser objeto de matéria de emenda constitucional tendente a aboli-la, conforme proibição expressa no art. 60, § 4º, inciso IV da CF.

A Constituição de 1988 introduz uma regra fundamental acerca da aplicação das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. É a aplicabilidade imediata prevista no art. 5º, §1º da CF, de modo, que todo o conteúdo da convenção que possui matéria de direitos e garantias fundamentais deve ser imediatamente aplicado. Por evidente, há normas que por mais intencionáveis possíveis não

encontram em sua essência regulamentação suficiente para irradiar seus efeitos desejados.

A intenção do constituinte é clara: visa evitar que a aplicação das normas que definem direitos e garantias fiquem dependendo da boa-vontade do legislador, como assevera o doutrinador Ferreira Filho:

A intenção que a ditou é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação. Mas, o constituinte não se apercebeu que as normas têm aplicabilidade imediata quando são completas na sua hipótese e no seu dispositivo. Ou seja, quando a condição de seu mandamento não possui lacuna, e quando esse mandamento é claro e determinado. Do contrário ela é não executável pela natureza das coisas. (FERREIRA FILHO, 2010, p. 122).

Mas, importante destacar que embora a convenção não pretendesse definir quem é a pessoa com deficiência, trata-se de uma necessidade pelo menos no que tange a dar um norte, um parâmetro acerca da terminologia “pessoa com deficiência”. Isto, pois, os destinatários/beneficiários diretos da convenção é a pessoa com deficiência, vez que se trata dos direitos daquelas pessoas, de modo que estão excluídas as pessoas sem deficiência. Ademais, conforme se depreende da 1ª parte do artigo 1, o propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Ora, se a convenção cuida dos direitos das pessoas com deficiência, nada mais correto

do que dizer quem são essas pessoas.

Afirmamos que a convenção não pretendeu definir (aqui cuidamos de definição e não de conceito para adequarmos à convenção) pessoas com deficiência, pois se assim quisesse teria feito no artigo 2 que trata das “definições”. Verificam-se nesse artigo as definições dos seguintes termos: comunicação, língua, discriminação por motivo de deficiência, adaptação razoável e desenho universal.

A 2ª parte do artigo 1 da convenção tem o propósito de oferecer orientações sobre o que se entende por pessoa com deficiência nos seguintes termos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (CONVENÇÃO DA ONU, 2010).

Importante insistir, que o texto não define em sentido estrito, apenas orienta, dá umas “dicas” do entendimento e amplitude do conceito pretendido pela Convenção. Há um intento claro da Convenção de abranger outras categorias de pessoas que não eram enquadradas como deficientes, mas do ponto de vista sociológico poderiam ser, de modo que ao orientar que pessoas com deficiência são aquelas cujos impedimentos em interação com barreiras sociais podem impedir uma participação plena e efetiva em igualdade com as demais pessoas, está explicando que, além daquelas pessoas que as legislações de cada país consideram pessoas com deficiência, poderão ser incluídos novos grupos.

É preciso fazer uma interpretação sistemática desse dispositivo com toda a

Convenção. Logo na alínea “a” do preâmbulo a Convenção relembra valores consagrados na Carta das Nações Unidas, como a dignidade e a igualdade, a dizer que esses postulados direcionam a interpretação de todos os sentidos da Convenção. Na alínea “e” reconhece que o conceito de deficiência está em evolução e, portanto, sinaliza que o conceito não pode ser estanque, definitivo, pois mutável, vez que envolve atitudes sociais, como o preconceito e a aceitação. Depois, na alínea “i”, afirma a existência da diversidade de pessoas com deficiência, o que implica em reconhecer as várias facetas da deficiência, que por serem diversas gera uma dificuldade em ser conceituada. Se complexo o conceito de deficiência, mas complexo ainda, é o conceito da pessoa com deficiência. Por fim, diretrizes na seção de princípios gerais, como o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, o respeito pela diferença e pela aceitação. Tudo isso para concluir, conforme afirmação encontrada em comentários da página da ONU (www.un.org), que a Convenção não inclui uma definição de deficiência ou pessoas com deficiência no sentido estrito, mas dá algumas orientações sobre o conceito de “deficiência” e sua relevância para a Convenção. Há então, um modelo social da deficiência, uma mudança de foco, a deficiência não está mais na pessoa, e sim na sociedade que, deixa de remover as barreiras que impedem as pessoas com deficiência de exercer a sua cidadania em regime igual às demais pessoas.

A referência explícita às barreiras que são externas à pessoa como fatores de deficiência representa um importante passo, pois ignorou a incapacidade como sendo apenas uma limitação funcional.

O entendimento da deficiência como uma questão de direitos humanos impede que seja vista como um status, um déficit individual, como uma incapacidade da pessoa de exercer um emprego, frequentar uma escola ou ter plena participação na vida social. O que a Convenção determina é que os diversos setores da sociedade

enfrentem o problema com outro enfoque, doravante não é a pessoa com deficiência que está incapaz de trabalhar ou estudar, é a sociedade/governo que não oferece suporte e treinamento para que essas pessoas exerçam uma profissão, bem como a falta de preparo dos educadores para ensinar com um mínimo de dignidade esse público. Portanto, aquele modelo antigo que controlava a vida das pessoas com deficiência, encaminhando-as a programas de caridade, reabilitação não é mais aceito, doravante, deve ser atendida a autonomia do indivíduo.

A premissa é a seguinte: a deficiência é o resultado da interação do indivíduo com um ambiente que não acomoda as diferenças e os limites pessoais ou impedem a participação do indivíduo na sociedade. Esta abordagem é referida como o modelo social da deficiência.

Uma perspectiva de direitos humanos envolve uma evolução no modo de pensar e agir dos setores diversos da sociedade, para que as pessoas com deficiência não sejam mais destinatárias de caridades ou decisões alheias.

Em outras palavras, o mecanismo de proteção e promoção não se limita ao fornecimento de serviços e demais benefícios, é preciso a mudança de atitudes e comportamentos que estigmatizam e marginalizam. Erradicação de preconceitos e barreiras é a chave para que a pessoa com deficiência não se sinta observada como tal.

Comentando o conceito da Convenção observou Piovesan:

O texto apresenta uma definição inovadora de deficiência, compreendida como toda e qualquer restrição física, mental, intelectual ou sensorial, causada ou agravada por diversas barreiras, que limita a plena e efetiva participação na sociedade.

A inovação está no reconhecimento explícito de que o

meio ambiente econômico e social pode ser causa ou fator de agravamento de deficiência. A própria Convenção reconhece ser a deficiência um conceito em construção, que resulta da interação de pessoas com restrições e barreiras que impedem a plena e efetiva participação na sociedade em igualdades com os demais. Vale dizer, a deficiência deve ser vista como o resultado da interação entre indivíduos e seu meio ambiente e não como algo que reside intrinsecamente no indivíduo. (PIOVESAN, 2010, p. 225).

Conforme se observa no conceito fornecido pela doutrinadora Flávia Piovesan, o impedimento físico, mental, intelectual ou sensorial tem como causa ou agravamento as barreiras sociais, de modo que a deficiência não está mais na pessoa e sim na sociedade. Entretanto, há pessoas com deficiência, nos termos traçados na legislação interna, que com ou sem barreiras, continuará sendo assim considerada para efeito de benefícios de diversas naturezas, visando cumprir o postulado da igualdade. Assim, uma pessoa com deficiência física (tetraplégico), pode não ter sua deficiência causada ou agravada por barreiras atitudinais, mas isso não significa que deixará de ser pessoa com deficiência.

2. ESTUDO COMPARATIVO ENTRE O ANTIGO E O NOVO MODELO

Para efeito de comparações, o Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009 que promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, servirá como ‘divisor de águas’, desse modo, ao menos na seara legal há um marco que separa

o modelo antigo do novo, pois, no campo do direito, mormente na doutrina, o novo modelo, o novo entendimento já estava de certa forma sedimentado, conforme entendimento do professor Luiz Alberto David Araujo:

O que define a pessoa com deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa com deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade, de estar incluído socialmente. O grau de dificuldade para a inclusão social é que define quem é ou não pessoa com deficiência.

[...]

A deficiência, portanto, há de ser entendida levando-se em conta o grau de dificuldade para a integração social e não apenas a constatação de uma falha sensorial ou motora, por exemplo. (ARAUJO, 2003, p. 23-24).

O decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, que regulamentou a Lei nº 7.853/89, com as alterações do decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004, trouxe um rol de deficiências, de categorias, sendo que a pessoa que tivesse uma deficiência que se amoldava em um dos modelos trazidos pelo decreto era assim considerada. Assim, o Decreto 3.298/99 não trouxe um conceito, mas categorias de deficiências. Evidentemente, o modelo aqui é o médico sem apoio do critério social, de modo que cuida do entendimento antigo.

O foco era a deficiência e não a pessoa e a sociedade. Ainda, conforme a

Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes de 1975 da ONU, o termo "pessoas deficientes" refere-se a qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Interessante citar o Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001 que promulgou a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Para esta Convenção, conforme o seu artigo 1º, entende-se por ‘deficiência’: “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada (grifo nosso) pelo ambiente econômico e social”.

Ora, o Decreto nº 3.956 trouxe um entendimento mais consentâneo do que se entende por deficiência, pois engloba um critério socioeconômico, de modo que o entendimento do decreto 3.298 estaria revogado. Mas, infelizmente, na prática, não é o que acontece, vez que este último continua sendo aplicado em diversas situações que envolvem as pessoas com deficiência, mormente em cotas de concurso públicos.

Para corroborar a dificuldade de definir deficiência, e sinalizar pela impossibilidade de limitar a deficiência num quadro de modelos, destaque para a obra “Preconceito Contra as Pessoas com Deficiência” de João Ribas, atualmente Coordenador do Programa Serasa de Empregabilidade de Pessoas com Deficiência. Pois bem, João Ribas é paraplégico e usa cadeira de rodas, e uma funcionária de Recursos Humanos de uma empresa lhe perguntou, por telefone: “Podemos dizer que o gago é deficiente”?

A pergunta ficou sem resposta, mas a opinião do autor vale ser transcrita, pela transparência da explicação, João Ribas:

Definir deficiência é uma atividade quase impossível. Saber onde começam os limites de uma pessoa e até onde chegam os seus alcances é tarefa intangível. Nem mesmo a Organização Mundial de Saúde consegue. O que ela fez foi criar a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde que não define, por exemplo, a paraplegia ou a tetraplegia como deficiência, mas a insere no conjunto de situações que leva as pessoas que terem mais ou menos possibilidade de Inclusão Social. Um paraplégico, que use cadeiras de rodas, que viva numa família pobre e que more numa favela, certamente será mais deficiente do que outro paraplégico que, embora também use cadeira de rodas, viva numa família rica e more num luxuoso condomínio fechado e a sua casa seja adaptada para as suas necessidades. (RIBAS, 2007, p. 17-18).

Note-se que no exemplo do autor acima, as duas pessoas são deficientes, entretanto, a deficiência da primeira é agravada em razão de uma situação socioeconômica. E assim que deve ser entendido o conceito da CDPD, vez que mesmo que eliminada todas as barreiras que impedem uma pessoa com deficiência de viver em condições de igualdade com as demais ela não deixará de ser deficiente.

Não é possível e nem viável ao legislador trazer conceitos fechados do que vem a ser uma “pessoa com deficiência”, pois engessa o administrador de tal maneira que pessoas com deficiências no critério social são excluídas. Conforme Pierotti (2011, p. 70): “Fruto desses inúmeros conceitos mal colocados repousa a negativa de

concessão de benefícios assistenciais, acarretando ainda mais a exclusão da pessoa portadora de deficiência na sociedade”.

E como afirmado, a Convenção não trouxe um conceito taxativo, trouxe um entendimento, o que é muito diferente e mais consentâneo com os interesses da categoria envolvida.

3. ESTUDO DE UM CASO: A DEMONSTRAÇÃO DO AVANÇO DA CONVENÇÃO

Supondo que uma pessoa que possua uma deficiência na fala, quer porque é gago ou porque é fissurado labial queira ser considerada pessoa com deficiência a fim de participar, por exemplo, no quadro de vagas reservadas para pessoas com deficiência em determinado concurso público. Como os concursos públicos se apoiam no Decreto 3.298/1999, certamente esta pessoa não obteria êxito em sua empreitada. Mas, se o fundamento fosse a Convenção, agora apoiado também por um critério social, é muito provável que o pleito desse eventual candidato seria aceito.

Evidente que não é qualquer gagueira que se aplica, o grau de severidade deve ser considerado, sendo relevantes somente àqueles casos em que a pessoa demonstra dificuldade de se integrar socialmente. Por analogia, aplica-se o ensinamento de Araújo:

O grupo de pessoas com deficiência, objeto deste estudo, não se caracteriza por qualquer grau de deficiência. Há que se atentar para o grau, que envolve essa dificuldade de inclusão social.

A proteção descrita nesse trabalho se restringe, apenas, às pessoas que apresentam um grau acentuado de

dificuldade. Tal verificação só poderá ser feita diante de um caso concreto.

Os casos-limites, no entanto, sem nenhum esforço, podem ser desde já excluídos: o bibliotecário que perde um dedo, por exemplo, poderá continuar trabalhando sem qualquer restrição. A perda do dedo não fará com que ele se torne uma pessoa com deficiência. Continua perfeitamente integrado socialmente, dentro de sua família, dentro de seu trabalho, com o seu relacionamento habitual. (ARAUJO, 1996, p. 122).

Na prática, a pessoa que tem gagueira sofre discriminação, porque não pode participar de um concurso público na reserva de cotas, e se concorre na concorrência geral terá dificuldades em eventual prova psicotécnica e entrevista pessoal, pois nessas provas são avaliados quesitos como dificuldade de comunicação e sociabilização. Ninguém duvida que a gagueira influencie numa entrevista para emprego. Mas, no caso dessa deficiência (gagueira), agora estribado na Convenção e na CIF e com lastro em laudo profissional (fonoaudiologia e serviço social), o interessado pode socorrer às vias judiciais, pois por enquanto, o Decreto 3298/99 inviabiliza o pedido administrativamente.

A principal barreira do gago é a comunicação, processo essencial para que a pessoa se interaja no meio social. Ao gago não se aplica a linguagem de sinais, pois não tem deficiência auditiva, daí que tem que enfrentar a barreira pessoal da comunicação que encontra agravos no preconceito e na própria necessidade de se comunicar com precisão, numa sociedade exigente, estressada que não encontra tempo ou paciência para entender as pessoas com deficiência. Madre Tereza de Calcutá, em

um poema sobre a paz, diz com sua sabedoria peculiar que a primeira necessidade do ser humano é a comunicação.

A deficiência está em evolução conforme expressa a Convenção. E a possibilidade de incluir a gagueira no campo da deficiência demonstra o avanço do tratado internacional.

4. OS FISSURADOS PALATAIS E OS GRAUS DE DIFICULDADE

De início, alerta-se que não será tratado com profundidade o tema que envolve a fissura labiopalatina no aspecto ligado a outras ciências que não seja a jurídica, pois não é o desiderato principal deste trabalho que possui como meta direcionar a explicação dada pela Convenção da ONU acerca de quem pode ser enquadrado no conceito, a todos os grupos de deficiência, e utilizando como modelo de demonstração, as pessoas que possuem fissuras labiais. Nesse sentido, o Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais (HRAC/USP), também conhecido como Centrinho de Bauru/SP, possui uma biblioteca rica em obras que cuidam de forma aprofundada do assunto.

Entretanto, algumas noções serão apresentadas, pois a ideia é justamente obedecer sempre os parâmetros traçados pela Convenção, de modo que não é qualquer pessoa com fissura que será considerada pessoa com deficiência. É que o método de barreiras sociais, que envolve o preconceito, concorre para a classificação de definição, donde, se conclui, que além da dificuldade da fala, mastigação e/ou audição, há de ser demonstrado que existem barreiras que impedem a plena inserção da pessoa com fissura labial no meio social em igualdade de condições com as demais pessoas. Ora, uma fissura leve como a do ator americano Joaquim Phoenix, que atuou no filme gladiador, em nada prejudica as atividades sociais e cotidianas.

No caso da fissura, a deformidade poderá provocar dificuldades para o desempenho de funções em decorrência da anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica e anatômica, que gere incapacidade para o desempenho de uma atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano, conforme previsto no artigo 3º do decreto 3.298/99.

Fissura, para os especialistas no assunto:

Da etimologia latina, a palavra “fissura” significa fenda, abertura. Para a Biologia, é transportada como “solução de continuidade” na topografia anatômica, não expressando necessariamente patologia, como por exemplo, o acidente anatômico “fissura pterigomaxilar”. No contexto patológico, o termo é genérico, amplo e denota qualquer abertura anatômica inata que diverge do normal. Sua manifestação plural envolve qualquer região da face e do crânio no tecido e ou no esqueleto, muito embora sejam usuais no lábio e/ou no palato; daí sua designação no presente capítulo “Fissuras labiopalatinas”. (SILVA F.; FREITAS, 2007, p. 17).

No dia-a-dia há necessidade de se comunicar e interagir com as demais pessoas, fazendo com que a fala exerça a função fundamental para tal intento. Portanto, distúrbios na fala repercutem negativamente junto à sociedade, soma-se o fator estético, o que ocorre com as pessoas com fissuras labiais que são estigmatizadas.

As alterações do fonema são acentuadas conforme o grau de fissura:

As alterações são as mais variadas, podendo ocorrer desde uma leve distorção de algum fonema, causada por deformidade dentofacial, até o desenvolvimento de hipernasabilidade e de mecanismos compensatórios contribuem para que o indivíduo seja alvo de adjetivos depreciativos. Muitas vezes, os danos estéticos causados pelas fissuras que envolvem também o lábio e/ou outras estruturas da face acentuam ainda mais os problemas psicossociais. (GENARO; FUKUSHIRO; SUGUIMOTO, 2007, p. 109).

Os órgãos públicos, em regra, consideram que a fissura labiopalatina traz apenas um comprometimento estético, não alterando os aspectos funcionais da pessoa. Ocorre que a fissura além do fator estético compromete a funcionalidade da fala e da mastigação.

Dentre as deficiências, a fissura labial pode ser considerada como uma das mais cruéis, pois mesmo submetido a uma série de cirurgias corretivas, o resultado nem sempre é satisfatório, vez que sobram sequelas anatômicas e psicossociais, além de comprometimentos na fala. Donde se verifica que mesmo após um longo tratamento, muitos se encontram desempregados, excluídos, justamente porque as políticas públicas não os alcançam. Ademais, por traz de um tratamento há todo um aparato familiar, sendo que os pais se afastam do trabalho para acompanhar os filhos no tratamento, quase sempre com viagens dispendiosas e longas.

Ainda, há uma população de fissurados que não tem acesso ao tratamento, por viverem em locais isolados e sem apoio da estrutura governamental. Esse grupo sofre dupla punição, a do preconceito e rejeição e a falta de políticas públicas voltadas a sua

inclusão pela falta de previsão legal.

Os fissurados sofrem rejeição e preconceito, traduzindo em barreira social, o que os fazem se sentirem diferentes, causando prejuízos psicológicos, às vezes, irreversíveis, tanto individualmente como familiar. A autoestima afetada, portanto, por si só, é fator de exclusão:

O eu do deficiente cresce e se desenvolve do mesmo modo que o do não deficiente. Porém, muitas influências, frequentemente mais poderosas, agirão sobre eles. Em muitos casos, terão de lidar, desde a infância, com experiências negativas, até mesmo degradantes e depreciativas. Crescerão com o desconforto e o sofrimento físicos relacionados à deficiência. Verão a si mesmos, de muitas formas, fisicamente limitados e se depararão com excessivas frustrações. Experimentarão a contínua incerteza quanto as suas capacidades e futura independência. Essas preocupações exercerão grande influência e terão um efeito duradouro sobre sua autoimagem, muitas vezes já muito baixo. (BUSCAGLIA, 1993, p. 195)

Os problemas enfrentados com uma pessoa com fissura labial são os mesmos enfrentados por qualquer pessoa com deficiência, além de possuírem uma deficiência física comprometidora das funções de fala e mastigação, são acometidos pelo preconceito e discriminação contida na falta de oportunidade de empregos e educação adequada, e para alguns, reabilitação.

5. OS FISSURADOS ESTÃO ABARCADOS NO NOVO MODELO?

Deve ficar evidente que com a Convenção a pessoa com fissura labial, naqueles graus considerados comprometedores de uma vida normal, já pode ser considerada deficiente, não havendo necessidade de uma previsão legal, vez que há uma disfunção na fala, na mastigação, sendo exacerbada em face da falta de políticas públicas, conscientização e a própria e necessária providência legislativa. Nesta quadra, com a recusa da administração em não enquadrar a fissura labial como deficiência, surge o interesse de agir por parte do prejudicado e, por conseguinte, poderá acionar o judiciário visando o reconhecimento dessa condição. Reconheça-se que para o administrador há dificuldade em classificar a fissura labiopalatina como deficiência, vez que este atua estritamente no campo legal, e, mormente neste assunto, a questão é vinculada, não havendo espaço para discricionariedade.

Daí, que algumas organizações, destaque para a Rede Nacional de Associações de Pais e Portadores de Fissuras Labiopalatais, vem pleiteando o enquadramento da fissura labiopalatina como categoria de deficiência em consonância com os Decretos 3298/99 e 5296/04. Alega-se, em síntese, que se trata de uma “alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física” (art. 4º do decreto 3298/99 e art. 70 do decreto 5296/04).

E em era de inclusão, o novo conceito tem que ser necessariamente aberto, pois a Administração Pública poderá priorizar as políticas públicas visando o atendimento de novos grupos que de acordo com a evolução do conceito poderão surgir. Na prática, um conceito fechado traz mais segurança para o administrador, mas enorme prejuízo para as pessoas com deficiência que não estão enquadradas legalmente. Ademais, o mandamento constitucional, mormente na garantia de uma

sociedade justa e solidária, exerce sobre a administração pública um norte constante a ser seguido, sendo que a inclusão social através de políticas responsáveis é a meta fundamental a ser perseguida pelo Brasil diante dos compromissos assumidos interna e externamente.

6. A ABRANGÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DIANTE DO NOVO ENTENDIMENTO

Com a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, o Brasil assumiu o compromisso perante a comunidade interna e externa de programar políticas públicas capazes de cumprir os princípios eleitos na presente convenção. Destarte, o governo federal instituiu o Plano Nacional das Pessoas com Deficiência – Plano Viver sem Limite, através do Decreto nº 7.612 de 17 de novembro de 2011.

Os objetivos do Plano são de responsabilidade da União com a colaboração dos entes estatais e também da sociedade, e nem poderia ser diferente, vez que houve mudança de foco, destarte a deficiência não está na pessoa e sim no meio social.

Importante destacar o artigo 1º do Decreto:

Fica instituído o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Plano Viver sem Limite, com a finalidade de promover, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, o exercício pleno e equitativo dos direitos das pessoas com deficiência, nos termos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo

nº 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. (DECRETO 7.612, 2011).

Anote-se que é possível a apreciação judicial das políticas públicas, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (1988): “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Mas, tal submissão não é ilimitada, conforme Maria Paula Dallari Bucci:

A proposição constitucional centra-se na proteção a direito, sendo esse o elemento de conexão a considerar. O judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos. Excluem-se, portanto, os juízos acerca da qualidade ou da adequação, em si, de opções ou caminhos políticos ou administrativos do governo, consubstanciados na política pública. (BUCCI, 2006, p. 31).

Por outro lado, exsurge com relevo no cenário jurídico, o fenômeno da judicialização da política, através do qual, juízes e promotores substituem à iniciativa privativa do Executivo. Cuida-se de situação excepcional, em que todas as cautelas devem ser adotadas, sob pena de ferir um dos fundamentais basilares da democracia, que é a separação dos poderes. Destarte, diante de uma ponderação de direitos em que estão em voga direitos fundamentais, aqui exemplificando a inclusão das pessoas com deficiência, pode ser movimentada a máquina administrativa através de instrumentos jurídicos, como a Ação Civil Pública.

Nosso país dispõe de uma legislação rica e esparsa referente às pessoas com deficiência, sendo, como visto, de duas categorias: Leis gerais e as pertinentes à pessoa com deficiência.

Mas, todas as políticas públicas aqui estudadas têm seus atores, seus destinatários: as pessoas com deficiência.

Necessário, portanto, mais uma vez ressaltar que as políticas públicas, doravante, devem considerar o entendimento pretendido pela Convenção da ONU, de modo que um conceito biológico, de categorias, como pretende o Decreto 3.298/199, diga-se de passagem, inconstitucional, pois invadiu competência legislativa, não pode mais servir de supedâneo para determinar quais são as pessoas com deficiência. Ora, de que adianta o Estado Brasileiro adotar a Convenção na íntegra e continuar aplicando o Decreto. É preciso entender o avanço contido nos termos da Convenção, que tem como preocupação assegurar os direitos já conquistados, mas, antes de tudo, quer eliminar os preconceitos, discriminações e as barreiras sociais, através de programas de Conscientização conforme artigo 8:

Os Estados Partes se comprometem a adotar medidas imediatas, efetivas e apropriadas para: a) Conscientizar toda a sociedade, inclusive as famílias, sobre as condições das pessoas com deficiência e fomentar o respeito pelos direitos e pela dignidade das pessoas com deficiência; b) Combater estereótipos, preconceitos e práticas nocivas em relação a pessoas com deficiência, inclusive aqueles relacionados a sexo e idade, em todas as áreas da vida; c) Promover a conscientização sobre as capacidades e contribuições das pessoas com deficiência. (DECRETO

6.949, 2009).

Qual deve ser o parâmetro então utilizado pelo legislador e administrador para definir uma pessoa com deficiência? Primeiramente, considere as que estão abrangidas pelo Decreto e depois observe outros grupos que possuem pessoas com deficiência física, psicossocial, intelectual ou sensorial que não estão incluídas no Decreto, mas, que esses grupos em confronto com as barreiras sociais poderão não gozar de uma participação plena e efetiva em regime de igualdade com os demais grupos. À evidência, deve ser precedido de um estudo social e econômico corroborado por um modelo médico.

O que não pode ser exigido é um impedimento concreto e efetivo, pois a Convenção não aplica este rigor, mas apenas a mera possibilidade de não poder obstruir satisfatoriamente de uma vida social digna em regime de paridade às demais pessoas.

Vale lembrar, que o termo deficiência, por si só, é discriminatório, pois em sua etimologia, significa falta, incompletude de alguma coisa. Na verdade, todos somos iguais, mas em determinadas hipóteses devemos ser tratados diferentes apenas porque, justamente, nascemos todos iguais. Boaventura de Souza Santos:

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2003, p. 56).

Então, o conceito de deficiência está em constante evolução, como se nota na história da deficiência. E não poderia ser diferente, pois há uma “pitada” de cultura e preconceito. Leo Buscaglia, em tópico denominado “Ninguém nasce com deficiência”, conta uma história interessante que reproduz como uma deficiência pode ser ou não ser uma deficiência propriamente dita:

Há uma história espanhola ao mesmo tempo divertida e perturbadora que fala de uma terra onde os habitantes, um a um, descobrem que estão desenvolvendo caudas! Para o seu horror, os primeiros a produzirem tal apêndice, semelhantemente aos dos macacos, fazem o que podem para escondê-lo. Desajeitadamente enfiam suas caudas em calças e camisas largas a fim de ocultar sua estranheza. Mas, ao descobrirem que todos estão desenvolvendo caudas, a história muda de modo drástico. Na verdade, a cauda revela-se de grande utilidade para carregar coisas, para dar maior mobilidade, para abrir portas quando os braços estiverem ocupados. Estilistas de moda começam a criar roupas para acomodar, na verdade, acentuar e liberar as recém-formadas caudas. Logo, começam-se a usar adornos para chamar atenção a esta novidade. Então, de repente, aqueles que não desenvolveram caudas são vistos como esquisitos, e começam freneticamente a procurar formas de esconder tal fato, comprando caudas postiças ou retirando-se completamente da sociedade “de cauda”. Que vergonha,

não ter cauda. (BUSCAGLIA, 1993, p. 21).

Essa história mostra claramente que é a sociedade que cria a deficiência e dimensiona conforme seu preconceito ou falta de conhecimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dos grupos vulneráveis, talvez o que se encontra menos protegido é o das pessoas com deficiência. Com efeito, temos o Estatuto do Índio, do Idoso, do consumidor, entre outros, todos com o objetivo de concretizar o princípio da igualdade no aspecto material. A Convenção da ONU é um marco, pois em era de globalização demonstra que o problema não é local, específica de uma população, cuida-se de uma situação geral que deve ser sempre revista e debatida.

O reconhecimento da deficiência como um modelo social sinaliza o rompimento definitivo da deficiência voltada exclusivamente no modelo médico, pois conforme estudado a maior deficiência é a estigmatizante, preconceituosa. Contra essa a pessoa nada pode fazer e, não raras vezes, prefere viver reclusa a se expor.

A verdade é que muito deve ser feito em prol dessa categoria, embora primeiro se deva colocar o que está garantido legalmente. Após, estudar outros meios de assegurar a plena inclusão social, pois o princípio da igualdade não se esgota num primeiro toque, ele segue antes, durante e depois. O candidato com deficiência que foi beneficiado com uma vaga tem que ter necessariamente um benefício durante o serviço e após, como uma aposentadoria especial.

Não é fácil lidar com a deficiência, em face de sua complexidade e fatores externos que a envolve, daí a dificuldade de conceituar com precisão a pessoa que a tem. Mas, um conceito dentro da realidade foi fornecido, com uma margem de erro para mais ou para menos, admita-se. Mas, a sociedade deve e pode correr certos riscos

em obediência ao bem comum, pois nesse meio, mais vale o intento de incluir um deficiente que não seja, do que excluir um que seja.

Desse modo, a proposta de elementos acerca do conceito de pessoa com deficiência visa a subsidiar os administradores e aplicadores do direito sempre que lidarem com questões atinentes a esse grupo. Assim, indagações como a seguinte já poderão ser respondidas: A pessoa que foi considerada pessoa com deficiência pela legislação pode deixar de ser em razão da alteração legislativa? Ademais, a evolução da deficiência significa apenas que novas categorias podem surgir, ou seja, não permite que novas categorias possam deixar de serem consideradas como deficientes? A resposta é positiva para a primeira e negativa para a segunda.

A evolução da deficiência permite essa mudança, pois não houve retrocesso na questão de direitos fundamentais, houve avanço no modelo médico, eis que nenhuma mudança nesse campo é feito sem uma comprovação científica e fundamentada através da mais atual tecnologia. Dessa feita, essa alteração do significado da deficiência é desejada, por isso que o conceito não pode ser estanque e sim aberto, desejável a fim de dar contornos específicos visando subsidiar os aplicadores do direito na árdua missão de distribuir uma das principais virtudes, a justiça.

Portanto, essa simbiose, a interação do paradigma médico com o social, deve ser sopesada e revista periodicamente, e nesse sentido, o relatório mundial da deficiência que prevê reuniões periódicas envolvendo autoridades no assunto e representantes das pessoas com deficiência demonstram a seriedade da Convenção.

Acreditamos que a Convenção a despeito de ser um documento jurídico de hierarquia constitucional servirá mais aos governantes do que ao próprio judiciário, pois foram realizadas alterações legislativas importantes incorporando as diretrizes do tratado, e o próprio conceito, que como afirmado, é mais uma explicação do que uma

conceituação. Não obstante, ao judiciário cabe observar o regramento da Convenção e aplicar aos casos concretos que envolvam pessoas com deficiência.

Por tal motivo, a Convenção destaca a diversidade da deficiência, de modo que esta é uma particularidade como qualquer outra encontrada no ser humano. Nesse sentido, coadunamos com a preciosa lição do Dr. Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:

Se a deficiência é tida como algo inerente à diversidade humana, é possível afirmar, sem qualquer jogo de palavras, que as pessoas cegas, surdas, paraplégicas e tetraplégicas apresentam atributos, como já disse, que devem ser equiparados aos demais atributos humanos, como gênero, raça, idade, orientação sexual, origem, classe social, entre outros. Tais atributos, porém, não contêm qualquer deficiência. A deficiência está, doravante, nas barreiras sociais que excluem essas pessoas do acesso aos direitos humanos básicos. Trocando em miúdos, quero dizer que a deficiência não está na pessoa e sim na sociedade, que deve, como determinam todos os demais dispositivos da Convenção da ONU, buscar políticas públicas para que os detentores daqueles atributos outrora impeditivos emancipem-se. (FONSECA, 2012, pg. 27).

Nunca é demais repetir que a igualdade material está amarrada à liberdade, na mais importante afirmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. O lema do dia Internacional

da Pessoa com Deficiência era “inclusão social e participação plena”, o da Convenção é “nada sobre nós, sem nós”. Houve um avanço na conquista dos direitos, doravante é a busca da liberdade, autonomia, emancipação da pessoa com deficiência. Nesse sentido, o conceito evolui também.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 2 ed. Brasília: Corde, 1996.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. 3 ed. Brasília: Corde, 2003.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *Barrados. Pessoas com deficiência sem acessibilidade: como, o que e de quem cobrar*. Rio de Janeiro: KBR, 2011.

BRASIL. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 set. 2012.

BRASIL. Decreto nº 3.956/2001, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a eliminação de todas as formas de discriminações contra as pessoas portadoras de deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm>. Acesso em: 25 set. 2012.

BUSCAGLIA, Leo. *Os deficientes e seus pais*. Rio de Janeiro: Record, 1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito. Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência: Decreto Legislativo nº 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4ª Ed., rev. e atual. Brasília : Secretaria de Direitos Humanos, 2010. 100p.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de Coragem*. Em manual dos Direitos das Pessoas com deficiência. Org. Carolina Valença Ferraz [et al.]. São Paulo: Saraiva, 2012.

GENARO, K.F; FUKUSHIRO, A.P; SUGUIMOTO, M.L.F.C.P. *Avaliação e Tratamento dos Distúrbios da Fala*. In: *Fissuras labiopalatinas: uma abordagem interdisciplinar*. Coord, Inge Elly Kiemle Trindade e Omar Gabriel da Silva Filho. São Paulo: Santos, 2007.

NASSIF da Silva, Diego; BREGA Filho, Vladimir. *Conceito jurídico de pessoas com deficiência; Por uma sistematização das políticas Públicas; em políticas públicas da previsibilidade a obrigatoriedade: uma análise sob o prisma do Estado social de direitos*. Dirceu Pereira Siqueira e Fernando de Brito Alves (organizadores). Editora Boreal, 2011.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. Resolução nº 3.447 de 1975. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 9.12.1975. *Declaração de direitos das pessoas deficientes*. Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Portadores-de-Defici%C3%A2ncia/declaracao-de-direitos-das-pessoas-deficientes.html>>. Acesso em:

04 set. 2012.

PIEROTTI, Wagner de Oliveira. *O Benefício Assistencial a Idosos e Portadores de Deficiência*. São Paulo: Leud, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBAS, João. *Preconceito contra as pessoas com deficiência: as relações que travamos com o mundo*. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA FILHO, Omar Gabriel da; FREITAS, José Alberto de Souza. *Fissuras labiopalatinas: uma abordagem interdisciplinar*. Coord, Inge Elly Kiemle Trindade e Omar Gabriel da Silva Filho. São Paulo: Santos, 2007.

RESUMOS EXPANDIDOS

A EVOLUÇÃO JURÍDICA NO TRATAMENTO DOS ESPAÇOS INTERNACIONAIS COMUNS: UM REFLEXO DO PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Paula Ritzmann Torres¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é demonstrar a evolução simultânea entre o processo de internacionalização dos direitos humanos e o desenvolvimento na terminologia utilizada para denominar os espaços não submetidos à jurisdição dos Estados (Alto-Mar, Espaço Exterior e Antártica). Mediante a utilização da teoria das gerações dos direitos humanos, sem, todavia, negar a sua unidade e complementaridade, objetiva-se demonstrar o paralelo existente entre os direitos dos homens e o princípio reinante na regulamentação dos territórios para além das fronteiras estatais, enfatizando as

¹ Há consenso entre os doutrinadores e agentes legislativos sobre o regime jurídico do Alto-Mar e do Espaço Exterior, sendo ambos considerados como impassíveis de apropriação pelos Estados. No tocante à Antártica, a despeito do debate acadêmico e político sobre a sua natureza jurídica não ter restado pacificado, hoje pode-se afirmar que a contenda envolvendo soberania e reclamações territoriais garantem à Antártica o *status* de território internacional, pelo menos enquanto durar o Tratado de 1959 que congelou as pretensões de soberania sobre este Continente. MELLO, Celso D. de Albuquerque. Alto-Mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

transformações que ocorreram no ideário da sociedade internacional ao longo dos últimos séculos.

Palavras-Chave: *Direito Internacional dos Direitos Humanos; Espaços Internacionais comuns; terminologia.*

ABSTRACT

The aim of this study is to demonstrate the simultaneous evolution in the process of internationalization of human rights and the development in the terminology used to describe the spaces not subject to the state's jurisdiction (High Seas, Outer Space and Antarctica). Using the human rights generation theory, without, however, denying the unity and complementarity of these rights, the objective is to demonstrate the parallels between the rights of men and the reigning principle in the regulation of the territories beyond the state borders, emphasizing the transformations that occurred in the international society over the past centuries.

Key-words: *International Human Rights law; Global commons; terminology.*

INTRODUÇÃO

A evolução do arquétipo normativo dos direitos humanos foi permeada pela luta histórica para a conscientização coletiva da necessidade de se revisitar os conceitos voluntaristas clássicos que permeavam a regulamentação dessas temáticas, em favor de uma postura mais atrelada aos interesses difusos da comunidade internacional.

Nesse mote de análise contemporânea dos direitos humanos, os espaços internacionais comuns, caracterizados como territórios não submetidos à jurisdição estatal (Alto-Mar, Espaço Exterior e Antártica¹), devido ao seu potencial econômico e ambiental, possuem relevância, uma vez que, ao longo da história ensejaram diferentes posturas regulatórias, culminando com a adoção de uma administração equânime e comunitária dos recursos naturais ali situados.

O objeto desse trabalho é o exame da evolução na nomenclatura dos espaços internacionais comuns, com o desígnio de atestar como tal terminologia, dinâmica e atrelada ao panorama histórico-social vigente, acompanhou as transformações ocorridas no processo de internacionalização dos direitos humanos.

¹ RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

1. MATERIAIS E MÉTODOS

Mediante a utilização do método indutivo, por meio de quadro retrospectivo sobre a travessia vivenciada *pelo jus gentium* contemporâneo, demonstrar-se-á, tendo como marco teórico o pensamento de Cançado Trindade e Guido Soares, que, do espectro liberal, voluntarista, inter-estatal clássico, representado pelos conceitos de *res nullius* e *res communis*, caminhou-se para um engajamento mais próximo a valores universais e precaucionistas, consolidados nas noções de patrimônio comum da humanidade e de espaços internacionais comuns.

2. RESULTADOS E DISCUSSÕES

Sem a pretensão de esgotar o estudo do tema, mas, primordialmente, com o desígnio de fomentar o seu debate, se faz mister o aprofundamento da análise da evolução histórica paralela entre os direitos humanos e a nomenclatura dos territórios não submetidos a jurisdição dos Estados, sobretudo em razão de consolidar-se, na atualidade, um cenário de alargamento do domínio de aplicação dos direitos dos indivíduos.

3. BREVE ABORDAGEM SOBRE A EVOLUÇÃO HISTÓRICA GERACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A afirmação histórica dos direitos humanos é abalizada pela metamorfose constante², uma vez que a expansão de tais direitos acompanhou o processo de desenvolvimento da sociedade, suas lutas, retrocessos e conquistas. Com o propósito específico de ilustrar este progresso civilizatório, utilizar-se-á a teoria das gerações de

² Ibid., p. 71.

direitos, originalmente formulada, em 1979, por Karel Vasak¹. Não obstante as críticas quanto a este arcabouço teórico – pela sua categorização estanque entre as gerações²³ – a sua eleição deu-se exclusivamente pelo seu enraizamento histórico. Assim, não se está a negar, de forma alguma, que entre as dimensões de direitos humanos aja um movimento de interação, cumulação e sedimentação⁴, elucidando o *continuum* evolutivo da sociedade.

Inicialmente, cumpre apontar que, a despeito de se poder discutir a existência de direitos fundamentais desde o período da Antiguidade, a teoria dos direitos humanos adquire maior relevância a partir do período westfaliano.

A primeira geração de direitos do homem atrela-se ao período absolutista clássico e pressupõe os direitos de liberdade, que visam impor limites à soberania estatal através da proteção da autonomia dos indivíduos. As funções a serem exercidas pelo Estado, nesse panorama, são tanto de abstenção, em violar tais direitos (prestação negativa), quanto de ação, em exigir o cumprimento das garantidas dadas aos cidadãos.

Com a transposição dos séculos, trasladando-se para os idos de 1800, ascendem os direitos de segunda geração, representados pela prestação positiva do Estado a subsidiar os direitos humanos. Ligados ao valor da igualdade, esses direitos são sociais, culturais e econômicos, demandando a participação estatal na realização da justiça social, mediante a satisfação das necessidades da sociedade e dos hipossuficientes.

¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1993.

³ Ibid., p. 222.

⁴ RAMOS, op. cit., p. 74.

Os direitos de terceira dimensão, por sua vez, são considerados como coletivos ou difusos, cuja titularidade pertence a todos os indivíduos, em seus interesses comuns. Tais direitos, alude André de Carvalho Ramos, são frutos da: “descoberta do homem vinculado ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão (...) desigual de riquezas e verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana”⁵.

Enquanto as duas primeiras dimensões de direitos vinculam-se, especialmente, ao âmbito nacional, os direitos difusos associam-se de forma internacional, na medida em que superam a existência das fronteiras entre os Estados.

Incumbe ressaltar, nessa senda, que o processo de internacionalização dos direitos humanos, além de ser impulsionado pela proteção dos direitos coletivos, foi igualmente impelido pelo esforço reconstrutivo pós II Guerra Mundial, o qual visou estabelecer os direitos dos indivíduos como paradigma ético norteador da ordem internacional contemporânea⁶. Na medida em que se fortalece o ideal de proteção dos direitos humanos para além do domínio reservado do Estado⁷, mediante exigências propostas pela comunidade internacional, a evolução desses direitos aproxima-se dos anseios da humanidade como um todo.

Para além das três dimensões clássicas dos direitos humanos alguns estudiosos asseveram pela existência de uma quarta e quinta gerações, as quais propugnam por outros direitos difusos e afetos a realidade globalizada, tais como os direitos de bioética, democracia, pluralismo, informação e paz⁸.

⁵ PIOVESAN, Flavia. Direitos Humanos e justiça internacional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

⁶ Ibid., p. 40.

⁷ BONAVIDES, op. cit.

⁸ SOARES, Guido Fernando Silva. Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades. São Paulo: Atlas, 2003, p. 99.

4. O PROGRESSO NAS CONCEPÇÕES SOBRE OS ESPAÇOS NÃO SUBMETIDOS À JURISDIÇÃO ESTATAL

O conceito de espaço em direito internacional é dinâmico e varia, em cada momento histórico, para expressar os conceitos que refletem a realidade jurídica vigente¹. Tendo em vista que o desenvolvimento da terminologia dos territórios não subordinados à jurisdição dos Estados faz parte de um processo mais amplo de desenvolvimento da sociedade internacional, pode-se estabelecer um paralelo, com diversos aspectos em comuns, entre as mutações sofridas na nomenclatura de tais espaços e a expansão da proteção dos direitos humanos, ocorrida nos últimos séculos.

Originalmente, no período da antiguidade clássica, havia sido outorgada a definição romana de *res nullius*, ou seja, *bien n'appartenant à personne* para os espaços existentes para além das fronteiras estatais. Nesse período, ainda que imperasse o princípio da não apropriação formal, na prática, desenvolvia-se a expansão dos Estados sobre esses territórios, alegando que, conjuntamente à sua não utilização, vigorava o princípio de *mare liberum*².

¹ RANGEL, Vicente Marotta. Natureza jurídica e delimitação do mar territorial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 35.

² Não obstante o alto-mar não seja o único espaço situado além das jurisdições estatais – pois a ele se aliam a Antártica e o espaço exterior – inicialmente a discussão teórica acerca desses territórios restringiu-se às questões marítimas, pois, devido ao desconhecimento tecnológico, os outros espaços ainda não haviam atraído a atenção dos estudiosos. SOARES, op. cit., p. 307.

Para legitimar a ampliação territorial marítima³, emergiu outra corrente, a da *res communis* ou *un bien commun à tous*. Essa elaboração teórica cindiu os estudiosos, entre os apoiadores da doutrina negativa e os partidários da vertente liberal⁴. O regime da *res communis* ganhou mais adeptos, por sua possibilidade de realizar uma regulamentação comum e por ser mais favorável aos direitos coletivos. Contudo, apesar da aparência de proteção difusa, com a adoção do preceito da gestão comunitária, passou a reinar a liberdade de exploração por todos os Estados que a quisessem e tivessem recursos econômicos e tecnológicos para fazê-la.

Percebe-se que como as terminologias inicialmente utilizadas para denominar os espaços internacionais (*res nullius* e *res communis*) eram estritamente inter-estatais e despreocupadas com qualquer interesse não soberanista⁵, elas se aproximam dos preceitos vigorantes no cenário que permeava os direitos de primeira e segunda geração, uma vez que, nesse diapasão, a proteção concedida aos cidadãos se resumia ao ambiente intra-fronteiriço.

Na segunda metade do século XX, entretanto, devido a fatores de ordem exógena, houve um desvio nesse primado voluntarista e dispar de direito internacional clássico com o ressurgimento de outros paradigmas jurídicos. A expansão do direito internacional dos direitos humanos, o fortalecimento das organizações internacionais e a preocupação com o meio ambiente contribuíram para que a ordem westfaliana

³ KISS, Alexandre-Charles. La notion de patrimoine commun de l'humanité. In Recueil des Cours: collected courses of the hague academy of international law. London: Martinus Nijhoff publishers: 1982, p. 110-130.

⁴ CASELLA, Paulo Borba. Direito Internacional dos Espaços. São Paulo: Atlas, 2009, p. 566.

⁵ MENEZES, Wagner. Ordem Global e Transnormatividade. Injuí: Unijuí, 2005, p. 25/30.

cedesse lugar à outra sociedade, com novos atores e temas na agenda internacional, assentada sobre parâmetros sociais e princípios solidaristas¹.

Diante dessa reformulação conceitual, a discussão sobre *res nullius* e *res communis* ficou suplantada pela teoria geral do patrimônio comum da humanidade, originada com Albert de Lapradelle e consolidada com Alexandre Kiss. Esse conceito extrapola a idéia de exploração anárquica dos recursos naturais em favor de um projeto comunitário de interesse da humanidade - presente e futura - onde, além do uso livre dessas riquezas, haja uma coordenação em sua gestão e conversação².

Essa inovação na terminologia dos territórios existentes além da jurisdição dos Estados se aproxima ao ideal proposto pelos direitos de terceira geração, devido ao seu caráter comum, de gestão partilhada por todos e em benefício da humanidade. Ademais, com o fortalecimento do entendimento amplo do “direito à vida”³ difusamente entendido, compreende-se o direito ao meio ambiente equilibrado e à proteção dos recursos naturais, com seu uso racional e equitativo por todos⁴.

Apesar de todo o brilhantismo inovador, a teoria do patrimônio comum da humanidade aparenta pecar por atribuir a esses espaços uma designação diretamente relacionada à propriedade, o que restringe seu entendimento ao aspecto patrimonial. A partir do exame analítico do conceito de patrimônio comum da humanidade, a doutrina internacional propôs outra nomenclatura para a qualificação dos espaços além das jurisdições estatais, qual seja a dos *global commons* - no Brasil, Guido Soares materializou o termo espaços internacionais comuns.

¹ Ibid., p. 114-130.

² RAMOS, op. cit., p. 118.

³ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 950-958.

⁴ SOARES, op. cit., p. 107.

Tal conceito inclui o elemento da atribuição comunitária de direitos e deveres em sua denominação e se amolda à designação desses territórios, cuja prioridade é a utilização pacífica, comunitária e preservacionista⁵. Os espaços internacionais comuns devem ser pensados nos ditames da justiça ambiental, compreendendo que os seres humanos devem explorá-los, hoje, de forma conjunta e em prol de todos, ao mesmo tempo em que deixam essas riquezas para as próximas gerações, em quantidade e qualidade suficientes para assegurar elas atendam suas necessidades básicas⁶.

Esse novo conceito, que reflete o contexto histórico-social da comunidade em que se encontra inserido, representa, em epítome, o reconhecimento da inter-relação ou indivisibilidade dos direitos humanos, evitando a sua negligência⁷, bem como garantindo a tutela, nos termos propostos não apenas pelos direitos de terceira geração, mas, igualmente, pelos direitos de quarta e quinta dimensão, consubstanciados no direito à democracia, ao pluralismo e à paz⁸.

CONCLUSÕES

Sumarizando o que foi explicitado, conclui-se que é plausível evidenciar um paralelo entre a evolução histórica dos direitos humanos e o progresso na nomenclatura empregada para denominar os espaços não submetidos à jurisdição dos Estados. Percebe-se que, mediante a utilização da teoria das gerações/dimensões dos

⁵ KISS, Alexandre-Charles. Justiça ambiental e religiões cristãs. In Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 51.

⁶ CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 222/223.

⁷ BONAVIDES, op. cit., 1993.

⁸ Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos (GPDH). E-mail: deiabenedetti@hotmail.com

direitos humanos, que há uma proximidade entre: as duas primeiras gerações dos direitos humanos, tidos como liberais e sociais, nacionalmente protegidos, e os termos *res nullius* e *res communis*, que garantiam a tutela de exploração em benefício dos Estados; a terceira dimensão de direitos humanos e o conceito de patrimônio comum da humanidade, ambos visualizando uma gestão comum e em prol de todos; a quarta e quinta geração de direitos humanos e o termo espaços internacionais comuns, todos engajados com o ideal genuinamente equânime e solidarista para toda humanidade, difusamente considerada, visando, também, democracia, o pluralismo e a paz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____, Antonio Augusto. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Ed., 1993.

CASELLA, Paulo Borba. *Direito Internacional dos Espaços*. São Paulo: Atlas, 2009.

KISS, Alexandre-Charles. *La notion de patrimoine commun de l'humanité*. In Recueil des Cours: collected courses of the hague academy of international law. London: Martinus Nijhoff publishers: 1982.

_____, Alexandre-Charles. *Justiça ambiental e religiões cristãs*. In Desafios do Direito Ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Alto-Mar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENEZES, Wagner. *Ordem Global e Transnormatividade*. Injuí: Unijuí, 2005.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Vicente Marotta. *Natureza jurídica e delimitação do mar territorial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

NÚCLEO DE ESTUDOS E DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Andréa Regina de Moraes Benedetti¹

Marta Botti Cappelari²

RESUMO

O trabalho apresenta e discute os resultados do projeto intitulado Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente (NEDDIJ-FB) desenvolvido na Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE), *campus* de Francisco Beltrão. Trata-se um projeto que tem por objetivo a proteção dos direitos humanos, defendendo e protegendo crianças e adolescentes que se encontrem em situação de risco ou que tenham seus direitos violados ou ameaçados de serem violados, assim como àquele a quem se atribua a prática de atos infracionais. A pesquisa é descritiva, com abordagem quanti-qualitativa de análise e o marco teórico se perfaz nos direitos humanos e fundamentais aplicáveis à criança e ao adolescente. Objetiva, sobretudo, demonstrar o trabalho desenvolvido quanto às medidas extrajudiciais de defesa da criança e do

¹ Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos (GPDH). Coordenadora do NEDDIJ-Francisco Beltrão. E-mail: mbcapellari@ig.com.br

² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

adolescente. O tema se justifica por evidenciar as diferentes perspectivas de eficácia dos direitos da criança e do adolescente em relação às práticas sociais, bem como por analisar a instituição NEDDIJ-FB quanto às suas ações de proteção dos Direitos Humanos.

DESENVOLVIMENTO:

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagrou, em seu artigo 227³, a Teoria da Proteção Integral, que assegura às crianças e adolescentes cuidados específicos; no mesmo sentido, também a Lei nº 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (1990) Estatuto da Criança e do Adolescente adotou, em seu artigo 1^o⁴ expressamente a Proteção Integral da Criança e do Adolescente.

Com o objetivo de dar efetividade ao dispositivo constitucional e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, o NEDDIJ-FB é um projeto de extensão que desenvolve política pública eficaz de atendimento, defesa e proteção da criança e do adolescente que se encontre em situação de risco, ou tenha seus direitos violados ou ameaçados, assim como àquele a quem se atribua a prática de atos infracionais. Foi instituído pelo Programa Universidade sem Fronteiras, Subprograma Incubadora de Direitos Sociais, vinculado à Secretaria de Estado da Ciência, Tecnologia e Ensino (SETI) do Estado do Paraná e organizado mediante parceria com o Ministério Público do Estado do Paraná. É desenvolvido nas Comarcas de Francisco Beltrão-PR (abrangendo ainda os municípios de Manfrinópolis-PR e Enéas Marques-PR) e Marmeleiro-PR (que abrange ainda os municípios de Flor da Serra do Sul-PR e Renascença-PR) por meio dos cursos de Direito e Pedagogia da Universidade Estadual do Oeste do Paraná.

³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

⁴ Prof. Doutor em Sociologia da Unicentro.

Neste sentido, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (1990) considera-se criança, para os efeitos da lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Na seara internacional, contudo, considera-se criança “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a Lei aplicável à criança, a maioridade seja aplicada antes” (ONU, 1989), nos termos do artigo 1º, da Convenção sobre Direitos da Criança, aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1989.

Independente, todavia, da idade considerada entre a legislação interna e internacional, denota-se que o ordenamento brasileiro protege os direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente, estimulando a adoção de políticas públicas hábeis a assegurá-los.

Assim é que, no Brasil, a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo lhes assegurada a proteção integral e os meios, oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Ademais, sendo dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária da criança e do adolescente, evidencia-se que a atividade do NEDDIJ-FB é medida eficaz de proteção de direitos humanos.

Assim sendo, a principal premissa do projeto é atuar na prevenção e defesa dos direitos da criança e do adolescente, oportunizando sua integração ao seu meio social de maneira completa, o que somente pode ser feito se o atendimento que lhe for oferecido permitir uma abordagem ampla, de natureza interdisciplinar.

Para alcançar tal fim, considera imprescindível a atuação da equipe formada por profissionais e estudantes da área do Direito e da Pedagogia. Deste modo, por meio de profissionais do Direito, auxiliados por acadêmicos bolsistas do mesmo curso, são garantidos judicialmente o cumprimento das metas estabelecidas pelo ECA. Noutra margem, mas sempre conjugando esforços, os profissionais e acadêmicos bolsistas do curso de Pedagogia promovem a divulgação, conscientização e a aplicação do ECA.

Destarte, o trabalho desenvolvido apresenta fundamental importância posto que sua proposta de atuação é voltada para a operacionalização dos direitos por meio do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, da Secretaria de Direitos Humanos, do governo Federal.

O objetivo geral do projeto, portanto, é oferecer atendimento e acompanhamento jurídico e pedagógico à criança e adolescente que se encontre em situação de risco, por meio do Sistema de Garantia dos Direitos, no âmbito da comarca de Francisco Beltrão—PR.

Para tanto, desenvolve as seguintes atividades: a) assessoria jurídica (atendimento à criança e adolescente que tenha qualquer de seus direitos violados, atendimento aos Conselhos Tutelares das referidas Comarcas e participação ativa no Conselho Municipal da Criança e do Adolescente); b) Assistência Judiciária (defesa em juízo de direitos das crianças e adolescentes, com ênfase na promoção da conciliação entre as partes no melhor interesse da criança e/ou do adolescente); c) Atividades Pedagógicas (teatro de fantoches, contação de estória, palestras para os professores da rede estadual de ensino, desenvolvimento de material pedagógico voltado para a disseminação do ECA) e d) Atividades Científicas (estudo, discussão e publicação de artigos científicos sobre o Direito Infância-Juvenil).

As atividades jurídicas são coordenadas por um professor-orientador do Curso de Direito e desenvolvidas por dois advogados, assessorados por quatro acadêmicos, também do Curso de Direito, todos bolsistas, que prestam atendimento jurídico gratuito a crianças e adolescentes residentes nas Comarcas de Francisco Beltrão e Marmeleiro, que estejam vivenciando situação de risco pessoal ou necessitem da proteção judicial, para que lhe seja assegurada a tutela de seus direitos. A atuação destes profissionais alcança, ainda, a defesa de adolescentes submetidos a ações socioeducativas, dentre outras medidas aplicadas pela Vara da Infância e da Juventude.

A intervenção do advogado-defensor se dá por meio de nomeação judicial ou outorga de instrumento procuratório pelo responsável pela criança ou adolescente, conferindo-lhe poderes para representá-lo judicialmente.

Diante do caso concreto que necessite da intervenção judicial para a solução do conflito, os trabalhos envolvem primeiramente a tentativa de conciliação extrajudicial, sempre visando minimizar os efeitos da demanda sobre a criança ou adolescente.

As atividades pedagógicas são coordenadas por um professor-orientador do Curso de Pedagogia, que conduz o desenvolvimento de material pedagógico sobre o ECA, auxiliado por um pedagogo e por um acadêmico bolsista da área; contudo, todos os integrantes, sejam do Curso de Direito ou da Pedagogia, trabalham em conjunto para consolidar estratégias de atendimento, defesa e proteção da criança e do adolescente que se encontre em situação de risco, ou tenha seus direitos violados ou ameaçados e àquele a quem se atribua a prática de atos infracionais, nas Comarcas de Francisco Beltrão e Marmeleiro.

Nesta senda, conforme a Constituição Federal (1998) é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à

cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Deste preceito decorre que o artigo 227 da Constituição Federal representa o metaprincípio da prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, que tem como destinatários a família, a sociedade e o Estado. Tem-se então, que os destinatários são responsáveis pela implementação, por assegurar o cumprimento.

Ou seja, falar das medidas socioeducativas implica debater sobre as políticas em torno destas medidas e aprofundar aquilo que pode se constituir conjunto de ações dirigidas à adolescência com todas as demandas e especificidades que esta etapa da vida humana possui (SPOSATO, 2004, p. 11).

O projeto NEDDIJ-FB, tornando possível operacionalizar a realização de direitos, a partir dos eixos constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) permite o aprimoramento da defesa técnica em favor daqueles que se encontram em conflito com a lei, assim como oferecendo condições de acesso à Justiça nas situações em que a criança e o adolescente necessitem da tutela judicial, em franca e evidente promoção de direitos humanos.

Ora, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) se assenta no princípio (SARAIVA, 2009) de que “todas as crianças e adolescentes, sem distinção, desfrutam dos mesmos direitos e sujeitam-se a obrigações compatíveis com a peculiar condição de desenvolvimento que ostentam”. Assim, o Princípio da Prioridade Absoluta, erigido como preceito fundante da ordem jurídica, estabelece a primazia deste direito no artigo 227 da Constituição Federal. Tal princípio está reafirmado no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e neste dispositivo estão lançados os fundamentos do chamado Sistema Primário de Garantias, estabelecendo as diretrizes para uma Política

Pública que priorize crianças e adolescentes, reconhecidos em sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento (SARAIVA, 2009).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A promoção e defesa dos direitos humanos e fundamentais da criança e do adolescente, por meio de adoção de políticas públicas eficazes é medida de destacado relevo no Brasil. Para tanto, a atuação de instituições e as práticas de proteção dos Direitos Humanos das crianças e adolescentes deve ser efetiva e multidisciplinar de modo a enfrentar com êxito este desafio.

Em face do exposto, entende-se que o NEDDIJ-FB dá efetivo cumprimento ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na medida em que cumpre as premissas previstas naquele Estatuto, sobretudo quanto às linhas de ação da política de atendimento.

Isto acontece porque o projeto congrega em sua atuação atendimento e prevenção às crianças vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão, mas também oferta assistência e proteção jurídico-social para todas as crianças e adolescentes das Comarcas de Francisco Beltrão e Marreleiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO FEDERAL*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html>. Acesso: 11 nov. 2012.

BRASIL. LEI 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990. *ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso: 11 nov. 2012.

ONU. *Convenção sobre direitos da Criança*. 1989. Disponível em: <http://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso: 11 nov. 2012.

SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral, uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPOSATO, Karyna Batista (org.). *Guia teórico e prático de medidas sócio-educativas*. Instituto Latino Americano das Nações Unidas, 2004.

GT ENSINO DE SOCIOLOGIA DO DIREITO: PROPOSTAS METODOLÓGICAS

DIREITO E AUTONOMIA

Mario de Souza

Martins¹

Anne Geraldi Pimentel²

RESUMO

Verificar a regulação da sociedade através das relações socioeconômicas: o Direito teria alguma autonomia no sentido de determinar estas relações? O presente artigo objetiva identificar a relação do Direito e Sociologia à medida que a Resolução CNE nº 9/2004, indica uma visão crítica e autônoma da realidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com discussão teórica sobre a posição de autores do Direito e da Sociologia sobre a autonomia da regulação social através da Ciência do Direito. Propõe-se o estudo de autores com visões diferentes sobre a autonomia do Direito, como são Pasukanis e Gramsci, entre outros. Assim, demonstrar-se-á que Pasukanis, em sua teoria marxista do Direito, cunha o termo “fetiche jurídico”, pois esconde as relações de produção, o que dá a falsa ideia de que a norma é algo neutro e superior às relações sociais e econômicas que lhes dá origem; tanto as normas como o aparato jurídico é fruto das relações sociais e não podem sugerir que possam se impor autonomamente. Ao contrário, Gramsci afirma que as instituições sociais são

¹ Prof. Mestre em Sociologia e Direito da Unicentro.

² Fetichismo da mercadoria é o caráter misterioso de aparecer no mercado como se tivesse valor próprio, encobrindo as relações sociais entre os trabalhadores e o produto. Esconde a característica fundamental do trabalho assalariado, no qual os trabalhadores se encontram, no processo produtivo, desprovidos não só do produto, mas também dos meios de produção (MARX, 2001, p. 92 a 105).

compostas de indivíduos de diferentes proveniências sociais e que na relação de forças sociais é possível que reivindicações populares possam avançar em seus projetos, apesar de o Estado ser instrumento burguês de poder social. É essa discussão entre determinante e autonomia que irá desenvolver no presente trabalho, mais precisamente a reflexão sobre a autonomia do Direito frente às relações sociais e econômicas. Enquanto autonomia tem-se a independência, liberdade ou autossuficiência, determinismo leva ao imobilismo, a uma atitude expectante e ansiosa e à desmobilização geral, na medida em que o acontecimento é inevitável. Estes conceitos e categorias sociológicas guiarão a discussão do artigo, inclusive demonstrando que a Sociologia é imprescindível no currículo do Direito e contribui para a formação crítica.

Palavras-chaves: *Autonomia, Direito, Sociologia, Estado.*

ABSTRACT: LAW AND AUTONOMY

This study aims to investigate the regulation of society through socio-economic relations: the right would have some autonomy in order to determine these relations? The aim is to identify the relation of Law and Sociology as the CNE Resolution No. 9/2004 indicates a critical and autonomous view of reality. The study includes bibliographical research with theoretical discussion about the author's position of Law and Sociology regarding the autonomy of social regulation through the Science of Law. Then, it is proposed the study of authors with different views on the autonomy of Law, as Pasukanis and Gramsci, among others. Therefore, demonstrating that Pasukanis in his Marxist theory of Law, creates the term "legal fetishism" for hiding the relations of production, which gives the false idea that the norm is something more neutral and superior than social relations and economic conditions that give rise to them, both norms and the legal system are the result of social relations and cannot suggest that might be imposed independently. On the contrary, Gramsci argues that social

institutions are composed of individuals from different social origins and in the relation of social forces it is possible that popular demands can move forward in their projects, although the State is a bourgeois instrument of social power. It is this discussion between determinant and autonomy, which is developed in this study, more accurately the reflection on the autonomy of right toward the social and economic relationships. While autonomy has independence, freedom and self-sufficiency, determinism leads to immobility, to an anxious and expectant attitude and to general demobilization, as the event is inevitable. These concepts and sociological categories guide this paper's discussion, also demonstrating that sociology is essential in Law curricula, contributing to a critical formation. The research is in the final stage of reading and these are the first reflections on the subject.

Keywords: *Autonomy, Law, Sociology, State.*

INTRODUÇÃO

Neste artigo discutiremos a relação entre direito e autonomia, com o objetivo de verificar se o direito é elaborado na sociedade seguindo o modo de produção social, tornando-se prisioneiro dos grupos dominantes ao tecer a rede que justificará as relações existentes na sociedade, ou se ao contrário, o direito é autônomo na produção das normas e valores que deverão regular as relações sociais.

O presente estudo objetiva identificar a relação do Direito e Sociologia à medida que a Resolução CNE nº 9/2004, indica uma visão crítica e autônoma da realidade. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, que apresenta uma discussão teórica sobre a posição de autores do Direito e da Sociologia sobre a autonomia da regulação social através da Ciência do Direito.

Considerando que a autonomia se relaciona ao conceito de liberdade, e que deve ser pensada em relação a algo que aprisiona ou a determina, refletiremos sobre a autonomia do Direito frente às relações sociais e econômicas. Assim, iremos resgatar o conceito do que é e como se elabora o Direito em alguns autores como Pasukanis, Boaventura, Gramsci e Habermas na busca pela resposta desta questão. Abordaremos o tema em três partes: autonomia e história; Direito, Estado e sociedade; e autonomia do Direito.

Sabemos que a existência de instituições sociais servem ao sistema para a produção do pensamento que dará impulso a relações dominantes na sociedade, seguindo a visão marxista de infra e superestrutura. O direito como uma instituição social cuja existência está estreitamente ligada ao sistema capitalista, e surge na sociedade para criar as regras para manter a sociedade sob controle de forma a não

colocar em risco o poder social. Nesta visão, o direito é criado para atender as necessidades do capital para que a estrutura da sociedade funcione conforme pré-determinado pelas classes dominantes.

O conceito de autonomia estaria assim, relacionado normalmente ao movimento operário, na medida em que os intelectuais querem identificar se o movimento operário ou as instituições que lhes servem de defesa, é manipulado ou são manipuladas por aquelas instituições sociais criadas para lutar pelos direitos que lhes servem de proteção enquanto trabalhadores, como por exemplo, os sindicatos. Enquanto elemento ligado ao modo de produção, o direito não abrangeria o conceito de autonomia, neste sentido o modo de produção agiria de forma que atendesse as necessidades somente das classes detentoras do poder no capitalismo.

Destoando, portanto, do significado de autonomia, que no pensamento libertário é associado à possibilidade da liberdade, sem a qual não se pode construir nenhuma forma de autonomia, e também à viabilidade histórica da autogestão social, condição imprescindível para a superação do estado e das formas autoritárias e coercitivas de organização, acreditando os libertários, que a autonomia corresponde a um processo existencial e social de construção da responsabilização ética dos sujeitos históricos. Para este processo pode contribuir a educação libertária, que teria como objetivo central contribuir para a construção da autonomia das pessoas, sua compreensão do mundo e sua responsabilização ética ante os outros.

Como conceito relacional a autonomia só pode ser entendida em relação a alguma coisa. Nesse sentido é que os anarquistas falam de organização autônoma ou de sindicatos autônomos: que não dependem do Estado, do Capital e dos Partidos Políticos. Já os marxistas certamente também defendem a autonomia em relação ao Estado burguês ou ao Capitalismo, mas não deixam de defender a subordinação em relação ao chamado Estado Socialista ou ao Partido do Proletariado.

Ao contrário das organizações hierárquicas e autoritárias nos grupos libertários a valorização da liberdade, do livre pensamento e da autonomia, impediu a formação duma prática de subordinação do pensamento e ação pessoal à do grupo ou organização. Uma das consequências desta visão do mundo foi que os anarquistas questionaram também a possibilidade de eles próprios subordinarem os sindicatos ou as escolas a seus objetivos.

A partir dos anos 60, o termo autônomo generalizou-se para caracterizar os grupos e lutas radicais, desencadeadas principalmente no sul da Europa e EUA. Muitos desses grupos e lutas estavam ainda, no entanto, associadas a uma militância marxista radical e muitas vezes até leninista. Nesse caso, a autonomia era definida em relação à esquerda tradicional e particularmente aos partidos e sindicatos comunistas.

Podemos considerar que é absurdo aplicar o conceito autonomia, sem referir em relação a quê: ou seja, que autonomia, autonomia onde, autonomia quando, autonomia como e autonomia por quê. Ninguém é só autônomo, mas sim é autônomo de alguém ou de alguma coisa.

Segundo Weber à medida em que se dá o desenvolvimento da sociedade capitalista, mais ela fica dependente do saber científico que irá dominar todas as instâncias da vida social. Daí, o que ele denomina de desencantamento do mundo, significado dado ao excesso da lógica científica nas relações sociais. Esse pensamento ficará em Weber mais claro quando ele vai estudar a burocracia, que deve regular a relação Estado e sociedade. A burocracia seriam os funcionários do Estado extremamente preparados para gerir o estado, de tal forma que eles, dominados pela lógica científica, não estabeleceriam diferenças entre os grupos sociais, na forma com que são aplicadas as normas criadas pelo direito e incorporadas pelo Estado.

Neste sentido, poderíamos dizer que também o direito dominado pelo saber jurídico que regula o Estado, estabeleceria as leis que seriam criadas e aplicadas

abrangeriam todos os indivíduos independente de proveniência social. Apesar de ser assim que a constituição promulgue a realidade se apresenta de outra forma. Para Weber aplicação das leis deveria atingir todos os indivíduos de forma igualitária, pois a burocracia preparada para a aplicação das leis, ela deveria obedecer às necessidades sociais sem estabelecer diferença entre aqueles que produziram algum delito contra as normas sociais.

No primeiro tópico trataremos da construção histórica do conceito de autonomia, como ela se desenvolve do pensamento social. Esse conceito nos possibilitará verificar se o Direito tem liberdade na formulação das regras que regulam o social ou se o Direito encontra-se atrelado às relações dominantes no sistema capitalista e por isso legitima as relações de produção existentes na sociedade.

Num segundo momento relacionamos o conceito de autonomia com o Direito, para identificar como este conceito está de tal forma imbricado com as relações sociais, que é impossível pensá-lo fora do âmbito do Estado, entendendo este de acordo com a formulação marxista que o vincula à dominação de classe dentro da sociedade capitalista. Trazendo a visão de autores como Marx, Pasukanis, Gramsci, Boaventura e Habermas sobre essa relação do Direito, Estado e sociedade.

O tópico terceiro trata da relação de autonomia nos cursos de Direito no sentido de pensar a grade curricular que desenvolvem principalmente disciplinas técnicas e em menor grau as disciplinas de Fundamentos, que possuem uma preocupação com as questões metodológicas, dando ao curso uma característica mais vinculada à realidade social, de onde o Direito se origina.

Espera-se que este estudo contribua com reflexões acerca da temática e possibilite um novo olhar acerca do Direito e da Autonomia.

1. DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

O Direito é uma organização que, como iremos defender, está determinada pelas relações de produção e um produto da sociedade capitalista, sendo instrumento de dominação e regulação para a expansão desse modo de produção. Posto que, toda a estrutura que encontramos como forma e conteúdo do Direito são peculiares ao momento histórico, como afirma Pasukanis (1989, p.38): “A evolução histórica não implica apenas uma mudança no conteúdo das normas e uma modificação das instituições jurídicas, mas também um desenvolvimento da forma jurídica enquanto tal”.

Portanto, existe uma estreita relação entre o desenvolvimento das forças produtivas e a forma jurídica que vai regular a ação do homem na sociedade. Analisemos a teoria de Marx e Pasukanis!

Conforme Marx, quando a produção de bens materiais passa a se organizar em um sistema capitalista, que tem como base a propriedade privada, trabalho assalariado e capital, estas relações de produção irão criar e recriar o mundo à sua imagem e semelhança, revolucionará todas as relações sociais. Marx, na introdução à crítica da economia política, resume os resultados de sua pesquisa da seguinte maneira:

As relações jurídicas bem como as formas de Estado não podem ser explicadas por si mesmas, nem pela chamada evolução geral do espírito humano; estas relações têm, ao contrário, suas raízes nas condições materiais de existência, em sua totalidade, relações estas que Hegel, a exemplo dos ingleses e franceses do século XVIII, compreendia sob o nome de “sociedade civil”. Cheguei também à conclusão de que a anatomia da sociedade burguesa deve ser procurada na Economia Política. [...]

O resultado geral a que cheguei e que, uma vez obtido, serviu-me de guia para meus estudos, pode formula-se, resumidamente, assim: “na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; estas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais”. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. “O modo de produção da vida material condiciona o processo de vida social, política e intelectual”. (MARX, 1980, p. 233, grifos nosso).

Podemos entender que a teoria marxista aponta que as relações do modo de produção serão a base real que irá constituir e caracterizar a estrutura jurídica e política, que para Marx se encontra na superestrutura da sociedade. Marx usa do artifício infra e superestrutura para explicar o fenômeno social. Enquanto na infraestrutura encontramos o trabalho e todo o aparato econômico no qual a sociedade se move, a superestrutura é composta pela produção intelectual, construída para dar suporte às relações que se desenvolvem na infraestrutura, que precisam ser justificadas para que se mantenham enquanto prática social. Ou seja, temos que a base da produção material determina a superestrutura, como a jurídica.

Pasukanis (1989) também considera que o Direito está determinado pela relação de produção, como Paulo Bessa, na apresentação do livro intitulado “A teoria geral do Direito e o marxismo”, afirma:

Eugeny Bronislanovich Pasukanis realiza sua investigação partindo do pressuposto que o Direito é uma forma necessária da sociedade capitalista e que surge em consequência de um determinado nível de desenvolvimento das forças produtivas e das relações sociais daí decorrentes. (PASUKANIS, 1989, p. 34).

Em sua preocupação com o método de análise da realidade a partir de categorias que partam do concreto, do histórico, Pasukanis (1989, p.37) coloca que a relação jurídica como “um produto da evolução social”. E esta evolução social está diretamente ligada à formação do modo de produção social que se dá no sistema capitalista. Assim, o Direito será determinado por esta forma:

O Direito igualmente, em suas determinações gerais, o Direito enquanto forma, não existe apenas no cérebro e nas teorias dos juristas especializados. Ele possui uma história real, paralela, que não se desenvolve como um sistema de pensamento, mas como um sistema particular que os homens realizam não como uma escolha consciente, mas sob a pressão das relações de produção. (PASUKANIS, 1989, p. 35).

Baseando-se na teoria marxista, para Pasukanis, o Direito não é somente o conteúdo das normatizações do Direito, mas também a toda a estrutura que dá forma ao Direito. Por “forma jurídica”, o autor entende que seja toda a configuração do Estado: legislativo, judiciário e executivo. Ou seja, toda a estrutura que dá poder e legitimação ao conteúdo do Direito também é determinada pelas relações de produção. Que, no caso do sistema capitalista, está eivado das contradições e antagonismos dos interesses de classe. Portanto, para Pasukanis tanto o conteúdo do Direito, como a forma como ele se encontra hoje é produto das relações econômicas historicamente determinadas.

Contudo, a forma jurídica determinada pelas relações de produção do sistema capitalista esconde o caráter destas relações, este é o “fetichismo jurídico”, que para Pasukanis completa o fetichismo da mercadoria¹ analisado por Marx em O capital. O Direito, constituído na forma como se encontra hoje, apresenta-se como relação entre os sujeitos², mascarando a relação entre a propriedade privada e o sujeito. Cria-se uma categoria fundamental: o sujeito de Direito, que se encontrará livre para exercer no mercado o seu Direito de comprar e vender as mercadorias, posto que a relação das trocas seja, aparentemente, entre os sujeitos. E esta categoria irá complementar o fetiche da mercadoria, assim, não só as mercadorias parecem ter um valor desvinculado do trabalho; mas com esse fenômeno enigmático os sujeitos também

aparecem relacionando-se uns com outros, o que esconde o caráter dominante da propriedade privada.

A expressão “fetichismo jurídico” também é utilizada por Boaventura Sousa Santos (2005, p.153), mas para ele o Direito moderno, caracterizado pelo modo de produção capitalista, sofre um processo de racionalização e tecnização. Neste processo histórico, que Boaventura divide em três fases: numa primeira fase o conceito de Estado passa a se distinguir da Sociedade Civil; e o Direito começa a ser “instrumento dócil da construção institucional e da regulação de mercado” (SANTOS, 2005, p. 140), é o Estado Liberal; na segunda fase essa equação Estado/Direito sofre um abalo, pois o Direito é chamado para resolver questões advindas da sociedade civil, esta fase o autor está se referindo ao Estado-providência; é o Estado neoliberal, que ainda tem caráter transitório, por estar em pleno desenvolvimento.

Assim, para o autor, a autonomia do Direito está ligada à liberdade ou distanciamento do Estado, ao que nos parece na primeira fase o Direito perde toda a sua autonomia; na segunda fase, a sociedade civil passa a influenciar na constituição dos Direito, mas o Direito não se distancia do Estado, pois a juridicização de práticas sociais resultaram em “interações e enquadramentos jurídicos estatais” (SANTOS, 2005, p.151). O fetichismo jurídico está relacionado à segunda fase, posto que o Direito, aparentemente, atende às demandas sociais e econômicas, mas sem deixar de instrumentalizar o Estado, isto é o que irá chamar de “ideologia suprema da moderna ordem burocrática.

Toda essa explanação nos faz perceber que, para Boaventura Sousa Santos, o Direito não está autônomo das relações sociais dadas na sociedade civil, mesmo que para ele esta questão esteja mais presente na segunda fase. E mesmo que a preocupação dele seja relacionar o Direito com o Estado, para procurar a autonomia do binômio Estado/Direito e não com a sociedade civil. A elaboração das leis que

¹ Por exemplo, os direitos subjetivos são apresentados como relação entre os sujeitos, até mesmo o direito à propriedade privada é apresentado como um direito *erga omnes*, ou seja, a relação entre o sujeito proprietário se dá não com seu bem, mas sim como um dever que se impõe a toda uma coletividade de respeitar a propriedade privada.

² Luhmann busca o termo *autopoiesis* na biologia, que é a capacidade de um sistema (células) de se produzir e se reproduzir por meio dos elementos que o constituem.

regulam o Direito se concretiza efetivamente no Estado, mas elas são na realidade produto das relações provenientes da sociedade civil. As fases não representam a participação ou não da sociedade civil, mas antes a força ou a fraqueza da sociedade civil diante do capital.

Ao se olhar desta forma para as relações jurídicas percebemos a necessidade de desvendar o que se esconde atrás das aparências de um fenômeno. Por conseguinte, se pensarmos que tanto a forma quanto o conteúdo jurídico sofrem as determinações da estrutura produtiva e refletem os interesses da classe possuidora, mesmo que este fenômeno possa parecer neutro, mascarando as relações de dominação no jogo dos interesses, qualquer conteúdo da norma jurídica estará determinado pela base produtiva. Assim, resta muito pouca ou quase nenhuma margem para que as reivindicações populares, mesmo que se tornem leis, representem seus interesses, isto se deve a característica do capital de se apropriar e neutralizar as ações populares.

Não devemos olvidar de autores que acreditam ser possível que essas reivindicações possam ter alguma força frente às determinações da base produtiva e que possam representar no confronto de forças entre determinação e autonomia, que o instrumento jurídico represente interesses populares, demonstrando que pode existir uma relativa autonomia do Direito, como é o caso de Gramsci, que não deixa de maneira alguma de vincular o Direito como determinação do modo de produção. Entretanto, afirma que as instituições sociais, em sua composição, compreendem indivíduos de diferentes proveniências sociais, que vivem em seu cotidiano o jogo político da confrontação entre poderes, e assim que na relação de forças sociais há o que o autor denomina de “guerra de posição”, em que os avanços são medidos pelo poder de barganha que cada grupo possui em momentos diferentes da história. Os avanços e os recuos dependem essencialmente da força ou fraqueza dos grupos no embate permanente existente na sociedade. Não esqueçamos que o capitalismo se

caracteriza pela luta de classes. Daí pode-se entender a possibilidade de que reivindicações populares avancem em seus projetos, apesar de o Estado ser instrumento burguês de poder social, e que uma ameaça real ao poder instituído, possa vir a ser extirpado a qualquer momento.

Mais precisamente, as exigências da população por cidadania pode contribuir para que a sociedade civil avance em suas condições de sobrevivência, mas faz parte da previsão do sistema no controle social. As mudanças ocorridas na sociedade são controladas pelo Estado, que cuida para que contestações individuais ou coletivas não venham perturbar a ordem social imposta pelo capital, ou seja, o Estado impõe limites às reivindicações da sociedade. Não se pode de maneira alguma ferir os elementos básicos que sustentam o poder estabelecido.

Podemos então constatar que o Estado, enquanto instrumento burguês de dominação, tem se encontrado atento a todos os passos sociais, com a finalidade de observar o comportamento dominante na sociedade e elaborar mecanismos de proteção para a manutenção do poder. Ao proteger a propriedade privada, o Estado é o defensor da ordem capitalista. Por isso Boaventura coloca o binômio Direito/Estado como o eixo na definição do Direito, deixando de lado a sociedade civil que só aparece no momento em que o Estado está sendo pressionado pelas classes trabalhadoras. Ora, se a sociedade civil aparece enfraquecida não representa necessariamente que ela desapareceu na luta social, mas que o momento histórico não lhe dá chances de estar ativa em suas reivindicações.

Enquanto os autores acima afirmam a estreita relação entre o modo de produção e a formação do Direito, o frankfurtiano Habermas se detém na comunicação na sociedade contemporânea que vai ser fundamental para a concepção do aparato jurídico.

Em Habermas encontramos uma preocupação com a questão da comunicação, e é do conceito de razão comunicativa, como capacidade do ser humano agir buscando se entender com o outro com quem dialoga, como cita Souza Neto (2006), que Habermas parte para a teoria reconstrutivista da sociedade, pois este conceito:

Se transforma num fio condutor para a reconstrução do emaranhado de discursos formadores da opinião e preparadores de decisão, na qual está embutido o poder democrático exercitado conforme o Direito. Nessa perspectiva, as formas de comunicação da formação política da vontade no Estado de Direito, da legislação e da jurisprudência, aparecem como partes de um processo mais amplo de racionalização dos mundos da vida de sociedades modernas pressionadas pelos imperativos sistêmicos. (HABERMAS, 1997, p. 21 e 22).

Entretanto, a razão moderna de Habermas, segundo Alvim (2006, p. 45) existem dois processos contraditórios de racionalização, instrumental e comunicacional, presentes em espaços de integração, mas que estabelecem uma tensão. Neste momento vê-se a necessidade de compreender o conceito de mundo da vida e sistemas, que Habermas propõe como abordagens teóricas à sociedade.

Posto que a razão instrumental corresponda à racionalidade sistêmica, aqui a sociedade é composta por subsistemas sociais. Para o autor a sociedade é formada por sistemas autopoieticos¹, e quanto mais complexa a sociedade, mais serão formados

novos sistemas. Contudo, para Habermas (1997, p18), neste enfoque sistêmico a autopoiesis esvazia o conteúdo normativo da razão prática, ou seja, do agir, pela razão comunicacional. Assim, temos para o autor o “Mundo da vida”, aspecto emancipatório da Teoria Social de Habermas, refere-se à razão comunicacional, formado pelo “horizonte de situações de fala e constitui, ao mesmo tempo, a fonte de interpretações, reproduzindo-se somente através de ações comunicativas” (HABERMAS, 1997, p. 41). É o pano de fundo para os atores que compartilham experiências e linguagem, mas não é tematizado ou problematizado. Já o espaço público de discussão é formado pela tematização e problematização destas experiências:

O espaço público melhor se descreve como uma rede permitindo comunicar conteúdos e tomadas de posição, e desta forma, opiniões; os fluxos da comunicação são filtrados e sintetizados de maneira a se condensar em opiniões públicas reagrupadas em função de um tema específico. (ALVIM, 2006, p. 45).

Disto, entende-se que os subsistemas (p.ex., administração pública, mercado) estão inseridos no tecido do mundo da vida, que através do médium da linguagem irá problematizar as discussões do espaço público de discussão, que influenciarão as decisões normativas dos subsistemas, assim como estes também têm influência sobre o as decisões do espaço público. Portanto, há uma troca que está em dois sentidos na

de produção capitalista não pode ser democrático, pois na disputas de forças o poder econômico sempre domina. Mas essa é uma discussão para outro artigo.

¹ Utilizamos essa expressão porque acreditamos que o processo democrático construído no processo histórico de desenvolvimento do sistema

teoria habermasiana, tanto o espaço público produz normatividades nos subsistemas, como o inverso é, ao mesmo tempo, verdadeiro.

Habermas, na teoria do agir comunicativo destaca a categoria do Direito, que estará presente tanto no mundo da vida como no sistema, estando assim, sujeito à razão sistêmica e a razão comunicacional. O Direito conservaria uma “função de junção entre o sistema e o mundo vivido” (ALVIM, 2006, p. 46), formaria, assim, o medium do Direito, como é a linguagem. Encontra-se aqui a importância da teoria do Direito, que irá produzir e reproduzir a realidade social.

O Direito funciona como uma espécie de transformador, o qual impede, em primeiro lugar, que a rede geral da comunicação, socialmente integradora, se rompa. Mensagens normativas só conseguem circular em toda amplitude da sociedade através da linguagem do Direito; sem a tradução para o código do Direito, que é complexo, porém aberto tanto ao mundo da vida como ao sistema estes não encontrariam eco nos universos de ação dirigidos por meios. (HABERMAS, 1997, p. 82)

Estar presente nos dois mundos, o vivido e o sistêmico, é característico do Direito moderno. O primeiro, o mundo da vida, confere-lhe uma forma dinâmica; o segundo, sistêmico, irá atribuir-lhe uma estabilidade (positivação) nos códigos jurídicos. Isto causará uma tensão nesta estrutura do Direito:

Para Habermas, existe uma tensão estruturante e não passível de resolução entre sua positividade (facticidade)

e exigência de fundamentação racional (validade) que ela traz consigo mesma, ou seja, tensão entre os imperativos sistêmicos do Direito (positividade) e sua pretensão a uma aceitabilidade racional em um espaço público de discussão (ALVIM, 2006, p. 46).

É justamente esta tensão entre validade e facticidade que a sociologia deve levar em conta não só para compreender seus objetos, mas também para proceder reestruturativamente, por ser possível obter acordos através da comunicação, tornando possível a coordenação de ações no sentido de reestruturá-las:

Uma sociologia hermenêutica, ciente de que essa segunda tensão radical entre facticidade e validade está enraizada em seu universo de objetos, vê-se obrigada a rever sua autocompreensão científica convencional e a considerar-se como uma ciência social que procede reestruturativamente. Impõe-se uma intervenção reestruturativa, a fim de explicar o modo de surgimento da integração social que depende das condições de uma socialização instável, que opera com suposições contra-factuais, permanentemente ameaçadas (HABERMAS, 1997, p. 39)

A posição de centralidade do Direito dentro da teoria social habermasiana se deve, então, a sua dinâmica de reestruturação dada pelas experiências racionais durante as trocas do agir comunicativo, que se dão no mundo da vida. Bem como o torna

estável pela positivação, a “tensão é estabilizada de modo peculiar na integração social por intermédio do Direito positivo” (HABERMAS, 1997, p. 35). Desta forma, o Direito é responsável pela produção e reprodução da realidade social. Determina e é determinado pelo processo histórico justamente por ter a duplicidade de estar nos mundos: vividos e sistêmicos. Daí a importância do Direito nesta teoria, pois ela não só terá a mesma função da razão comunicativa, ou seja, a de criar novas relações; como também a função de estabilizar estas relações.

Observando as teorias descritas anteriormente, percebemos que o Direito não é autônomo diante das determinações sociais. Em Pasukanis vimos que o Direito (conteúdo e forma) é definido pelo modo de produção material, que hoje é o sistema capitalista; assim, o Direito é um instrumento que regulamenta os conflitos socioeconômicos criados pelos interesses antagônicos da sociedade de classes, mesmo aparecendo com uma falsa ideia de neutralidade.

Já Boaventura Sousa Santos identifica a autonomia do Direito como instrumento emancipatório, mas no desenvolvimento histórico do sistema capitalista de produção perdeu este caráter, principalmente no que ele distingue como a segunda fase desse processo histórico, cuja característica é a formação do Estado-providência.

Gramsci, afirma que as instituições sociais são compostas de indivíduos de diferentes proveniências sociais e que na relação de forças sociais é possível que reivindicações populares possam avançar em seus projetos, apesar de o Estado ser instrumento burguês de poder social.

E, por fim, para Habermas como as relações sociais podem transformar o Direito, este também pode transformar as relações sociais e econômicas. Neste ponto, podemos perceber que na teoria habermasiana, a autonomia do Direito é relativa, pois apesar de o Direito definir as relações sociais, também é definido por elas.

2. AUTONOMIA DO DIREITO

Paira, contudo, no Direito uma área de autonomia.

Esta autonomia aparece principalmente nos cursos e nas práticas do Direito, isto se deve à racionalização e tecnização que veio adquirindo no processo histórico de formação e desenvolvimento do sistema capitalista de produção. Boaventura percebe esse processo e diz que esta característica racional do Direito moderno se dá para assegurar a ordem exigida pelo capital. Assim, “para desempenhar essa função, o Direito moderno teve que se submeter à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência moderna e torna-se ele próprio científico” (SANTOS, 2005, p. 120).

Lukács também reconhece que o Direito passa por uma racionalização, pois na sociedade dominada pelo modo de produção caracterizado pela exploração de uma classe sobre outra, na qual o produto do trabalho não pertence a quem produziu, e o processo de trabalho se encontra “retalhado em operações parciais abstratamente racionais” (LUKÁCS, 1974, p. 102), as relações de trabalho estão reificadas, já que isto também caracteriza a fragmentação do sujeito. Assim, essa sociedade criará estruturas adaptadas à sua expansão, como é o Direito e um Estado correspondente. O Direito terá a função de regulamentar os conflitos sociais e, segundo Lessa,

A complexificação e intensificação dos conflitos sociais nas sociedades de classe fizeram necessária a constituição de um grupo especial de indivíduos (juízes, carcereiros, polícia, torturadores, etc.) que, na crescente divisão social do trabalho, se especializaram na criação, manutenção e desenvolvimento de um órgão especial de repressão a favor das classes dominantes: o Direito. (LESSA, 1996, p.81 e 82).

Lukács (1974, p. 110) aponta três características deste Direito:

Formação de um Direito racionalmente calculado, segundo sólidas regras gerais, havendo uma sistematização de todos os casos possíveis e imagináveis; Há, devido à divisão social do trabalho, uma especialização no Direito, surgindo então os advogados, juízes, promotores, etc. (isso não ocorre somente no Direito, mas em toda a sociedade, na administração pública, nas fábricas...); O capitalismo assume uma organização estritamente racional do trabalho no plano de uma técnica racional, o que transforma os aplicadores do Direito em máquinas.

Assim, essa racionalização formal do Direito implica em uma divisão do trabalho de forma racional e desumana, que repercute objetivamente, devido à decomposição de todas as funções sociais e a busca das leis racionais e formais que regem sistemas parciais rigorosamente separados uns dos outros; e, subjetivamente, pois há repercussões na consciência, resultantes da separação entre o trabalho, das capacidades e das necessidades individuais daquele que o executa. (LUKÁCS, 1974, p. 113).

Ocorre que essa racionalização, essa busca por tornar o Direito uma ciência técnica desembocou em uma visão do Direito puro, ou seja, de uma teoria pura do Direito, como em Kelsen, na qual o vemos descolado da realidade. Assim, na análise teórica do Direito para os positivistas há uma moldura na qual não há a penetração dos

fatos da realidade. Luhmann, na sua teoria autopoietica, também vê o Direito como um sistema fechado, incólume das relações sociais.

Outro fator que contribui para esta racionalização do Direito é construção da estrutura, da forma jurídica como Pasukanis se refere. Na sociedade moderna, caracterizada pelo sistema de produção capitalista, foi criada a separação dos poderes em legislativo, judiciário e executivo. Longe de nós querermos aqui discutir teorias do estado, pois não há pertinência com este estudo, mas nosso objetivo é ressaltar que esta divisão de poderes teve grande influência para a racionalização do Direito.

Isto porque, nessa estrutura a produção e a aplicação do conteúdo do Direito aparecem separadas. A primeira acontece no legislativo, onde as leis são formadas por uma câmara de pessoas leigas e eleitas pelo povo num processo que se diz democrático¹. Já a sua aplicação se dá na esfera judiciária, uma justiça técnica, capaz de aplicar o conteúdo normativo de forma racional, científica e dogmática. Esta divisão entre produção e aplicação reflete diretamente na constituição dos cursos de Direito, nos quais a prática é muito mais valorizada do que a teoria.

Ao que nos parece, a única forma de reverter essa racionalização do Direito é a inversão da prioridade que nos referimos. Assim, deveria haver uma valorização das disciplinas teóricas, incentivando no estudante de Direito uma visão de mundo mais crítica. Podemos acreditar até mesmo em uma formação revolucionária, que critique a

¹ Na tensão entre regulação e emancipação, o paradigma moderno foi dominado pela regulação, Boaventura diz que mesmo os movimentos emancipatórios estão dominados pela regulação. Disto distingue duas consequências: as estruturas criadas para afrontar o sistema (sindicatos e partidos) se perdem na luta e estão suprimidos pelo poder econômico; e, ainda, fez nascerem teorias reformistas, que buscam na reforma democrática uma sociedade mais justa e consensual, como é Habermas, John Rawls entre outros.

estrutura social injusta, baseada na força econômica que se instrumentaliza no conteúdo e forma do Direito.

Nesta reflexão, acompanhamos Gramsci cuja teoria propõe que a mudança revolucionária se dá a partir das mudanças na consciência, que depois se manifestará na práxis do sujeito. Desta forma, a educação tem um papel fundamental na formação desse sujeito crítico, no entanto, pensamos que esta formação deve estar para além do capital, parafraseando István Mészáros. É claro que quando mencionamos educação, estamos nos referindo a todo o processo de formação, não só nos cursos de graduação.

Assim, pensamos que a educação tem sim um papel fundamental na formação do sujeito críticos e revolucionários, que sejam capazes de refletir e construir uma práxis que modifique e transforme o sistema produtivo em algo mais justo e que não se baseie na exploração do homem sobre o homem. Nesta linha de pensamento, não concordamos com Boaventura Sousa Santos (2005), que vê no Direito um papel de centralidade na busca da emancipação. Pois, para este autor, na sociedade moderna o Direito perdeu seu papel emancipatório no processo histórico, cuja tensão entre a regulação e emancipação¹, a regulação predomina o paradigma do Direito moderno. Contudo, este paradigma se encontra em crise, sendo este o momento para “despensar” o Direito moderno e buscar o predomínio do caráter emancipatório do Direito e se formar outro paradigma, cujo resultado ainda é desconhecido.

Percebemos que tanto Boaventura como Habermas colocam o Direito com um papel de centralidade na sociedade. Contudo, estas teorias se diferenciam quanto ao resultado das modificações propostas pelo Direito. Habermas acredita no Direito como

instrumento da concertação social, que pode ser mais justa e igualitária independentemente da forma como se dê as relações da produção, o que irá caracterizá-lo com um teórico reformista. Já Boaventura propõe que o Direito tem uma função revolucionária na mudança de um paradigma moderno para o pós-moderno, pois confia que o Direito pode resgatar o caráter emancipatório que perdeu com a configuração do Direito moderno.

CONCLUSÃO

Inferimos, seguindo as indicações tanto de Marx quanto de Pasukanis, de que o Direito não possui autonomia em relação ao modo de produção social. O aparato jurídico se constrói a partir das relações Estado e sociedade, portanto o Direito vincula-se a instituição de maior importância do sistema capitalista, responsável por todo o processo de reprodução social, e levando em conta a estreita relação entre Estado e o poder instituído, concluímos portanto, que o Direito se torna instrumento de justificação e referenda as relações sociais.

Enquanto Boaventura procura no passado um papel emancipatório do Direito, desvinculado e autônomo do Direito e apela para uma superação do papel regulatório que assume sob a égide do capital, Gramsci atribui uma relativa autonomia das instituições sociais no espaço ocupado na sociedade civil, supondo que essa diversidade social pode contribuir para uma reforma social e intelectual. A pressão exercida pela sociedade pode tornar o Direito mais humano, ao atender mais amplamente os grupos oprimidos, ao levar em conta as suas carências sociais, e a desigualdade de condições no confronto de classe.

Não muito diferente Habermas afirma que na relação entre o mundo sistêmico e o mundo da vida há um aperfeiçoamento do Direito, logo da democracia. Portanto, é

¹ Graduada em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER), em 2012. O artigo é parte da monografia “A Atuação da Organização das Nações Unidas para a Solução do Conflito Árabe-israelense e o Reconhecimento da Palestina”. e-mail: noeli82ri@gmail.com

no jogo político do agir comunicativo que a democracia vai se fortalecer e possibilitar os avanços sociais.

Concluimos que o que aproxima Boaventura, Gramsci e Habermas é a participação da sociedade organizada pode ampliar a participação popular e o acesso a cidadania de toda a população, deixando-nos em dúvida se a vinculação ao modo de produção social conforme nos mostra Marx e Pasukanis permite grandes avanços na efetiva participação no jogo democrático, ou se ele acaba por impor limites para que não seja surpreendido por movimentos de transformação social que ponham em risco o sistema como um todo. Isto significa que as mudanças ocorridas no capitalismo são mudanças ocorridas dentro dos parâmetros de controle social.

O Direito como produto das relações de produção dadas no sistema capitalista, este é o que Boaventura (2005) chama de paradigma do Direito moderno, no qual a regulação é um instrumento que busca a ordem social em benefício do desenvolvimento das forças produtivas. Essa estrutura construiu esse paradigma do Direito moderno como algo parcelado, racionalizado, especializado, técnico. Tornou os estudantes de Direitos alienados do processo de produção das normas jurídicas, tornou-os máquinas racionais e calculistas na aplicação do Direito.

Há a necessidade, então, de trazer esta discussão para a grade curricular dos cursos de graduação e fomentar nos estudantes uma visão de mundo mais ampla e crítica. Para isso, é importante priorizar as matérias de fundamento, como sociologia e filosofia, nos currículos dos cursos de Direito; e como formação básica, estas disciplinas devem estar incluídas no início do curso. Isto visa à formação crítica e humanista, conciliando o art. 3º e o art. 5º, inciso I da Resolução CNE/CES nº 9/2004, para a construção do eixo de formação fundamental do graduado em Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. *O modelo de Direito procedimental-discursivo em Jürgen Habermas*. In: Confluências: Revista interdisciplinar de sociologia e Direito. Niterói: Editora PPGSD-UFF, nº 05, julho de 2006, p. 42 a 55.
- GRAMSCI, Antônio. *Obras escolhidas*: Antonio Gramsci São Paulo: Martins Fontes, 1978. Coleção: Novas direções.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre a facticidade e a validade. Vol. I Tradução Flávio Beno Sieneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LESSA, Sérgio. *A ontologia de Lukács*. Maceió: Edufal, 1996.
- LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Porto: Escorpião, 1974.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Teoria e processo histórico da revolução social*. In: Obras escolhidas. Vol. 1. São Paulo: Editora Alfa-omega, 1980, p. 231 a 235.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: livro I, vol 1 e 2*. Tradução de Reginaldo Sant'anna. - 17ª ed. – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

PASUKANIS, E. B.. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad., apres. e notas Paulo Bessa. Rio de Janeiro, Renovar, 1989.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do Direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GT ESTADO, DEMOCRACIA E PODER

A ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, A INFLUÊNCIA NO CONFLITO ÁRABE-ISRAELENSE E OS IMPACTOS PARA O RECONHECIMENTO DA PALESTINA

Noeli Rodrigues¹

¹ Mestrando em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, Assistente Estagiário da Universidade Pedagógica de Moçambique.

RESUMO

O objeto de estudo do presente artigo é a análise da importância da atuação da Organização das Nações Unidas, a qual foi eleita à instituição como espaço central para solução do conflito entre árabes e judeus e para o reconhecimento do Estado palestino. O problema proposto concentra-se em desvendar qual é o papel da Organização das Nações Unidas para a solução do litígio entre israelenses e palestinos. Além de sua atuação, analisa-se o surgimento da Organização, a fim de compreender os fatores relevantes para a solução do conflito e o reconhecimento do Estado palestino. Tem-se como pressupostos centrais que a efetividade dessas ações, seus resultados e o respeito dessas resoluções por parte da Sociedade Internacional evidenciam o grau de eficácia quanto à atuação das Organizações Internacionais, principalmente das Nações Unidas. A análise das resoluções referentes ao conflito é a metodologia adotada para compreender os fatores que contribuíram para o frustrado plano de resolver o litígio e a estagnação do processo de paz, que impediram o reconhecimento do “Estado” Palestino. A Teoria da Interdependência e a Teoria dos Jogos são aportes teóricos utilizados ao longo do trabalho porque consideram a eminência das Organizações Internacionais e a necessidade de soluções rápidas e eficazes, de acordo com a realidade no contexto internacional. Conclui-se a partir da análise que atuação da ONU no decorrer do conflito serviu a interesses específicos de alguns Estados, suscitando o descrédito da Organização. Destaca-se a necessidade de uma reforma das Nações Unidas no âmbito institucional, o que colaboraria para a solução dos conflitos internacionais. Nesse aspecto, faz-se necessário o desenvolvimento de estudos acerca da sua reestruturação institucional, colaborando para a atuação eficaz da Organização na solução de conflitos.

Palavras-chave: Reconhecimento do Estado palestino. Organização das Nações

ABSTRACT

The study object of this article is the analysis of the importance of the role of the United Nations which was elected to the institution as a central space for resolve the dispute between Arabs and Jews and for the recognition of a Palestinian state. The proposed problem to be solved focuses on the importance of the United Nations to resolve the dispute between Israelis and Palestinians. In addition to its role, the study analyzes the emergence of the Organization in order to understand the factors relevant to the solution of the conflict and the recognition of a Palestinian state. It has been as central assumptions that the effectiveness of these actions, results and compliance with these resolutions by the International Society show the degree of effectiveness in relation to the activities of international organizations, especially the United Nations. The methodology of analyze the resolutions concerning the conflict is used to understand the factors that contributed to the failed plan to resolve the dispute and the stagnation of the peace process, which prevented the recognition of the "state" of Palestine. Interdependence Theory and Game Theory are theoretical approaches used throughout the paper because they consider the eminence of international organizations and the need for quick and effective solutions, according to the reality in the international context. It is concluded from the analysis that the UN action during the conflict served specific interests of some states, raising the discredit of the Organization. The study highlights the need for UN reform at the institutional level, which collaborate to resolve international conflicts. In this respect, it is necessary to develop studies about its institutional restructuring, contributing to the effective performance of the organization in conflict resolution.

Keywords: *Recognition of a Palestinian state. United Nations. Arab-Israeli conflict.*

O presente artigo pretende apresentar as implicações da atuação da Organização das Nações Unidas para o reconhecimento da Palestina com base na Teoria da Interdependência e na Teoria dos Jogos os fatores que determinaram as ações da Organização das Nações Unidas e suas decisões no que tange a resolução do conflito entre palestinos e israelenses. As teorias têm a função de esclarecer questões relevantes para a solução do problema estabelecido. De modo que, a Teoria da Interdependência apresenta a atuação dos atores internacionais, isto é, o comportamento dos Estados e das Organizações no cenário internacional. Analisa-se o comportamento desses atores devido a sua abrangência e influência, principalmente a partir da década de 1970, nas Relações Internacionais.

A Teoria dos Jogos corrobora com a análise no sentido de esclarecer, a partir da influência dos atores internacionais, ou seja, as Organizações Internacionais, a postura adotada nas arenas de negociações. Entende-se que são diversos os espaços em que ocorrerem as negociações, bem como os interesses.

Nesse contexto, as teorias são relevantes para elucidar as questões, seja a influência dos atores internacionais ou o processo de negociação dentro das suas esferas, considerando a atuação e a eficácia das organizações internacionais, especialmente a ONU dada sua relevância a nível global. Nesse sentido, o aparato das teorias será utilizado para respaldar a análise quanto à eficácia na atuação das Nações Unidas e o posicionamento desses atores em relação às negociações que ocorrem no âmbito da organização. Portanto, as teorias explicam as razões que impediram e continuam por impedir a solução do conflito entre árabes e israelenses em relação ao reconhecimento do Estado palestino.

A teoria não afirma que a arena internacional seja um ambiente de cooperação apenas, mas que no jogo para obter os resultados propostos é necessário manipular os fatores de interdependência. Tais assimetrias são consideradas fontes de poder entre os atores/jogadores. Nesse jogo, os resultados não garantem apenas benefícios, ou situações de ganho recíproco, mas a colisão entre aqueles que buscam maiores benefícios.

Portanto, a teoria em questão não reduz a possibilidade de conflito na arena internacional, mas aumenta a complexidade do sistema, e torna o jogo um ambiente de coalizões mais complexas, de modo que diferentes formas de poder são utilizadas. Desse modo, os conflitos ocorrem entre os jogadores da arena internacional com interesses opostos (DI SENA JUNIOR, p.188-189, 2003).

A interdependência de acordo com OLIVEIRA (2005) implica em custos e redução da autonomia. Por isso, não se pode prever qual a relação de custo benefício,

pois pode variar de acordo com os critérios utilizados entre as partes envolvidas OLIVEIRA (2005). A interação entre os atores se refere a um jogo que comanda a ação desses atores a partir de negociações (OLIVEIRA, 2005, p.123-126).

A atuação desses atores/jogadores fortalecem os pequenos Estados e demonstram que o jogo não pode ser vencido apenas com o uso da força física. SANTOS JUNIOR (1999, p.79.) explica que a perspectiva teórica interdependente expõe o choque de interesses que contrapõem os Estados. Isso porque há Estados com poder desigual, fato que influencia na realização de projetos e nas estratégias estatais, no âmbito internacional. Para compreensão da relação entre os Estados grandes e pequenos o autor sugere a seguinte explicação

A metáfora da interdependência como mesa de negociação tem como base a construção de um cenário, onde, em torno de uma mesa, grandes e pequenos países apresentam listas de negociações, sendo que a dos países ricos são maiores (SANTOS JUNIOR,1999,p.86).

A mesa de negociações a que o autor se refere pode ser entendida como que se situa no âmbito da Organização das Nações Unidas, que abarca diversos países, grandes e pequenos, ricos e pobres. Esses países por sua vez, apresentam muitas assimetrias, mesmo no caso palestino onde não houve o reconhecimento de Estado, apenas o status de observador, essas negociações podem ocorrer. Evidentemente que, o fato de não ter o reconhecimento por parte da Sociedade Internacional coloca a Palestina em uma situação de desvantagem perante os demais países, pois além do reconhecimento, esses países possuem legitimidade perante outros atores/jogadores.

Tais assimetrias geram a necessidade de cooperação entre os Estados, a fim de que haja o desenvolvimento desses países, porém aqueles que possuem maior desenvolvimento mantêm o controle sobre as questões que são de seu interesse. Visto que o poder de influência estatal continua a ter sua importância, de acordo com SANTOS JUNIOR (p.80,1999). A observação comprova que apesar do poder militar ter sua relevância não deve ser o único instrumento nas relações internacionais, principalmente nas relações entre Estados e organizações internacionais, exemplo que se verifica no conflito árabe-israelense (DI SENA JUNIOR, p.195,2003).

De acordo com a Teoria da Interdependência, há duas dimensões em que o poder se manifesta, são elas a sensibilidade e a vulnerabilidade. Tal manifestação do poder se refere à maneira com que os recursos são utilizados frente a outro ator a fim de influenciar diretamente no resultado de determinada situação. De modo que, a sensibilidade significa o potencial de resposta de um país em relação a outro. Isto é, a capacidade de resposta política frente a uma ação que possa afetar de modo significativo à política interior do país. A vulnerabilidade, diferente da sensibilidade, retrata não a capacidade de resposta, mas a possibilidade de determinado país de influenciar no resultado das ações de outro país. Sendo que dessas dimensões ocorrem resultados que podem ser tanto imediatos (sensibilidade) quanto a curto ou médio prazo (vulnerabilidade). Portanto, o grau de influência e de controle de resultados, em maior ou menor grau, se resume aos conceitos de sensibilidade e vulnerabilidade (RICOBOM, 2003, p.254-255).

Tais dimensões influenciam os atores internacionais nos planos interno e externo: a sensibilidade refere-se ao impacto interno que as alterações em âmbito internacional causam. Por outro lado, a vulnerabilidade é demonstrada a partir da capacidade de um ator de enfrentar as mudanças no cenário internacional, bem como os custos provenientes dessas mudanças. Esta dimensão se destaca como elemento

determinante na política internacional, pois se o ator em questão for menos vulnerável possuirá maior poder de barganha e possibilidade de estratégias nas relações internacionais, mas essa influência acarretará riscos (ALVES, 2003, p. 356).

No caso analisado que envolve as Organizações Internacionais, sendo que a ONU tem destaque e a influência dos países que compõe essa organização, entende-se que os países que fazem parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas são menos vulneráveis que a Palestina, por exemplo. Isso por que países como os Estados Unidos têm condições militares e econômicas de enfrentar as situações em âmbito internacional oferecendo as respostas imediatas a quaisquer questões, seja envolvendo a sensibilidade ou a vulnerabilidade, pois esses conceitos explicam a disparidade que há entre os países do Conselho Permanente. Esses Estados do Conselho representam as potências mundiais e os países periféricos. Isto é, aqueles países que não possuem capacidade de enfrentar e responder prontamente essas situações, pois são considerados mais sensíveis, sendo que os danos são mais perceptíveis (LIMA, 2003, p. 279-280). Isso se explica, segundo SARFATI (p.165, 2005), pelo custo e a disponibilidade de recursos, pois os países periféricos não possuem alternativas suficientes para oferecerem respostas rápidas e os recursos de poder são menores.

Nesse contexto, propõe-se a análise que outrora era baseado apenas no prisma da Teoria da Interdependência, para que se procure resposta com o amparo da Teoria dos Jogos, pois essa teoria nos possibilitará compreender o processo de tomada de decisões no que se refere às resoluções da Organização das Nações Unidas, bem como o posicionamento dos atores jogadores nesse processo.

De acordo com FERNANDES (2004, p.67), a Teoria dos Jogos se fundamenta basicamente entre condições conflituosas, sendo que, tais condições ainda que conflituosas podem ser mitigadas através da cooperação. Esses jogos são denominados jogos de soma zero e jogos de soma variável, respectivamente. Segundo

o autor, os jogos de soma zero ocorrem quando determinado benefício de um Estado é anulado no momento em que o Estado oponente deprecia automaticamente o Estado outrora beneficiado. Significa que o êxito obtido pelos jogadores foi anulado, pois cada parte através da ação no jogo anulou o benefício do seu oponente, assim, conseqüentemente, ambos foram prejudicados. No caso de jogos de soma variável, os jogadores não buscam somente os benefícios, mas se dispõem a compartilhar, ou seja, são jogos em que tais jogadores podem tanto ganhar quanto perder. De modo que a maneira coerente de resolver o litígio, nesse caso, é por meio da cooperação (FERNANDES, 2004, p. 67-68).

A resolução de conflitos baseada na Teoria dos Jogos parte de pressupostos que podem ser determinados a partir do comportamento dos jogadores os quais na sua escala de interesses buscam determinados resultados, ou seja, a teoria propõe resolver situações conflituosas de forma racional. Para atingir tal resultado os jogadores dispõem de diferentes opções. Para tanto os jogadores partem de escolhas específicas para efetuar tais jogadas. Essas jogadas são determinadas de acordo com o interesse dos jogadores, de modo que esses escolham o que querem; o que sabem; o que não sabem; o que podem fazer; e o que não podem fazer. Porém, as escolhas não dependem apenas da certeza dos jogadores, mas das possibilidades e intenções dos adversários, como também de outras variáveis que determinam o comportamento dos jogadores (FERNANDES, 2004).

A Teoria dos Jogos destaca o modelo chamado de "dilema do prisioneiro" que se refere às ameaças e promessas de um jogador em relação aos outros e simula ações racionais. O segundo modelo distingue as ameaças mútuas em que o vencedor é aquele que não cede, ou ainda pode ocorrer nesse modelo uma solução cooperativa. No modelo "dilema do prisioneiro" a estratégia está na incriminação do adversário e posteriormente na sua condenação. Nesse caso as ações dos jogadores são baseadas em

duas opções: cooperação e compromisso; ou determinar e fazer prevalecer seu ponto de vista. Tais ações têm outros resultados, isto de acordo com os interesses de cada jogador, que podem ser idênticos ou divergentes (FERNANDES, 2004, p.68-71).

A Teoria dos Jogos, através desse modelo explica de maneira coerente e auxilia no entendimento do comportamento desses novos atores nos ambientes de negociação, pois, de acordo com SARFATI (2005, p.191), tal teoria pode ser usada para prever ou determinar as ações dos atores, ou como se refere o autor: *jogadores*. Esses atores/jogadores buscam garantir resultados satisfatórios para si, porém buscam também permanecer no conjunto de *jogos*. Entende-se, dessa forma, que os jogadores são os Estados e as Organizações Internacionais, os grupos de pressão, com seus objetivos previamente definidos. Por outro lado, há de se considerar no contexto macro, o comportamento desses diversos agentes que permanecem no jogo, ou seja, além de interesses nacionais, estabelecem metas que vão além das suas fronteiras (SARFATI, 2005).

Desde a década de 1960, a partir da elaboração da Teoria da Interdependência, os acontecimentos político-econômicos têm se destacado no que se refere ao comportamento dos Estados e influenciado em grande medida suas ações e reações. Os estudos estratégicos e a política internacional, influenciados pelo realismo, acompanharam o surgimento das relações transnacionais entre empresas, organizações internacionais e os grupos da sociedade civil, um cenário em que os jogadores bem como seus interesses se multiplicaram, pois se anteriormente, eram os Estados *versus* outros Estados, nesse momento, as possibilidades de jogos e jogadores aumentaram proporcionalmente em relação às perdas e ganhos, que se tornaram mais evidentes.

Importante destacar que as Organizações Internacionais não substituem ou tomam espaço da atuação do Estado, ambos os atores fazem parte do jogo, cada qual observando e buscando prever o comportamento do outro, de modo que as decisões a

serem tomadas possibilitem o conflito ou a cooperação, isso de acordo com a estratégia ou objetivo de cada *jogador*. Segundo NOGUEIRA e MESSARI (2005, p.95) as organizações agem de modo que maximizem seus ganhos de curto prazo através da barganha e incentivem condutas cooperativas ao demonstrarem crescentes benefícios mútuos. A responsabilidade quanto ao comportamento dos envolvidos, fortalece e favorece os regimes, bem como as negociações, visto que a atuação dessas instituições influencia na formação e na mudança dos interesses estatais. Ainda de acordo com os autores, estruturas de autoridade de alcance mundial são importantes, mesmo que essas estruturas se configurem na diminuição da autonomia dos Estados, dada a abrangência das organizações internacionais.

Para entender a teoria e para que sua aplicabilidade se torne coerente para o tema em questão, considera-se a Organização das Nações Unidas, como um dos atores/jogadores no conjunto de jogos, que interage com os demais atores, nesse caso as superpotências (inclusive as que fazem parte do Conselho Permanente/NU), e completando esse contexto, do outro lado estão: a Palestina e Israel, cada um defendendo os seus interesses.

Analisa-se as relações entre os Estados e as Organizações com os múltiplos jogos, na arena internacional, verifica-se que o modelo capitalista tem transformado esse contexto em relações cada vez mais dependentes, de modo que cooperar ou não cooperar é apenas uma estratégia de acordo com os jogos, suas possibilidades e consequentemente seus ganhos (TSEBELIS, 1998, p.227).

1. A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Importante observar o posicionamento das Nações Unidas em relação aos conflitos ocorridos desde sua criação. O primeiro exemplo se dá no desenvolvimento

da operação de paz liderada pela Organização das Nações Unidas, durante a crise no Canal de Suez (1956) – Grã-Bretanha e França, acionistas e beneficiárias do canal ficam do lado de Israel, ou mesmo seu posicionamento em relação ao conflito árabe-israelense, no que se refere à Resolução 242, aprovada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas. Como descreve NYE (2009), as superpotências pressionaram tanto os árabes quanto os judeus a aceitarem um cessar fogo, porém as determinações feitas por meio da resolução 242/ CS não ficaram claras, pois esta podia ser interpretada de diversas formas. Essa situação de ambiguidade causada por uma determinação da ONU não resolveu o problema, pelo contrário, acirrou ainda mais a animosidade entre esses povos (NYE, 2009).

Como observa SATO (2003), a avaliação de cada ator é feita de maneira diferente, pois cada situação tem um significado específico. Uma disputa comercial ou territorial; um acordo de cooperação; um conflito armado real ou em potencial, são situações que se transformam em ações políticas. Como as consequências políticas resultadas da crise do Canal de Suez, no qual a União Soviética (URSS) passou a influenciar o conflito no Oriente Médio, e na aproximação da relação entre Estados Unidos e Israel, a partir da década de 1960 (LAMAS, 2004).

No que se refere à intervenção de atores internacionais, ou seja, Estados e Organizações Internacionais, NYE (2009), destaca o contexto da aprovação da Resolução 242, das Nações Unidas que pôs fim a guerra entre árabes e israelenses em 1967. No decorrer dos anos o propósito da determinação, assim como o propósito da Resolução 181(1947), não foi respeitada. Todos esses aspectos aliados a políticas radicais praticadas por israelenses ou palestinos são grandes obstáculos para a paz.

A crise relacionada à atuação da Organização das Nações Unidas deve-se ao fato de que ao longo dos anos desde sua criação, em 1945, as Nações Unidas deferiram várias decisões, por meio de suas resoluções, algumas com resultados positivos, outras,

entretanto serviram de estopim para conflitos quase que intermináveis como é o caso árabe-israelense. Isso se deve, segundo VIEIRA (1997), as lacunas que foram formadas por falta de respostas no que tange as necessidades políticas atuais, considerando os diversos atores internacionais que surgiram nos últimos anos e que influenciam sobremaneira as decisões dos Estados em escala mundial.

Nesse sentido, cabe tratar da efetividade quanto às ações desempenhadas pelas Nações Unidas no contexto árabe-israelense, já que tais decisões são discutíveis, pois o conflito continua sem solução, visto que mais de meio século se passou desde sua criação. No início deste novo século, a sociedade internacional têm novos anseios e expectativas relacionadas à participação de uma organização essencialmente criada com o fim de promover a mitigação de conflitos e, conseqüentemente, alcançar a paz. Tal situação não se refere apenas as Nações Unidas, mas ocorre com outras Organizações Internacionais, porém devido à dimensão dos temas abordados, as resoluções requeridas no âmbito da ONU atingem maiores proporções. Para VIEIRA (1997), lutar por uma possível reforma das instituições internacionais, principalmente das Nações Unidas é uma forma de dar maiores perspectivas à sociedade, primando pela promoção dos direitos humanos e a democratização, pois existem pressões de grandes mercados e países que são grandes centros financeiros. Mesmo em democracias liberais há rejeição no trato da submissão a instituições internacionais e sua legitimidade geralmente é discutida, pois a reforma de tais organizações pode torná-las mais transparentes.

A transparência quanto às ações das instituições pode contribuir para delimitar condutas e abrir precedentes para que outras ocorrências conflituosas em menor ou maior escala entre os Estados possam ter suas diferenças minimizadas e haja o consenso entre os Estados envolvidos. Isto significa dizer que a ONU deve atuar de forma concisa e eficaz, na primazia de interesses da humanidade, de modo que

interesses de grupos específicos sejam desconsiderados. “(...) a ONU será levada a desenvolver atividades em outros campos, distintos da manutenção da paz, e por vezes empregará a força para alcançar os seus objetivos” (SEITENFUS, 2000, p.115).

No que refere-se à atuação da Organização, alguns de seus posicionamentos no que tange à resolução de conflitos, especificamente envolvendo o litígio árabe-israelense, colocaram pelo menos nos últimos vinte anos, a responsabilidade da Organização em discussão, quando se percebe a intervenção de países (principalmente aqueles que compõem o Conselho de Segurança) quanto aos processos decisórios da Organização que devem ser estritamente imparciais. Essa tomada de decisão deve primar pela ordem e pela segurança em âmbito global, além da isonomia dos países envolvidos em contenciosos, independentemente das suas razões.

Para HOBWBAWN (2007, p.29), a ausência de convenções e, portanto, uma autoridade global, não significa que uma superpotência force ou propõe obrigatoriamente sua vontade aos países, especialmente aos mais importantes. Segundo o autor, os organismos atrelados à Organização das Nações Unidas não dispõe de poder efetivo, a não ser o que lhe é concedido involuntariamente pelos Estados, devido ao apoio desses países poderosos. Por isso, o autor ressalta que as instituições internacionais têm se mostrado com demasiada frequência ineficazes e desprovidas de legitimidade, no que se refere a assuntos que carecem de atenção por parte dos principais países. Mesmo quando são aceitos e estabelecidos os tribunais, por meio de acordos entre tais países, isso não garante a adoção de suas decisões como legítimas e obrigatórias pelos Estados-membros. Comportamento tal exemplificado em 1998, no Estatuto de Roma, quando a Organização das Nações Unidas estabeleceu o Tribunal Penal Internacional, mas suas determinações foram ignoradas por países poderosos, como por exemplo, a China e a Rússia que assinaram o Estatuto de Roma,

mas não ratificaram e os Estados Unidos que assinaram o Tratado, mas retiraram a assinatura logo que o presidente George W. Bush foi eleito (HOBSBAWN, 2007).

A ONU, segundo OLIVEIRA (2005), surgiu com princípios que teriam a função de disciplinar a relação entre os Estados soberanos, ou seja, os princípios como a igualdade; a não intervenção e o não uso da força foram instituídos com o objetivo de limitar a ação dos Estados. Porém, no decorrer dos anos em que a ONU tem atuado alguns desses princípios ficaram suscetíveis e vulneráveis (OLIVEIRA, 2005, p. 193).

No que se refere à importância dos organismos internacionais, HOBSBAWN (2007, p.33) ressalta que a Organização das Nações Unidas deve ter o seu papel repensado, pois apesar de sua participação, a efetividade no que tange a resolução de conflitos fica submetida a outros interesses, pois sua estratégia e sua operação estão sempre a mercê das instabilidades da política de poder. A ausência de um intermediário internacional considerado genuinamente neutro e capaz de agir sem a autorização prévia do Conselho de Segurança constitui a carência mais óbvia do sistema de solução de controvérsias (HOBSBAWN, 2007, p.33).

A Organização das Nações Unidas se constitui em um dos atores internacionais de maior importância, na política mundial. Tanto que alguns Estados, que representam os países centrais detêm parcelas expressivas de poder na organização e definem os passos da política internacional de acordo com seus interesses (OLIVEIRA; DAL RI, 2003).

A Organização das Nações Unidas, nas palavras de NYE (2009) não é o "parlamento da humanidade" que seus idealizadores esperavam no ato de sua criação em 1945. De modo, que a reforma de sua estrutura tem sido discutida por muitos observadores. Nesse sentido, as sugestões convenientes para a reforma incluem a Comissão de Constituição da Paz, que supervisiona a reconstrução dos países falidos, a revisão da Comissão de Direitos Humanos para excluir os Estados violam suas

determinações. Segundo NYE (2009), a reforma não significa a extinção da Organização das Nações Unidas, apenas a sua reestruturação, pois a ONU representa, ainda que de forma emblemática, os interesses universais. Devido à diversidade de temas e as mudanças que ocorrem cada vez mais rápido no cenário internacional, a atuação de uma organização como a ONU tem sua importância.

Segundo HUSEK (2007), o Conselho de Segurança é o órgão mais importante da ONU, pois seu propósito está em assegurar a paz e a segurança internacionais, situação que garante as grandes potências certo controle sobre a organização. Considerando o direito de veto concedido aos membros permanentes do CSNU. Sobre essa prerrogativa, Mello *apud* HUSEK (2007, p. 262) lembra que “A adoção do veto na Carta tem impedido que a ONU tome iniciativas em questões de maior importância, levando-a praticamente a uma paralisação”.

Porém, como salienta SATO (2003), isso não se constitui no fracasso ou irrelevância da ONU, mas denota a limitação de seu alcance. No que tange ao Conselho de Segurança, uma possível reformulação desse órgão poderá conceder a ONU maior credibilidade, principalmente no que se refere à solução efetiva de conflitos internacionais. Pois os atos do CS precisam de fiscalização, e considerando as superpotências, o mundo fica sob o domínio dos Estados mais poderosos (HUSEK, 2007).

Entende-se, portanto, que no que tange ao conflito árabe-israelense a Organização das Nações Unidas se tornou a principal arena de negociações, pois é a partir das discussões e resoluções provenientes dessas negociações que ocorrem dentro do seio do CS que define-se o posicionamento da ONU em relação ‘questão palestina’. Nesse sentido, critica-se esse aspecto, pois o CS por ser um órgão limitado às potências não representa de fato a opinião de todos os membros da ONU e do sistema internacional como um todo em relação ao reconhecimento da Palestina.

2. A INFLUÊNCIA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO CONFLITO ÁRABE-ISRAELENSE

A ONU, direta ou indiretamente, teve influência constante no decorrer do conflito árabe-israelense. Desde o plano de partilha do território proposto pela Organização (1947), bem como os conflitos que surgiram como consequência da resolução 181/ONU, como a Crise no Canal de Suez (1956), até a criação da Organização Para a Libertação da Palestina (OLP) - organização que passou a representar o povo palestino e a negociar com Israel – (1964) e a criação da Autoridade Nacional Palestina (ANP). De acordo com o histórico do conflito, eclodiram ainda, a Guerra dos Seis Dias (1967), a Guerra do Yom Kippur (1973). Somente a partir de 1988 com a admissão da Palestina como membro observador das Nações Unidas (1988) e as negociações referentes ao Acordo de Oslo I e II (1993) notou-se algum avanço referente à questão, pois estas últimas compreendem a principal tentativa de solução do conflito árabe-israelense.

Entretanto, considera-se importante entender as razões que levam tanto os árabes quanto os judeus a se posicionarem de formas tão distintas. Não cabe, portanto, tomar partido de nenhum dos lados envolvidos apenas analisar, de acordo com a história os argumentos expostos tanto por palestinos quanto por israelenses e definir o que de fato impede a solução do litígio que confere ao Oriente Médio o ambiente mais instável do Mundo. Essa questão se mostra relevante para compreensão dos fatores que impedem o reconhecimento da Palestina, tendo em conta que o conflito entre árabes e judeus representa a faceta que emperra o reconhecimento deste Estado. Por isso, coloca-se como pressuposto que o seu reconhecimento seria a condição fundamental para a solução do conflito milenar.

A Palestina nasceria a partir da delimitação do território pela ONU, em 1947, o que desencadeou um processo de ódio e violência que parecia não ter limites. A ONU considerou para o plano de partilha apenas a geografia do território, dividindo a população em duas comunidades. Entretanto, tais critérios não podiam ser respeitados em todas as áreas. Por isso, os árabes se sentiram lesados e rejeitaram a proposta da Organização. Durante décadas, judeus e árabes lutaram para a resolução dessa questão (OLIC e CANEPA, 2003, p.74).

Em dezembro de 1948, a ONU aprovou a resolução 194 que reconhece aos refugiados palestinos o direito de regressarem aos seus lares ou de serem indenizados, se assim o preferirem. Apesar de o preâmbulo da resolução que o admitiu na ONU mencionar explicitamente a aplicação desta resolução, Israel recusou-se e continua a recusar-se a aplicá-la. As aldeias palestinas foram arrasadas, os seus habitantes expulsos e suas terras foram distribuídas entre os imigrantes judeus. Desse modo, o retorno dos refugiados palestinos tornou-se impossível. As forças judaicas, além de impedirem o retorno da população, incentivaram massacres em diversos locais no país. Diante disso, a população palestina revoltou-se, pois grande parte dos refugiados acumulou-se em acampamentos na Faixa de Gaza, na Cisjordânia, na Jordânia, na Síria e no Líbano.

Em meados de 1967, Israel atacou e destruiu toda a infraestrutura de aviação militar dos países próximos (Guerra dos Seis Dias). Em decorrência da então denominada "Guerra dos Seis Dias", a ONU aprovou a Resolução 242, que exigia a devolução dos territórios tomados por Israel durante o conflito. Israel se recusou a cumprir a determinação e iniciou a colonização dos territórios ocupados. Em junho de 1967, os israelenses saíram vitoriosos da guerra, situação que resultou em uma população árabe numerosa.

Antes de ocorrer a Guerra dos Seis Dias, em 1964, houve a formação de uma organização que passou a ser o símbolo de luta pelo reconhecimento da Palestina, a Organização Para a Libertação da Palestina (OLP). Tal organização recebia o patrocínio da Liga Árabe e a sua carta de fundação primava pela destruição de Israel e consequentemente a libertação da Palestina. A Organização para a Libertação da Palestina (OLP) foi reconhecida pela ONU em 1974. Nesse ambiente, outros conflitos ocorreram na região e com o propósito de retomar os territórios ocupados por Israel, os países árabes atacaram Israel. A instabilidade da região perdurou na década de 1980 (OLIC; CANEPA, 2003).

Duas décadas após a aprovação da Carta da OLP, em 1988, o Conselho Nacional Palestino proclama, em discurso realizado por Yasser Arafat nas Nações Unidas (13 de dezembro de 1988) o estabelecimento do Estado Palestino, com governo provisório e com Jerusalém como capital. Enquanto a Comunidade Internacional se pronunciava sobre o feito, a Organização Para a Libertação da Palestina (OLP) ocupava o posto de observadora na Organização das Nações Unidas. Em 1993, a Palestina volta-se para o Acordo de Washington, assinando uma declaração de princípio, acontecimento que propiciou o início de um processo de paz na região (GUILLAUME, 2003, p. 94 -101).

Portanto, a questão que envolve Israel e consequentemente, a Palestina é um exemplo do desrespeito às normas, se considerarmos que em 1948, a ONU concedeu ao povo palestino o direito ao território, já que este tem uma comunidade formada e teoricamente um governo constituído, a Autoridade Nacional Palestina (ANP), eleito através de eleições. Também é pertinente ressaltar que historicamente, a Palestina é uma das “comunidades” mais antigas e só não conseguiu se estabelecer no seu território por que o litígio envolve alguns países e interesses que estão à margem dos direitos desse povo, que é marginalizado perante a sociedade internacional, a fim de

atender a interesses diversos. Na década de 1990, exaustos de luta e morte, se dispuseram a negociar, mas ainda não chegaram a uma solução definitiva (FERREIRA JUNIOR, 2004).

3. A ONU RESPONSÁVEL PELO ACIRRAMENTO DO CONFLITO

No final de 1947, a Resolução 181 foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas e previa a partilha do território e a determinação do Governo Palestino. De acordo com o documento, o Conselho de Segurança seria responsável pela implementação das recomendações feitas pela AG, bem como, por impedir que qualquer ação de outros governos pudesse perturbar o estabelecimento de tais recomendações (RES.181/AG, 1947).

Embora o documento fosse legítimo e houvesse uma comissão para fiscalizar, de certo modo, a sua implementação estava a cargo do Conselho de Segurança, que deveria tomar as medidas necessárias para o andamento do estabelecimento do Estado Palestino.

Desse modo, o número de Estados envolvidos no jogo dentro da própria Assembleia Geral se tornava maior. Além dos Estados favoráveis à partilha do território, dava-se legitimidade ao CS, ou seja, os países que representavam o CS nesse momento podiam determinar a forma com que as recomendações da AG seriam estabelecidas.

Considerando o Conselho de Segurança como a arena de negociações e os países abarcados dentro da estrutura do órgão, entende-se que as determinações no que tange a partilha do território ficavam sob a responsabilidade dos cinco países membros do CS. Desse modo, seus interesses eram privilegiados, ou seja, as decisões dependiam da ação desses países. Prevvia-se determinada situação, estabelecendo os custos e os ganhos de uma decisão.

Esse comportamento significava maior autonomia do CS, ou seja, poder concedido das grandes potências para moldar ou manipular as decisões de acordo com os seus interesses. Essa situação neutralizava o posicionamento dos outros países que faziam parte da Assembleia Geral, tornando a Organização das Nações Unidas um ambiente não democrático e de disputas internas, isto é, diferente do que pregava em seus pilares. Comprova-se que a organização que nasceu para executar decisões que abrangiam o bem-estar das populações, defendendo a soberania dos Estados e a autodeterminação dos povos age de forma não democrática e ineficiente.

A fragilidade da ONU em defender e impor, por assim dizer, as suas deliberações a tornou uma instituição ineficaz, pois delegou o seu poder de decisão especificamente a seus órgãos. Desse modo, a instituição se tornou uma arena, na qual interesses imperialistas (políticos e econômicos) estiveram e permanecem em pauta. Assim, a organização delegou também ao Conselho de Segurança sua responsabilidade no que tange a alguns temas universais, pois a influência dos países-membros do CS acabaram, por assim dizer, direcionando as decisões políticas e econômicas no cenário internacional. Nesse contexto, o CS seguiu por diversas vezes o posicionamento das grandes potências.

A Resolução 181, mesmo contemplando diversos aspectos importantes para o estabelecimento do Estado palestino, não recebeu respaldo necessário da Organização das Nações Unidas no que tange a implementação da sua decisão. A falta de efetividade em relação a tal determinação causou o descrédito quanto à partilha do território e suscitou o receio dos Estados Unidos, país-membro do Conselho de Segurança. Nesse contexto, o país tratou de se organizar para defender seu posicionamento de acordo com os seus interesses políticos e econômicos, depois da partilha (GOMES, 2001).

O apoio dos norte-americanos à partilha do território teria suas consequências

no âmbito político, como destaca GOMES (2001); “Os congressistas do *lobby* petrolífero destacaram que se os Estados Unidos apoiassem a partilha, o petróleo do Oriente Médio poderia não estar disponível para a defesa nacional”. Não bastassem os problemas políticos que seriam enfrentados pelos Estados Unidos, havia também a pressão do setor privado relacionado aos interesses petrolíferos. Situações como estas refletem a preocupação constante em relação aos arranjos políticos internacionais dentro do congresso norte-americanos e os interesses econômicos. Esses arranjos políticos demonstram que as negociações, não ocorriam apenas dentro da Organização das Nações Unidas, mas que no interior do aparelho estatal, havia arena de discussões para a defesa de interesses políticos e corporativos. De modo que, os jogos de poder e o estabelecimento de custos e ganhos se iniciavam dentro do Estado e as condições definidas ou antecipadas eram apresentadas no âmbito das Nações Unidas. A partir desse arranjo político, ocorria a defesa de interesses, no que se refere às decisões dentro do Conselho de Segurança e da própria Assembleia Geral.

Desse modo, compreende-se que as grandes potências que fazem parte do Conselho de Segurança das Nações Unidas influenciaram substancialmente na implementação da Resolução 181/AG. O Estado norte-americano manteve uma posição militar-estratégica, pois além dos ganhos comerciais, através das empresas petrolíferas que atuavam na região, obtinha também o apoio israelense no âmbito militar para suas conquistas no Oriente Médio.

Ao contrário da Palestina, que não podia oferecer aos Estados Unidos oportunidade de inserção no Oriente Médio. Além da falta de estrutura para sustentar relações comerciais com os demais países, o novo Estado necessitava do reconhecimento da Comunidade Internacional, principalmente no âmbito comercial. Nesse sentido, o novo Estado nasceria como um país periférico, pequeno e pobre. Desse modo, a relação com o novo país não traria benefícios para países ricos e

desenvolvidos, pois os custos seriam maiores para esses países. Contexto em que fica explícita tanto a sensibilidade quanto à vulnerabilidade de uma relação com a Palestina que não teria condições políticas, econômicas e militares de responder prontamente as demandas estabelecidas no âmbito internacional.

4. SOBRE A ANÁLISE DAS RESOLUÇÕES

A despeito dos documentos, observa-se que a Organização das Nações Unidas nas últimas recomendações agiu com prudência. Evitando, desse modo, suscitar outras interpretações e conseqüentemente revolta das partes envolvidas como o ocorrido em 1947, com a Resolução 181 (AG) e a Resolução 242 (CS) em 1967, que não foram implementadas. Entende-se que os conflitos deflagrados entre os palestinos e os israelenses tiveram como base o não reconhecimento do Estado palestino, o desrespeito aos refugiados e a não devolução dos territórios ocupados.

Essas situações foram mencionadas pela ONU, por meio de recomendações, mas não foram efetivas no momento de sua implementação, devido à influência de Estados e Organizações Internacionais e suas expectativas no que se refere aos acertos políticos e econômicos, tanto no âmbito das Organizações, como entre os Estados.

Desse modo, a Assembleia Geral e o Conselho de Segurança, são arenas dentro das Nações Unidas em que ocorrem as negociações e as disputas que interessam aos Estados e as Organizações Internacionais. Esses interesses influenciam a solução do conflito que envolve a região do Oriente Médio, principalmente no que tange ao Estado palestino, pois a aproximação do novo Estado não oferece benefícios aos demais Estados, especialmente aquelas potências que são responsáveis por determinar as ações no conselho permanente no âmbito do Conselho de Segurança das Nações Unidas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo sobre o reconhecimento do *Estado Palestino* e a atuação da Organização das Nações Unidas, demonstra a importância da atuação das Organizações Internacionais, bem como a sua influência nas Relações Internacionais. Desse modo, a atuação da Organização das Nações Unidas em relação ao conflito árabe-israelense teve enfoque principal, pois a efetividade das ações da ONU seria um argumento importante para mitigar o conflito e consumir o reconhecimento do Estado Palestino.

Através da análise desenvolvida no artigo verificou-se que entre os fatores que impediram a atuação firme e coerente da Organização das Nações Unidas em relação ao conflito árabe-israelense estava a influência coerciva das Organizações Internacionais e dos Estados, pois as disputas políticas e econômicas no âmbito das organizações e dos próprios Estados contribuíram para a estagnação do processo de paz no Oriente Médio.

Essa influência de alguns Estados mais fortes, principalmente no interior das Nações Unidas deve-se ao poder concedido aos países membros do Conselho de Segurança que possuem o direito ao veto. Em dada medida, o poder conferido a esses atores determina a maneira com que eles se posicionam nas negociações político-econômicas.

Considera-se que a relação entre os Estados e as Organizações Internacionais pode ser conflituosa, por esse motivo, a atuação da Organização das Nações Unidas, desde a sua fundação, tornou-se importante e sua eficácia fundamental nas Relações Internacionais. Devido à importância das Organizações Internacionais, a atuação das Nações Unidas tornou-se relevante para a solução do conflito, pois as resoluções expedidas pela organização influenciaram os rumos do conflito árabe-israelense.

No que tange ao conflito entre palestinos e israelenses, observa-se que as resoluções expedidas, tanto pela Assembleia Geral quanto pelo Conselho de Segurança, não foram implementadas de imediato, situação que acirrou ainda mais a animosidade entre esses povos. Nesse contexto, o conflito no Oriente Médio em torno do reconhecimento da Palestina e a atuação das Nações Unidas seguiram rumos paralelos, ou seja, as ações referentes à solução do conflito não dependiam apenas do interesse dos estados envolvidos, mas ficaram na dependência de interesses das superpotências, comandadas pelos Estados Unidos, bem como das Organizações Internacionais.

Constatou-se que a atuação da Organização das Nações Unidas para a solução do litígio entre árabes e israelenses falhou no que se refere à implementação das resoluções, os principais fatores que interferiram nas negociações e consequentemente, na solução do contencioso na região, estão relacionados a interesses políticos e econômicos envolvendo Estados hegemônicos, seja em âmbito regional ou mundial. O poder desses Estados somado ao poder que as grandes Corporações Transnacionais conquistaram, tiveram influência nas decisões, pois os atores primeiro preveem o comportamento de outros e logo analisam seus benefícios políticos e econômicos com relação a uma situação específica envolvendo determinado ator.

Nesse contexto, as ações da ONU se tornaram secundárias, ou seja, apesar da relevância da Organização, sua atuação suscitou desconfiança e contestação. Situação que culminou em estudos a cerca da revisão institucional da Organização, autores como HUSEK (2007), propõe a reestruturação das Nações Unidas. Porém, tal proposta constitui-se em uma questão que requer discussão, com a finalidade de que se apresentem propostas abrangentes que contemplem as novas demandas, considerando a importância da Organização das Nações Unidas no cenário internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Patrícia Vignolo. A Interdependência Complexa e os Direitos Humanos. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI, Arno Jr. (org.). *Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p. 356.

DI SENA JUNIOR, Roberto. Poder e Interdependência: Perspectivas de Análise das Relações Internacionais na Ótica de Robert O. Keohane e Joseph S. Nye. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI, Arno Jr. (org.). *Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p.179-210.

FERNANDES, José Pedro T. *Teorias das Relações Internacionais: Da Abordagem Clássica ao Debate Pós-Positivista*. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA JUNIOR, Lier Pires. Estado e Soberania no Contexto da Globalização. In: GUERRA, Sidney; SILVA, Roberto Luiz (org.) *Soberania: Antigos e Novos*

Paradigmas. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.160-178.

GOMES, Aura Rejane. *A Questão da Palestina e a Fundação de Israel*. Dissertação de Mestrado. USP – Departamento de Ciência Política. São Paulo, 2001. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-24052002-163759/>. Acesso em 05 de junho de 2012.

GUILLAUME, Gilbert. O Estado de Israel e a Questão Palestina. In: BRANT, Leonardo N. C.; (Coo). *Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Cap.4, p. 69-102

HOBBSBAWN, Eric. *Globalização, Democracia e Terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUSEK, Carlos Roberto. *A Nova (Des) Ordem Internacional*. ONU: Uma Vocação Para a Paz. São Paulo: RCS, 2007.

LAMAS, Bárbara Gomes. Palestina e Israel: Acordos de Oslo, Camp David II e o Mapa da Paz. *Conjuntura Internacional – Cenários PUC Minas*, Minas Gerais, nov. 2004.

LIMA, Rodrigo Carvalho de Abreu. Interdependência e Assimetria: Dilemas das Relações Internacionais Contemporâneas. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI, Arno Jr. (org.). *Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p.278-279.

NOGUEIRA, João P.; MESSARI Nizar. *Teoria das Relações Internacionais: Debates e Correntes*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NYE, Joseph Jr. *Cooperação e Conflito nas Relações Internacionais*. São Paulo: Editora Gente, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Resolução 181/AG (1947)*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/resga.htm>> Acesso em: 16 jun.2012.

OLIC, Nelson B.; CANEPA, Beatriz. *Oriente Médio e a Questão Palestina*. São Paulo: Moderna, 2003.

OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI, Arno Jr. (org.). *Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p.254-255.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais: Estudos de introdução*. 2ª ed., 2004. Curitiba: Juruá, 2005.

RICOBOM, Gisele. Aspectos da Teoria da Interdependência no Contexto das Relações Internacionais Contemporâneas. In: OLIVEIRA, Odete Maria de; DAL RI, Arno Jr. (org.). *Relações Internacionais: Interdependência e Sociedade Global*. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2003, p.254-255.

SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista dos. *Processo Global: Relações Internacionais e a Interdependência Assimétrica*. In: OLIVEIRA, Odete Maria de (org.) *Relações Internacionais & globalização: Grandes Desafios*. Rio Grande do Sul: Ijuí, 1999, p. 67-94.

SARFATI, Gilberto. *Teoria das Relações Internacionais*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.191-199.

SATO, Eiiti. Conflito e Cooperação nas Relações Internacionais: as Organizações Internacionais no Século XXI. *Revista Brasileira de Política Internacional*. Vol. 46, n. 2 –. Brasília, jul./dez. 2003.

SEINTENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TSEBELIS, George. *Jogos Ocultos: Escolha Racional no Campo da Política Comparada*. São Paulo: Edusp, 1998.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e Globalização*. Rio de Janeiro: Record, 1997.

A FORMAÇÃO E A DINÂMICA DO ESTADO NO PENSAMENTO DE KARL MARX E A SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO DOS ESTADOS AFRICANOS: O CASO DE MOÇAMBIQUE

Aurélio Adelino Bernardo¹

RESUMO

O presente artigo pretende fazer uma leitura da concepção e dinâmica do Estado no pensamento de Karl Marx e analisar a influência que desempenhou no processo de formação de Estados Africanos e em particular do Estado de Moçambique, desde a luta contra o regime colonial até à independência.

No pensamento marxista, o Estado é a forma ilusória de apresentar os interesses das classes dominantes como interesses da coletividade. A visão Marxista da estrutura social e da política teve forte influência nas revoluções africanas rumo à independência, foi neste prisma que movimentos nacionalistas como é o caso da Frente de Libertação de Moçambique, adotaram uma orientação marxista com intuito de lutar para alcançar a independência. A definição do inimigo, da qual se devia combater, foi adotada por analogia a visão marxista de classe, tornando-se numa dicotomia entre ``nós`` (os que se identificavam com a causa da luta) e ``eles`` (os opressores).

Ora, a primeira Constituição histórica do Estado Moçambicano, bem como as primeiras leis aprovadas pelo governo da FRELIMO segue diversas diretrizes apresentadas no manifesto comunista, atribuindo o poder ao proletariado e camponeses e apresenta traços da concepção Marxista. A terra passou a ser propriedade do Estado, não podendo por qualquer forma ser alienada.

Palavras Chaves: *Formação, Estado, Marx, Revolução, Moçambique.*

ABSTRACT

This article intends to make one ready of the conception and dynamic of State in the thinking of Karl Marx and analyze the influence that it played in the formation process of African States, in particular case of the Mozambique State, since the struggle against colonial system to independence.

In Marxist thought, the state is illusory form to present the interests of the dominate classes as collective interests. The Marxist view of social structure and politics had a strong influence on African revolutions toward independence, that`s why nationalist movements such as the Liberation Front of Mozambique adopted a Marxist orientation in order to fight to achieve the independence of Mozambican people. The definition of the enemy, which should fight against, was adopted by analogy to the Marxist view of class, making it a dichotomy between `` us" (those who identified with the cause of the fight) and `` them" (the oppressors).

The first historical constitution of the Mozambican State, as well the first laws passed by the FRELIMO government follows different guidelines outlined in the Communist Manifest, giving power to the proletariat and peasantry and shows traces the Marxist conception. The land became property of the state, and can not in any way, be alienated.

Key Words: *Formation, State, Marx, Revolution, Mozambique.*

¹ GORENDER, Jacob. `Introdução´ ``in´´ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág. xxx

INTRODUÇÃO

Um dos pontos fulcrais da sociologia política de Marx é a relação entre a “política” e a “economia”, bem como a luta de classes, tendo como principal tese defendida o fato que a infraestrutura econômica determina a superestrutura. Esta tese foi alvo de diversas críticas dos antimarxistas.

Marx dedicou-se a análise dos fatos históricos verificados no século XIX na França, analisando as estruturas sociais e as ideologias subjacentes com base no método materialista. A partir desta análise Marx e Engels revolucionaram a teoria política, pois o Estado deixou de ser visto como uma representação dos interesses da maioria, mas sendo na sua essência apenas a manifestação de interesses das classes dominantes¹. Neste prisma, Marx propôs o fim do Estado para se ultrapassar os conflitos de classe, com o fito de formar uma sociedade comunista.

Assim, o presente artigo tem como escopo abordar a concepção de Estado em Marx. Apesar de Marx pouco ter escrito sobre África, o seu pensamento influenciou na gênese de alguns estados africanos, e em particular de Moçambique, que adotaram a linha de orientação marxista.

No plano metodológico, num primeiro momento vamos nos debruçar sobre método materialista de Marx, num segundo momento dedicaremos a análise da questão da formação e da dinâmica do Estado no pensamento de Karl Marx e num terceiro momento analisaremos de que forma o pensamento marxista influenciou no processo de formação do Estado moçambicano.

¹ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág 21

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A CONCEPÇÃO MATERIALISTA

A produção da vida material pelo homem é no pensamento marxista o primeiro fato histórico, uma condição fundamental de toda a História². O materialismo brota a partir da necessidade nata do homem produzir seus meios de existência, produzindo, de forma indiretamente, sua própria vida material, fato que a priori os distingue dos outros seres vivos, e que determina a sua essência, condiciona os intercâmbios entre as pessoas, bem como a divisão em classes, uma vez que os indivíduos determinados por uma atividade produtiva entram em relações políticas e sociais determinadas³.

Neste prisma, é ponto assente que o método empregue por Marx na análise dos fatos históricos é o materialista. Em diversos artigos, bem como no Manifesto comunista, Marx empregou este método. O recurso ao Método materialista tinha o escopo demonstrar a conexão causal interna ao longo do desenvolvimento de vários anos, reduzindo os acontecimentos políticos a efeitos de causas que, em última instância eram econômicas⁴.

No entanto, no prefácio do livro “Contribuição à crítica da Economia Política” Marx alude de forma clara em que consiste o método materialista, ao referir que

² Cfr. *idem*, págs. 10-11

³ ENGELS, Friedrich. “Introdução” in MARX, Karl. *As lutas de Classes na França (1848-1850)*. São Paulo: Global, 1986. pág 29

⁴ MARX, Karl. “Prefácio” à “Contribuição Crítica da Economia Política”, “in” MARX, K. e Engels, F. *História*. (org. Florestan Fernandes). São Paulo: Ática, 1984. Pág 233

“Na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento de suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo da vida social, política e intelectual¹.”

Como facilmente se pode depreender, Marx defende que as relações de produção constituem a base das relações políticas, jurídicas e sociais, ou seja, elas determinam a superestrutura. Neste contexto, vislumbra-se que para compreender a superestrutura torna-se imperioso, na concepção materialista analisar o processo de produção da vida material do homem, isto é, o processo histórico e material de produção e de desenvolvimento da espécie humana, que leva ao surgimento de classes e interesses divergentes.

Assim, a análise dos fatos de uma época histórica, deve sempre se ater há todo um conjunto de ações e reações entre os fatores econômicos e os demais fatores, pois o interesse econômico não é o único determinante. Contudo, importa referir que a concepção materialista permite apreender os efeitos que a alteração das relações de produção, ou da base econômica provoca, direta ou indiretamente, na superestrutura.

Ora, apresentada de forma sucinta o método marxista de análise dos fatos históricos, vamos nos dedicar a análise da formação e a dinâmica do Estado em Marx, partindo da sua visão na obra *“A Ideologia alemã”* em que as suas ideias foram

escritas de forma mais ou menos abstratas, e procuraremos demonstrar a sua concretização nos fatos descritos e analisados no *“18 Brumário de Napoleão Bonaparte”*, bem como em obras como *“A Luta de Classes na França (1848-1850)”* e *“A Guerra Civil na França”*.

2. A FORMAÇÃO E A DINÂMICA DO ESTADO NO PENSAMENTO DE KARL MARX

O interesse de Marx sobre aspetos matérias foi motivado por questões profissionais, quando nos anos de 1842-3 tinha que opinar sobre assuntos índole material na *Gazeta Renana*. Com vista a clarificar as dúvidas sobre as questões econômicas e sua relação com a política, Marx encetou um estudo crítico sobre a filosofia de Direito de Hegel, tendo concluído que as formas do Estado, bem como as relações jurídicas não podem ser elucidadas por si mesmo, nem pela evolução do espírito humano, mas apenas pelas condições materiais de existência, em sua totalidade².

Ora, logo a prior Marx realça a importância do conhecimento das condições das relações de produção que constitui a estrutura econômica da sociedade com vista a compreender as metamorfoses do Estado, bem como as relações jurídicas.

No entanto, para Marx o processo de produção pelo homem das condições básicas para sua existência é que determina as formas do Estado e a estrutura social, como se pode depreender quando ele refere que o Estado tem a sua gênese no processo vital de indivíduos determinados, indivíduos na sua existência real como produzem de forma natural em bases e limites materiais independentes da sua vontade³.

² MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia alemã. Op. Cit.* Pág. 18.

³ *Idem*, pág 29

¹ MARX, Karl. *“Prefácio”*. *Ob. cit.* Pág. 232

No entanto outro aspeto, digno de nota no pensamento marxista é a dicotomia essência e aparência, pois a origem tanto do Estado, bem como das estruturas sociais não subjaz das representações que o próprio indivíduo faz de si mesmo, ou das feitas pelos outros, ou seja, da aparência, mas sim da sua essência, das reais condições materiais.

Ademais, ainda no âmbito da essência e aparência o pensamento de Marx e Engels, representou um giro 360º graus na concepção do Estado e da teoria política, visto que os referidos autores concebem o Estado como uma manifestação ilusória de interesses da coletividade. A divisão do trabalho origina diferentes interesses de classes, assim, o conflito entre os interesses particulares e o interesse coletivo, faz com que o Estado seja apenas a expressão de interesses de uma determinada classe, sendo que qualquer luta travada no âmbito do Estado, seja ela ideológica, ou entre a democracia, a aristocracia e a monarquia representam no fundo a luta efetiva de classes¹, ou seja, todo o conflito emergente do Estado está ancorado na de luta de classes e essa contradição entre as classes, ainda que elas possam revestir de formas jurídicas, políticas diversas.

No mesmo sentido entende Gorender, ao referir no prefácio a Ideologia Alemã que

“O interesse comum se erige encarnado no Estado. Autonomizado e separado dos reais interesses particulares e coletivos, o Estado se impõe na condição de comunidade dos homens. Mas é uma comunidade ilusória, pois o Estado, por baixo das aparências ideológicas de que necessariamente se reveste, esta sempre à classe dominante e constitui seu órgão de dominação”².

¹ GORENDER, Jacob. `Introdução´. Op. Cit. Pág. XXXI

² ENGELS, Friedrich. `Introdução´. Op. Cit. Pág. 33-34

Para melhor compreender a visão do Estado como interesse da classe dominante basta nos ater as seguintes palavras de Engels:

Todas as revoluções se reduziram até hoje à derrocada do domínio de uma classe determinada e sua substituição por outra; mas até agora todas as classes dominantes eram somente pequenas minorias comparativamente a massa dominada do povo. Era derrubada uma minoria dominante e a outra minoria tomava em suas mãos o leme do Estado e transformava as instituições públicas de acordo com seus interesses³.

Como facilmente se pode depreender, o Estado sob comando da minoria organizada em partidos políticos, aparentam comportar o interesse geral, coletivo, porém a sua essência é a defesa de interesse particulares de uma classe. Este aspeto pode vislumbrar-se no 18 Brumário, quando Marx refere que

“A montanha...esta igualmente ocupada...defendendo “os eternos direitos do homem”, com todos os partidos supostamente populares vem fazendo...Quando porém, se examina mais de perto a situação e os partidos, desaparece essa aparência superficial que dissimula a luta de classes e a fisionomia peculiar da época”⁴.

³ MARX, Karl. O 18 Brumário e cartas a Kugelman. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997. Págs 44-45

⁴ Idem, pág. 59.

*seus interesses reais, o conceito que fazem de si do que são na realidade*³''

Por outro lado, Marx demonstra no '18 Brumário' como o aparelho estatal esta ao serviço dos interesses da classe dominante, fato que se constata quando refere que é precisamente com a manutenção dessa dispendiosa maquina estatal em suas numerosas manifestações que os interesses materiais da burguesia francesa estão entrelaçados da maneira mais íntima¹.

Com efeito, a dominação e a consequente imposição do interesse particular como interesse universal da coletividade, no pensamento marxista, passam necessariamente, pela conquista do poder político. Assim, os interesses particulares das classes estão em constante oposição com os interesses coletivos e ilusoriamente coletivos, sendo por isso, necessário a mediação por meio do interesse ``universal`` ilusório sob forma de Estado². O Estado surge, assim, da necessidade de camuflar o interesse particular como interesse ilusoriamente coletivo, e o poder político é o instrumento ao serviço da classe dominante para tal materialização.

Ora, a questão referente à essência e aparência fica ainda mais clarividente quando Marx refere que:

``Assim como na vida privada se diferencia o que um homem pensa e diz de si mesmo do que ele realmente é e faz, nas lutas históricas deve se distinguir mais ainda as frases e as fantasias dos partidos de sua formação real e de

Outrossim, importa salientar que os interesses das classe não são motivados por razões apenas políticas, de simples dominação ou de detenção do poder político, mas também por fatores econômicos, como bem referiu Engels, no prefácio para a terceira Edição Alemã do 18 Brumario, ao dizer que Marx foi o primeiro a descobrir a lei da marcha da História:

*``...segundo a qual todas as lutas históricas, quer se processem no domínio político, religioso, filosófico ou qualquer outro campo ideológico, são na realidade apenas a expressão mais ou menos clara de lutas entre as classes sociais, e que a existência, e portanto também os conflitos entre essas classes são, por seu turno, condicionadas pelo grau de desenvolvimento de sua situação econômica, pelo seu modo de produção e pelo seu modo de troca...''*⁴

Neste sentido CODATO refere que ainda que os fatores econômicos não influenciem de forma absoluta o comportamento das classes, o interesse puramente político de classe submete-se, estrategicamente, ao interesse econômico geral de

¹MARX, Karl. Ideologia alemã -30

² MARX, Karl. O 18 Brumário e cartas a Kugelman. Op. Cit. Pág. 27

³ ENGELS, Friedrich. 'Prefácio' 'in' MARX, Karl. O 18 Brumário e cartas a Kugelman. Op. cit. Pág. 12

⁴ CODATO, Adriano Nervo. O 18 Brumário, Política e Pós Modernismo. Pág 102

classe, ou seja, o capitalismo, como regime de exploração econômica e como regime de dominação política¹.

Com efeito, a relação do econômico com os fatores políticos e, por conseguinte, com as lutas de classes sociais, é bastante evidente no período da Assembleia legislativa Nacional, pois

“Os legitimistas e os orleanistas...formavam as duas grandes facções do Partido da ordem. O que ligava estas facções aos seus pretendentes e as opunha uma à outra seriam apenas as flores-de-lis e a bandeira tricolor... Sob os Bourbons governara a grande propriedade territorial, com seus padres e lacaios; Sob os Orléans, a alta finança, a grande indústria, o alto comércio, ou seja, o capital....A Monarquia Legitimista foi apenas a expressão política do domínio hereditário dos senhores da terra, como a monarquia de Julho fora apenas a expressão política do usurpado domínio dos burgueses arrivistas. O que separava as duas facções não era nenhuma questão de princípios, eram suas condições materiais de existência, duas diferentes espécies de propriedade, era o velho contraste entre a cidade e o campo, a rivalidade entre o capital e o latifúndio².”

Os fatores econômicos desde o início tiveram importante influência nas revoluções, de tal forma que a crise do comércio mundial, ocorrida em 1847, foi a verdadeira progenitora das revoluções de Fevereiro e de março³. Ademais, nota-se claramente o papel que os fatores econômicos a par dos políticos desempenham na luta de classe, fato que levou a Burguesia esta a se abster de todas as lutas entre o parlamento e o executivo para garantir a correta realização de seus negócios privados⁴, num momento em que foi aproveitado por Bonaparte para posteriormente engendrar o seu Golpe.

Ora, nas palavras de SADER o Estado bonapartista

“...é a forma superior de apropriação do Estado pela burguesia, em que o caráter do Estado de unificador acima do corpo social é desenvolvido ao extremo, revela-se como a verdade do Estado burguês. O papel a que o Estado como instituição foi ortogado dentro da estrutura capitalista é desempenhado o mais rigorosamente pelo Estado bonapartista. É ele quem melhor concilia o favorecimento econômico direto das classes possuidoras, com a manutenção da ordem, requisito indispensável do funcionamento das relações burguesas de produção⁵”

Ora, sendo o Estado a manifestação de interesse da classe dominante, no pensamento marxista, urge a necessidade de transformar o Estado por meio de

¹ MARX, Karl. *O 18 Brumário e cartas a Kugelmann. Op. cit.* Pág.45

² Engels, Friedrich. *Introdução. Op. Cit.* pág 31

³ MARX, Karl. *O 18 Brumário e cartas a Kugelmann. Op. cit.* Pág.98

⁴ SADER, Emir. *Op. Cit.* Págs. 105-106

⁵ MARX, Karl. *A Guerra Civil na França.* São Paulo: Global, 1986. Pág. 69

revolução com vista a acabar com as bases estruturais da burguesia. Assim, para Marx a classe operária não pode limitar-se simplesmente a se apossar da máquina do Estado tal como se apresenta e servir-se dela para seus fins¹, a sociedade deve evoluir até atingir a forma comunista.

3. A INFLUÊNCIA DA CONCEPÇÃO DO ESTADO EM MARX NA FORMAÇÃO DO ESTADO MOÇAMBICANO

No manifesto comunista Marx e Engels afirmam que a história de todas as sociedades até hoje existentes é a história de lutas de classes, resumindo-se na oposição entre oprimidos e opressores². África não foi exceção. Marx e Engels pouco escreveram sobre a África, pois as suas obras foram escritas em épocas em que o colonialismo encontrava-se pouco desenvolvido e pouco se sabia sobre o continente considerado o berço da humanidade, porém os nacionalistas africanos tinham acesso a algumas obras de Mao Tsé Tung o que despertou interesse para a procura e leitura das obras de Marx. Ademais, Lenin abordou as questões sobre África nos livros sobre imperialismo e sobre questões nacionais e coloniais, criando assim bases para África edificar uma sociedade comunista sem passar pelo estágio capitalista³.

Submetida ao jugo do colonialismo europeu durante vários anos, somente a partir da 2ª Guerra Mundial, começa um grande desenvolvimento de uma consciência nacionalista, e de movimentos contra a opressão colonial.

Ora, com o enfraquecimento das potências coloniais na 2ª Guerra Mundial, o mundo socialista aproximou-se mais de África, com intuito de apoiar os movimentos

anticoloniais africanos para enfraquecer o inimigo comum, o imperialismo internacional⁴. Contudo, importa referir que as relações entre África com os países socialistas remontam do período imediato à revolução bolchevique de 1917, em que Lenin prometeu a cooperação do Estado Soviético a todos os povos colonizados⁵.

Assim, com base no princípio marxista-leninista de cooperação os países socialistas prestaram apoio diplomático e material para os vários movimentos nacionalistas africanos como o Convention People's Party (CPP) do Gana, o Kenya African National Union (KANU), dentre outros, e posteriormente a Frente de Libertação de Moçambique (FRELIMO).

A FRELIMO foi fundada por Eduardo Chivambo Mondlane, nacionalista moçambicano, doutorado em Sociologia nos Estados Unidos da América, que uniu as 3 organizações moçambicanas (União Democrática Nacional de Moçambique – UDENAMO, União Nacional Africana de Moçambique – MANU, e União Nacional Africana de Moçambique Independente -- UNAMI), em 25 de Junho de 1962 criando assim uma frente única contra o regime colonial. O primeiro congresso da FRELIMO realizou-se de 23 - 28 de Setembro de 1962, em Dar-es-Salaam, na Tanzânia, mas apenas no II Congresso realizado em 1968 a frente de libertação adotou a linha do marxista-leninista. Neste contexto, influenciados pelos ideais marxistas e pela concepção marxista de Estado desde logo os Líderes da FRELIMO, traçaram a independência nacional de Moçambique como o seu principal objetivo.

Neste prisma, dois anos mais tarde depois de fracassados os esforços de, pela via pacífica, alcançar a independência e acabar com as diferenças entre oprimidos e opressores a FRELIMO decidiu enveredar pela via revolucionária, para a obtenção de

¹ MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo. 2007. Pág. 40

² MAZRUI, Ali (Editor). *História Geral da África: África desde 1935* VIII. Brasília: UNESCO, 2010. Pág. 966

³ *Idem*, pág. 969

⁴ *Idem*, pág. 965

⁵ CABAÇO, José de Oliveira. *Moçambique: Identidades, Colonialismo e libertação*. Tese de doutorado (USP). São Paulo, 2007, pág. 409

uma sociedade independente, a 25 de Setembro de 1964, no posto Administrativo de Chai, Província de Cabo Delgado, a FRELIMO inicia uma luta armada contra o colonialismo português, atacando as suas bases administrativas e portuguesas. Com o início da luta armada, surgiu no seio da FRELIMO a necessidade de delimitar de forma clara, quem podia ser considerado inimigo, esse conceito que não podia ser classificado por natureza étnica, racial ou regional, uma vez que alguns moçambicanos encontravam-se nas fileiras das tropas portuguesas, bem como grande parte da estrutura tradicional estava ao serviço dos ideais da burguesia portuguesa. Assim a única via para classificar o inimigo era a ideológica, dividindo em duas classes, ``nós`` e ``eles``, ``nossa zona`` e ``zona do inimigo``, por analogia a concepção marxista de classe, contudo estas classes não emanavam das relações de produção, mas que surgiu das relações sociais decorrentes da Guerra¹. O objetivo principal de alcançar a independência tinha como base os ideais marxistas de combater a dominação e as formas de exploração, ideologia que era incutida nos guerrilheiros, bem como nas populações afetando assim as suas relações de produção. Assim, a produção agrícola familiar foi transformada em produção coletiva.

Com efeito, dada as abismais desigualdades sociais, a opressão e a exploração a que o povo estava relegado, o objetivo de alcançar a independência logo se associou ao da transformação da sociedade, estando a FRELIMO consciente que o processo Revolucionário implicaria a negação da estrutura que o criou². Assim, para além de libertar a terra, pretendia-se a criação de uma nova sociedade livre da exploração e da ganância do capitalismo colonial, tendo se assumido o socialismo como opção.

Com o golpe de Estado de 25 de Abril de 1974 em Portugal que derrubou o governo ditatorial de António de Oliveira Salazar, a FRELIMO intensifica a sua luta e

reafirma a independência como o único caminho. Como corolário, a 7 de Setembro de 1974 foi assinado em Lusaka, um acordo entre a FRELIMO e Governo Português com vista a por fim a guerra de libertação e a declaração da independência de Moçambique a 25 de Junho de 1975.

Influenciados por sua orientação marxista-leninista a FRELIMO fez refletir, de forma paradigmática, na primeira constituição do Estado de Moçambique, aprovada à 20 de Junho de 1975 pelo Comitê Central da FRELIMO e que entrou em vigor às 0:00 horas de 25 de Junho de 1975, os traços do marxismo no Estado de Moçambique. O Estado de Moçambique assumiu a forma de República Popular.

O Manifesto comunista de Marx e Engels estabelecia que um dos escopos imediatos do comunismo era o de derrubar a supremacia da burguesia e a conquista do poder político pelo proletariado³. No entanto, pese embora o proletariado moçambicano não fosse muito desenvolvido, o artigo 2º da constituição de 1975, atribuía o poder político a classe operária e aos camponeses, o que demonstra o forte espírito marxista presente na formação do Estado Moçambicano.

Ademais, com vista a estabelecer uma sociedade livre em que a exploração de uma classe pela outra não fosse característica, a jovem República Popular de Moçambique estabeleceu como seu primeiro objetivo a eliminação das estruturas de opressão e exploração coloniais. Como se pode depreender, esse objetivo visava à transformação do Estado, pois os operários e camponeses sob direção da FRELIMO não podiam se servir da máquina estatal capitalista e colonial portuguesa, para prosseguir os seus novos fins.

Outrossim, a constituição de 1975 acabou com a propriedade privada sobre a terra, atribuindo a propriedade da terra e dos recursos naturais situados no solo e no subsolo, nas águas territoriais e na plataforma continental de Moçambique ao Estado,

¹Idem, *pág. 417*

² MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista. Ob. cit.* Pág. 51

³ CABAÇO, José de Oliveira. *Op. Cit.* *pág. 422*

situação jurídica que até hoje continua plasmada na constituição. Os particulares apenas podem adquirir o direito de uso e aproveitamento de terra.

No entanto, logo após a independência o Estado moçambicano nacionalizou todos imóveis e a indústria que passaram a ser propriedades do Estado, estas medidas manifestam a cumprimento da visão marxista de centralização de todos os instrumentos de produção nas mãos do Estado e a expropriação de toda “propriedade fundiária”.

O poder do Estado Moçambicano estava concentrado nas mãos da FRELIMO, de tal forma que a constituição de 1975 estabelecia que o presidente da FRELIMO era por inerência de funções o presidente da República Popular de Moçambique. Assim, a FRELIMO e o seu comitê central detinham o controle do Estado, sendo que conselho de ministro devia observar as resoluções do comitê central, bem como a assembleia popular era composto por membros do comitê central ou por ele eleito.

Tal como sucedeu na Comuna de Paris, a Constituição de 1975 declara o Estado de Moçambique laico, isto é separado da igreja e declara a educação livre das igrejas e de todo povo, uma vez que a igreja serviu de forte arma ideológica do regime colonial para alcançar o seu desiderato de dominação.

Os ideias Marxista-leninistas estiveram presentes desde o início da Revolução moçambicana em que o povo despertou para a supressão da opressão pela burguesia portuguesa. Após a independência Moçambique continuou sendo seguindo a mesma linha até a aprovação da constituição de 1990, que abriu caminho para a orientação capitalista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para facilmente demonstrarmos como os nacionalistas moçambicanos se identificavam com a visão Marxista, basta nos atermos a uma entrevista, descrita por CABAÇO, realizada pelo sociólogo suíço Jean Ziegler após a independência ao então presidente da FRELIMO e de Moçambique Samora Moiseis Machel, no âmbito da pesquisa que ele realizava sobre as raízes do pensamento socialista na revolução Moçambicana. Ziegler questionou a Samora Machel quando tinha lido a primeira obra de Marx. Samora ignorando a pergunta começou a descrever toda a sua história de vida, as explorações e humilhações que ele e seu pai sofreram. Impaciente o Ziegler interrompeu por várias vezes, mas sem se importar Samora continuou a descrição, falando da opção em abandonar os estudos para ingressar na FRELIMO, e os treinos militares, até que a dado momento da conversa referi *e foi aí que me chegou às mãos um livro de Marx..animado Ziegler pergunta e então Samora? Samora disse: “Então meu amigo Ziegler, toda a minha experiência de vida me foi passando diante dos olhos, e a medida em que avançava na leitura fui me apercebendo que estava a ler Marx pela segunda vez”*¹.

Ora, como se pode depreender os nacionalistas moçambicanos, tinham na visão Marxista da estrutura social e da política um espelho das suas histórias de vida e da sua luta, o que influenciou bastante na revolução moçambicana rumo à independência. A FRELIMO cedo se identificou com os ideais marxistas, fruto do sentimento de opressão e de exploração e do ideal de transformação da sociedade.

¹ Mestrando em Direitos e Garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo – FAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional. Membro do BIOGEPE (Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Saúde, Políticas Públicas e Bioética). Professor-coordenador do Grupo de Estudos Liberdades Fundamentais. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado.

Neste prisma, pela via revolucionário, desencadeou a luta de libertação Nacional. Durante a o processo de luta os ideias marxistas eram partilhados entre os guerrilheiros e o povo, os guerrilheiros participavam com frequências em operações de produção agrícola com o povo, consolidando as suas relações e por forma a substituir a produção familiar pela produção coletiva.

Com o alcance da independência, a primeira Constituição do Estado Moçambicano, bem como as primeiras leis aprovadas pelo governo da FRELIMO segue a diversas diretrizes apresentadas no manifesto comunista. O poder passou a ser considerado dos operários e camponeses.

A Constituição de 1975 estabeleceu ainda a República Popular de Moçambique como um Estado de democracia popular em que todas as camadas patrióticas deviam se engajar na construção de uma nova sociedade, livre da exploração do homem pelo homem.

Em 1976 foi aprovada a Lei das nacionalizações em que passava a titularidade de todos imóveis deixados pelo anterior regime colonial para o Estado Moçambicano, bem como as indústrias existentes.

A linha socialista foi abandonada com a aprovação da Constituição de 1990, porém alguns aspetos da linha marxista continuam patentes até hoje na estrutura do Estado Moçambicano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CABAÇO, José Luís de Oliveira. *Moçambique: Identidades, Colonialismo e Libertação. Tese de doutorado (USP)*. São Paulo, 2007
- CODATO, Adriano Nervo. *O 18 Brumário, Política e Pós Modernismo*.
- CORNEVIN, M. *História da África Contemporânea: Da segunda Guerra Mundial aos nossos dias*. Lisboa: Edições Sociais. s/d
- DUMÉNIL, Gérard, et all. *Ler Marx*. São Paulo: Unesp, 2011.
- MARX, Karl. *As lutas de Classes na França (1848-1850)*. São Paulo: Global, 1986.
- MARX, Karl. 'Prefácio' à 'Contribuição Crítica da Economia Política', 'in' MARX, K. e Engels, F. *História*. (org. Florestan Fernandes). São Paulo: Ática, 1984.
- MARX, Karl. *O 18 Brumário e cartas a Kugelmann*. 6ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997
- MARX, Karl. *A Guerra Civil na França*. São Paulo: Global, 1986.
- MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. São Paulo: Boitempo. 2007.
- MAZRUI, Ali (Editor). *História Geral da África: África desde 1935 VIII*. Brasília: UNESCO, 2010
- SADER, Emir. *Estado e política em Marx*. São Paulo: Cortez. 1998.
- VALLES, Edgar. *África: colonialismo e socialismo*. Lisboa: Seara Nova, 1974.

A TEORIA DA LIBERDADE DE PHILIP PETTIT E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NO CONTEXTO HODIERNO BRASILEIRO

Breno Maifrede Campanha ¹

RESUMO

Propõe a presente pesquisa trabalhar, à luz da teoria do filósofo e cientista político irlandês Philip Pettit, a caracterização da liberdade, bem como a sua tutela, no contexto democrático brasileiro hodierno. A subordinação a uma forma de governo antidemocrática, com todas as suas práticas repressivas e autoritárias, propiciou no Brasil, no período anterior a 1988, um ambiente favorável ao desenvolvimento do debate que impulsionaria gradativamente uma reação em cadeia em favor da liberdade. Ocorre que a *liberdade* revela variadas perspectivas, sob variados domínios, que exigem, conforme as suas particularidades, a tutela de maneira consistente e articulada. Pettit buscou desenvolver uma teoria da liberdade que abarcasse a livre vontade e a liberdade política não como elementos dissociados e incomunicáveis entre si, mas como liberdades intimamente conexas e dependentemente harmônicas. Desenvolve o autor irlandês perspectivas teóricas baseadas em elementos que constituem o controle do exercício da conduta humana sob o escopo de identificar as habilidades e realizações que determinam a qualidade dos agentes de estarem adequados para serem considerados responsáveis. Reconhecendo, entre essas perspectivas, a do controle discursivo como a mais satisfatória chega ao seguinte problema: Hodiernamente, no Brasil, se vive uma liberdade ou ainda persiste a sua busca? Qual o papel constitucional na tutela à liberdade? É possível afirmar que desde 1988, o Brasil vive uma democracia e essa representa uma forma de liberdade consagrada. No entanto, não

é possível afirmar que hoje se vive uma liberdade plenamente considerada nos termos da perspectiva pettiana adotada no estudo. Não é possível vislumbrar no ideário geral o compromisso compartilhado de integração discursiva. O contexto social econômico cultural hodierno brasileiro não é propício às relações discursivo-amigáveis, nem se identifica as relações interpessoais como favoráveis a expressão de nossos desejos, crenças e vontades que imprimiriam adequadamente o direito fundamental à liberdade, nas suas variadas espécies.

Palavras-Chave: *Teoria da Liberdade; Philip Pettit; Democracia.*

RESUMEN

Este estudio se propone trabajar a la luz de la teoría del filósofo y politólogo irlandés Philip Pettit, la caracterización de la libertad, así como su defensa en el contexto brasileño democrático de hoy. La subordinación a una forma democrática de gobierno, con todas sus prácticas represivas y autoritarias, dio lugar a Brasil en el período anterior a 1988, un entorno favorable para el desarrollo del debate que poco a poco a impulsar una reacción en cadena a favor de la libertad. La subordinación a una forma democrática de gobierno, con todas sus prácticas represivas y autoritarias, dio lugar a Brasil en el período anterior a 1988, un entorno favorable para el desarrollo del debate que poco a poco a impulsar una reacción en cadena a favor de la libertad. Sucede que la libertad se revela perspectivas diferentes, en diferentes áreas, que requieren, de acuerdo a sus particularidades, la protección constitucional de manera coherente y coordinada. Pettit intentó desarrollar una teoría de la libertad que abordara el libre albedrío y la libertad política como elementos disociados y separados unos de otros, sino como estrechamente relacionados y libertades dependientes armónicas. Autor irlandés desarrolla perspectivas teóricas sobre la base de los elementos que constituyen el ejercicio de control del comportamiento humano en el ámbito de la identificación de

¹ PETTIT, Philip. Teoria da liberdade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

lashedabilidades y logros que determinan la calidad de los agentes son aptos para ser considerados responsables. Reconociendo la perspectiva de control discursivo a más satisfactoria llega el siguiente problema: ¿En nuestra época, en Brasil, vivimos una sociedad libre, o si persiste en su búsqueda? ¿Cuál es el papel de la Constitución en la protección de la libertad? Se puede sostener que desde 1988, Brasil está viviendo una democracia, y esto representa una forma de libertad consagrada. Sin embargo, no se puede decir que hoy en día vivimos una libertad plenamente en cuenta en la perspectiva pettiana concebida como más satisfactoria. No es posible identificar el compromiso compartido de los discursos de integración. El contexto social de la economía de la cultura actual de Brasil no es propicio para las relaciones amistosas de discurso. No se ha identificado como las relaciones interpersonales favoreciendo la expresión de nuestros deseos, creencias y deseos. Sin estas circunstancias, es inconcebible una manera satisfactoria del derecho fundamental a la libertad, en sus diversas especies.

Palabras clave: Teoría de la Libertad; Philip Pettit; Democracia.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Percebe-se na experiência jurídica uma grande dificuldade em se estabelecer os exatos contornos da liberdade. A temática se desenvolveu ao longo da história sob variados aspectos, conforme as particularidades próprias de cada época. De maneira muito diversa se concebe a liberdade entre os antigos, os medievais, os modernos e os contemporâneos. Podemos extrair, a partir dos medievais, o sentido de liberdade como

a possibilidade do exercício da vontade. Nessa ótica o homem é livre, quando lhe é possibilitado desempenhar suas escolhas. Trata-se da liberdade como expressão do arbítrio humano.

Sob as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior:

Pode-se dizer que os filósofos medievais, ao assumirem a distinção entre querer e poder, introduziram na noção de liberdade um elemento inteiramente novo. [...] Essa distinção trará para a configuração da liberdade um dos conceitos-chave da filosofia medieval: a noção de liberdade de exercício. Essa noção autoriza para a liberdade uma nova estrutura. A vontade humana, dir-se-á, exerce ou não exerce o ato voluntário e isso é essencial. [...] Ela passa a ser vista em sua intimidade como opção, donde querer significará exercer o ato (voluntário) ou não exercê-lo. E essa possibilidade, que lhe é inerente, será o cerne da liberdade. (FERRAZ JUNIOR, 2002, p. 87-88).

Ocorre que o exercício da vontade denota uma série de especificidades condicionantes a sua configuração. Sem muito esforço identificamos em nosso contexto social econômico cultural hodierno variadas circunstâncias incongruentes a essa perspectiva. E ainda que a proposição se estabeleça na prática, não há como conceber um exercício indiscriminado da livre vontade. Tal propositura desencadearia um caos nas relações interpessoais, na medida em que essas vontades colidam segundo os interesses particulares de cada um. A liberdade sob a ótica individualista não se conforma com as necessidades integrantes ao ideário coletivo. O homem não é um ser isolado no mundo, mas um ser que depende da convivência e interação com os seus

pares. A boa repercussão desse convívio compreende um compromisso ético no agir humano.

O grande desafio está em harmonizar a liberdade individual com a liberdade política. Retratando a dificuldade aludida, observa Simone Goyard-Fabre que no humanismo moderno “o grande problema a que deve responder o direito político é tornar o sistema das regras e das normas governamentais compatível com os direitos e as liberdades dos cidadãos” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 209). A democracia exige esse equilíbrio. A livre vontade devidamente propiciada possibilita o desenvolvimento da liberdade política assim como essa satisfaz a livre vontade quando devidamente desempenhada. Conforme destaca Daniel Sarmento, “sem um ambiente político em que as liberdades individuais estejam efetivamente garantidas, com opinião pública livre, tolerância e direito à diferença, a democracia não passará de um simulacro” (SARMENTO, 2004, p. 179). Assevera Fábio Konder Comparato que a liberdade política sem as liberdades individuais “não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários” e as liberdades individuais sem a liberdade política “escondem a dominação oligárquica dos mais ricos” (COMPARATO, 1999, p. 51).

Diante da realidade descrita podemos questionar: Hodiernamente, no Brasil, vivemos uma liberdade ou ainda estamos em sua busca? Qual o papel da constituição nas circunstâncias retratadas? É o que propomo-nos a discutir, buscando na teoria da liberdade de Philip Pettit o suporte teórico para o enfrentamento da temática.

1. A TEORIA DA LIBERDADE DE PHILIP PETTIT

Philip Pettit, filósofo e cientista político irlandês, dedica-se a desenvolver uma teoria da liberdade que abarque a livre vontade e a liberdade política não como elementos dissociados e incomunicáveis entre si como assim sugerem, implícita ou explicitamente, muitos teóricos do direito, mas como liberdades

intimamente conexas e dependentes. O grande desafio contido na proposta do autor está em equalizar/equilibrar o exercício da livre vontade e da liberdade política em um ambiente hostil quando compartilhado pela pretensão volitiva individual e o anseio coletivo.

Sob as palavras de Pettit

Procuro uma teoria que interprete a livre vontade, de tal forma que ela sustente uma linha defensível da liberdade política, e também uma teoria que interprete a liberdade política de uma maneira que seja compatível com a linha que foi defendida para a livre vontade. Em outras palavras, procuro uma teoria que seja coagida em cada uma de suas partes, pelas implicações dessas partes, por meio de todas as áreas psicológicas e políticas, nas quais nós usamos a linguagem da liberdade. (PETTIT, 2007, p. 04)

Remontando clássico e corriqueiro questionamento envolto a ideia de liberdade no contexto político estatal governamental, destacamos a dificuldade em manter-se livre estando submetido ao poder do Estado. É possível propiciar um ambiente livre por meio de ações restritivas? Até que ponto deve-se/pode-se limitar a liberdade em nome da liberdade? Quem de fato na relação governante e governado possui plenas condições de usufruir da liberdade? O nosso reconhecimento como livres, ou seja, o sentimento de que estamos gozando da liberdade no caso concreto se mostra suficiente para constata-la na prática?

Não há como enfrentar todas as questões levantadas sem antes firmar um ponto de partida seguro no trajeto a ser percorrido. A matéria, conforme a matriz teórica que se propõe a debatê-la sofre drásticas divergências, com variadas perspectivas ramificadas. Sob o escopo de sustentar um diálogo devidamente comunicável com o marco teórico adotado, e de extrair uma ideia apta a percorrer as circunstâncias problematizadas, trabalharemos a seguir com noção de liberdade, nos seus respectivos domínios, desenvolvida por Philip Pettit em sua obra “*Teoria da Liberdade*”¹.

Propõe o autor uma formulação do conceito de liberdade intimamente ligado, e indissociável, do elemento responsabilidade. Na medida em que podemos identificar na conduta humana circunstâncias condicionais aptas a atribuir responsabilidade ao agente que a praticou, podemos conceber o agir como livre.

Faz-se perceptível nessa ótica a relação entre o “dever” e o “poder” na constatação do exercício da liberdade. O primeiro se materializa na exigência de se praticar ou não determinada conduta. Já o “poder” aludido não é trabalhado no caso sob um caráter de permissibilidade, mas sim de possibilidade. Se há opção de escolha, se é possível exercer o arbítrio humano, dentro de uma série de circunstâncias que serão melhor discorridas adiante, há o poder que constitui a liberdade.

Pettit destaca o agir livre como uma reação apropriada. Para o autor “alguém é livre, até o ponto em que estiver adequado para ser considerado responsável” (PETTIT, 2007, p. 17). Mas como atribuir esta responsabilidade? Como identificar esta adequação?

¹ Estudante de Direito na Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e de Comunicação Social na Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes) e membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: isabelacouto.s@gmail.com

Uma das técnicas propostas sugere perquirir a qualificação para ser elogiado ou criticado no caso concreto. Na medida em que há o reconhecimento de que determinado ato é passível de crítica ou elogio, que é possível atribuir mérito ou demérito à conduta realizada, então podemos vislumbrar a referida qualificação. Contudo, não se dá essa busca sob um impulso aleatório e indiscriminado/despretensioso da mente humana. A observância de critérios devidamente adequados à proposta se mostra indispensável na referida pretensão avaliativa.

Entre esses critérios podemos destacar a constatação da saúde psíquica do agente objeto de análise. Aqueles que não se encontram no seu pleno juízo, que estão mentalmente desequilibrados, não seriam dignos de ressentimento ou gratidão, nem de elogio ou crítica. Atribuir responsabilidade a esses indivíduos seria o mesmo que punir ou premiar quem de fato não contribuiu para concretização do resultado ocorrido. Tratar-se-ia de um exercício à luz do acaso, uma prática ditada pela sorte. Se não há um estado mental devidamente equilibrado, sadio na sua capacidade introspectiva, logicamente não há escolhas livres suficientes a constituir a adequação para ser considerado responsável.

Sob as palavras de Pettit:

Nós, espontaneamente, identificamos pessoas que não estão em seu próprio juízo ou que estão fora de si, como objetos que não são merecedores de ressentimento ou gratidão, e identificamos também, sem dificuldade, aqueles casos em que sujeitos comuns podem ser considerados merecedores de ações e também responsáveis e casos em que não são. Então, a ideia geral

atrás dessa abordagem da responsabilidade é esta: nós nos comprometemos com outros seres humanos de uma maneira diferente, que envolve a atribuição espontânea de responsabilidade, e concebemos a liberdade como uma propriedade dos seres humanos e das ações desempenhadas por eles, o que torna essa atribuição apropriada sobre as regras da prática. (PETTIT, 2007, p. 19)

O autor identifica ainda três condições para alguém estar adequado para ser considerado responsável. A adequação antes da escolha, a escolha personalizada, e o caráter de ser adequado e não apenas tratado como tal.

No que se refere à primeira condição, deve o agente estar em uma posição propícia ao reconhecimento lúcido das opções disponíveis bem como as consequências inerentes a cada uma dessas opções. Ou seja, deve dispor de recursos aptos a constituir a consciência do que de fato representa cada alternativa ofertada, e também acesso aos padrões avaliativos em que está subordinado no exercício de determinada escolha.

Acerca da escolha personalizada, a segunda condição destaca a pluralidade de características que compõem o homem como ser individualizado. Não devemos ser formalmente tratados como iguais em uma realidade distintiva por natureza. A excessiva padronização tende a não considerar o homem como um ser de diferenças. Na medida em que as diferenças interpessoais e intrapessoais são desconsideradas, aquele indivíduo alheio a padronização não se reconhecerá livre quando atrelado às suas próprias preferências.

Para Pettit “a questão de alguém ser livre para uma certa escolha será determinada pelo fato de esse alguém estar adequado para ser considerado responsável, em um sentido personalizado e não padronizado”. (PETTIT, 2007, p. 22)

Já a terceira condição remonta às hipóteses do tratamento dispensado a determinado indivíduo como se responsável fosse quando na realidade de fato não é. A adequação para ser considerado responsável não se limita ao mero tratamento como tal. Essa tendência, usual em práticas despóticas e utilitaristas, representa notória ofensa à liberdade. Como exemplo podemos citar o *bode expiatório* “eleito” em nome da ordem. Ainda que esse repercuta em um grande benefício à maioria, trata-se de uma postura intolerável no contexto democrático humanista hodierno. A responsabilidade nessa condição denota um caráter ontológico.

Nesta feita, reconhecendo-se as circunstâncias que integram a liberdade como adequação para ser considerado responsável, podemos destacar como principal argumento que sustenta a definição proposta a pressuposição da conexão a priori entre o ser livre e o ser responsável (PETTIT, 2007, p. 26). Ocorre que essa conexão não se revela tão facilmente constatável. Para a vislumbrarmos no caso concreto devemos assimilar no agente tanto o conhecimento das opções disponíveis quanto a capacidade de conhecê-las e avaliá-las.

Ainda que eventualmente não consigamos identificar com precisão o caráter libertário da conduta humana no caso concreto, as circunstâncias de atribuição da responsabilidade se mostram mais facilmente manejáveis em nosso ideário. Temos maior facilidade de reconhecer na prática a responsabilidade ao invés da liberdade propriamente dita. Uma vez identificada a responsabilidade a sua adequação naturalmente denota a liberdade. Contudo, há domínios em que perpassa essa noção repercutindo de diferentes formas de acordo com a sua natureza.

Nesta feita deve o agente ter conhecimento das opções disponíveis, deve ter recursos para avaliá-las e deve ser capaz de responder uma avaliação formulada (PETTIT, 2007, p. 27). Ocorre que essas etapas repercutem de maneiras distintas conforme os domínios em que estão integradas. Ao propor uma teoria da liberdade, Philip Pettit procurou desenvolver uma ideia que abarcasse a liberdade como adequação para ser considerado responsável nos domínios que denominou como da ação, do *self* e da pessoa. Ou seja, a adequação aludida é resultado direto da repercussão compartilhada da ação livre, do *self* livre e da pessoa livre. Mas ao que corresponde de fato essas categorias trabalhadas pelo autor irlandês? Qual o âmbito da proposição desses domínios?

Quando Pettit se refere à ação se refere naturalmente ao agir, ao ato, a conduta em si. A ação livre é a ação que reflete no agente a adequação para ser considerado responsável.

Já o *self* (ser), denota a relação intrapessoal do indivíduo. Dizer que o agente é um livre *self* significa que a sua constituição intrapessoal é consistente com o caráter de adequação para ser considerado como responsável. No *self* livre o agente deve ser capaz de vislumbrar nas suas escolhas e ações a própria assinatura.

Já o domínio da pessoa corresponde à sua colocação entre os seus pares. Nesse a relação em análise é a relação interpessoal. Ao invés de interno, como no *self*, a possível influência indevida se dá externamente. A pessoa é livre na medida em que o seu status interpessoal assim lhe constitua.

O conceito de liberdade como adequação para ser considerado responsável permite identificarmos o porquê devemos trabalhar a ideia de liberdade nos domínios da ação, do *self*, e da pessoa. Sou uma pessoa livre na medida em que minha posição em relação ao outro me possibilita praticar escolhas e ser totalmente responsabilizado por isso. Tenho um *self* livre na medida em que a constituição do

meu ser permite-me escolher e ser totalmente responsabilizado por isso. Minha ação será livre na medida em que se materializa em condições adequadas para reconhecer a responsabilidade.

As circunstâncias que não atendem a caracterização aludida necessariamente não constituem a ótica libertária proposta. Segundo Pettit:

Intuitivamente a pessoa não será totalmente livre em relação a uma escolha entre A e B, se não tiver consciência da disponibilidade de tais opções no seu ambiente de escolha, se não tiver os recursos conceituais para avaliá-los ou se não estiver funcionando de uma forma que permita que a avaliação afete o que faz. Ela não será livre totalmente se, como um self, está sujeita a problemas que tornem impossível ou particularmente difícil reivindicar A ou B como algo que fez. O sujeito não será completamente livre se, como pessoa, for a vítima de uma forma de pressão indesejada de coação ou coerção, o que torna mais difícil fazer um ou outra daquelas coisas. Tais condições geralmente servem para inocentar ou, no mínimo, desculpar um agente, elas removem ou reduzem as responsabilidade. E, então, ser livre é exatamente ser adequado para ser considerado responsável, embora as condições também contem como fatores que destroem ou diminuem a liberdade do agente. (PETTIT, 2007, p. 19)

O compromisso em formular uma proposição que abarcasse satisfatoriamente a liberdade como adequação para ser considerado responsável, nos domínios da ação, do self e da pessoa, levou Pettit a desenvolver três perspectivas teóricas distintas acerca da liberdade. Discorreremos a seguir sobre cada uma delas, buscando reconhecer a mais apropriada ao enfrentamento do problema delineado.

2. PERSPECTIVAS PETTIANAS DE LIBERDADE COMO CONTROLE

Conforme já aludido, a liberdade, de acordo com a escola teórica que se propõe a discuti-la, desperta variadas percepções de ordem bruscamente distintas. No presente trabalho, reconhecemos na teoria pettiana uma proposta apta a enfrentar a temática de maneira lúcida e adequada.

Desenvolve o autor irlandês perspectivas teóricas baseadas em elementos que constituem o controle do exercício da conduta humana. Assim o faz sob o escopo de identificar as habilidades e realizações que determinam a qualidade dos agentes de estarem adequados para serem considerados responsáveis.

Destaca Pettit que “quando pensamos que modelos de capacidade constituem a liberdade, refletimos sobre o modelo que estamos dispostos a esperar nos casos em que nós desejamos predicar a liberdade das ações, *selves* e pessoas.” (PETTIT, 2007, p. 47).

Nesta feita, propôs o filósofo e cientista político trabalhar a ideia de liberdade como controle racional, como controle volitivo, e como controle discursivo. Tais perspectivas percorrem e priorizam os domínios da ação, do self e da pessoa de maneiras distintas, mas com um objetivo em comum de reconhecer no sujeito, objeto de análise, a adequação para ser considerado responsável. Ou seja, o que é exigível no agir do indivíduo, na sua constituição intrapessoal e na sua colocação interpessoal, para reconhecê-lo como livre.

Contém a liberdade como controle racional uma relação direta com os elementos intencionais crença e desejo. A razão, constituída pela crença e pelo desejo, dita o controle do agir humano. É a partir da providência do impulso racional, oriundo da harmonia entre a crença e o desejo que se estabelece a capacidade do homem de efetuar escolhas, de exercer o seu arbítrio, livremente.

Conforme sustenta Pettit “o controle racional é um elemento da capacidade para ser direcionado à liberdade” (PETTIT, 2007, p. 65). No entanto, os domínios que levam a essa constatação são percorridos em uma sequência própria à proposição. A teoria da liberdade como controle racional parte da descrição da ação livre para então cursar o *self* livre e a pessoa livre. Nessa perspectiva terei um self livre na medida em que minha constituição intrapessoal possibilitar o exercício livre da ação. Serei uma pessoa livre na medida em que o meu status interpessoal possibilitar o exercício livre da ação.

“A teoria da liberdade como controle racional diz que uma ação é livre na medida em que seja um exercício do controle racional ou do poder por parte do agente” (Pettit, 2007, p. 48). Esse controle e poder se refere à intenção. Dessa forma, podemos dizer que o agente goza desse controle e desse poder quando consegue se expressar e agir adequadamente como sujeito intencional dotado de crença e desejo.

Dois aspectos devem ser considerados nessa operação do indivíduo como ser intencional. O sujeito atuará conforme a direção racional de suas crenças e desejos, e também levando em consideração as novas informações desencadeadas. Trata-se do comportamento conforme a ação-relação e a evidência-relação. A crença e o desejo prévio, devem se harmonizar com as circunstâncias novas que se apresentam.

Para Pettit a ação livre “se materializa de uma maneira racional, requerida sob a base de crenças e desejos racionalmente considerados”. (PETTIT, 2007, p. 52)

Há duas possíveis leituras, uma estreita e a outra ampla, a se fazer da ação livre que se materializa sob o controle racional. A primeira vislumbra que a ação necessariamente deve decorrer diretamente do resultado causal das crenças e dos desejos, configurando assim o que se chama de um controle ativo. Já na segunda, a influência chamada de virtual é tida como suficiente para configurar o controle racional. O controle virtual não exige que as crenças e os desejos impulsionem rigorosamente todo o agir da conduta humana, mas apenas quando assim se fizer realmente necessário. Nos casos em que o agir pode vir ofender a razão, o indivíduo é naturalmente alertado a ajustar o seu comportamento conforme assim exigir a intenção.

Conforme sustenta Pettit

Sob o entendimento estrito do controle racional da ação livre, o agente forma certas crenças e desejos e é causalmente conduzido a agir como lhes ditam, os estados psicológicos controlam a ação livre no modo ativo do controle. Mas ainda nos casos em que não existe um disparo causal da ação realizada, as crenças e os desejos do agente, racionalmente considerados, podem estar sob controle virtual. E isso é o que postula o entendimento amplo da teoria. (PETTIT, 2007, p. 54)

O conceito adotado no capítulo anterior é o de que uma ação somente pode ser considerada livre se ela se manifestar de tal forma que o agente seja totalmente responsável. No entanto, a perspectiva da liberdade a partir do controle racional não assegura satisfatoriamente o preenchimento dessa condição. Uma ação

pode ser racionalmente controlada sem poder ser considerada livre. Os animais, por exemplo, conseguem em situações específicas conformar padrões de racionalidade, com determinada crença e desejo, sem, no entanto, estarem adequados à responsabilização. Padrões de prudência e moralidade logicamente não conseguem, mas esses a teoria não considera, recaindo em uma pendência tecnicamente considerável.

Nesta feita, corroborando com o posicionamento de Philip Pettit, entendemos que apesar da adequação para se considerar a responsabilidade do agente, objeto de análise, exigir um certo teor de controle racional, não se mostra nessa proposta suficiente por si só para satisfazer as particularidades presentes na liberdade pelos domínios da ação, do self e da pessoa.

Concebe-se a liberdade como controle volitivo a partir da constatação do elemento vontade, inerente a um desejo de ordem superior, na figura do agente atuante. Diverge a referida “vontade” do “desejo”, adotado na teoria do controle racional, pela repercussão direta no sentir. O desejo racional é fruto de circunstâncias racionais. Já a vontade, enquanto desejo de segunda ordem, é emotiva, inata e espontânea.

Podemos ter a pretensão de praticar esportes, ou ter uma alimentação equilibrada, por desejar levar uma vida saudável. No caso o desejo de ordem superior determinará a real vontade. Se a intenção de praticar esportes não é superada pela comodidade em não fazer, a vontade não estará constituída nessa pretensão inicial. Ou seja, gostaria de praticar esportes para ser mais saudável, mas abro mão dessa prática, em nome da vontade, por não considerá-la prazerosa. O prazer determinou o querer no caso específico. Ou então ainda que eu não tenha vontade de praticar esportes, ou manter uma dieta equilibrada, eu assim o faço porque racionalmente entendo que irá me trazer benefícios. Apesar de o querer ter sido determinado por uma conclusão

racional, essa decorreu de tal forma que incorporou a vontade do agente. Assim sendo, percebemos a partir dos exemplos ilustrados que em nenhum dos casos o controle volitivo deixou de ser exercido.

Conforme os ensinamentos de Pettit:

A afirmação do controle volitivo, nesse sentido, descansa diretamente sobre a intuição. Dificilmente podemos pensar que uma ação, self ou pessoa esteja adequada para ser considerada responsável, se as coisas que o agente fez transgrediram algumas volições que ele tinha formado. Assume a afirmação que um agente tem volições de ordem superior, no que se refere a certos desejos ou feitos. Se esses desejos ou feitos foram contra tais volições, então seria difícil pensar em um agente como alguma outra coisa que não seja um campo de batalha onde certas respostas estão centralizadas. A intuição não sugere que os desejos e feitos de um agente devam ser todos controlados por volições de ordem superior, só que, havendo volições de ordem superior no lugar, ele deve desempenhar um rol controlador e é muito difícil resistir a essa intuição. (PETTIT, 2007, p. 88)

O controle volitivo não ignora nem desconsidera a teoria trabalhada no item anterior, mas incorpora as noções que melhor se adéquam a sua proposta. Considerando que o agente opera conforme a sua livre vontade coloca-se possível também gozar, pelo controle volitivo, do controle racional. A ação livre deve estar

sujeita tanto ao controle racional quanto ao volitivo. Deve ser controlada pela crenças, desejos e receber a aprovação volitiva. São os desejos volitivos que fazem com que o agente queira que sua ação se efetive.

Sob as palavras de Pettit “a teoria propõe que é o controle volitivo, além da liberdade – um controle estritamente racional combinado com o volitivo – o que constitui uma adequação do agente para ser considerado responsável”. (PETTIT, 2007, p. 70)

Parte o controle volitivo do domínio do *self* para então percorrer os domínios da ação e da pessoa. A constituição do ser, a sua realidade intrapessoal, revela-se determinante na configuração da vontade humana. O agente somente poderá ser considerado um *self* livre se a escolha partir da vontade livre. Não se mostra suficiente expressar um desejo e estar sujeito a um controle racional uma vez que certos desejos e reações ocorrem notoriamente contra a livre vontade do agente.

Sob a ótica da escola de Frankfurt a ação é reconhecida como livre na medida em que representa a manifestação da livre vontade. A volição, enquanto desejo de segunda ordem, deve promover a atuação e o exercício do controle.

Já a pessoa é reconhecida como livre na medida em que sua posição interpessoal revela-se consistente com a configuração de um *self* livre, sujeito ao controle racional combinado com o controle volitivo. (PETTIT, 2007, p. 84)

Destaca Pettit que

O controle volitivo requer que o agente esteja disposto a formar certas ordens volitivas superiores em relação ao que faz e está disposto, quaisquer que possam ser as volições, a agir como elas requerem. [...] A vontade da pessoa é livre somente se ela é livre para ter a vontade que ela quer. (PETTIT, 2007, p. 73)

Há dois casos em que a pessoa pode não ser bem sucedida no exercício da capacidade volitiva em desejos de segunda ordem. O primeiro é quando a pessoa se encontra inadequada para agir conforme a sua real volição. Já no segundo a pessoa consegue agir em conformidade com sua real volição, mas não consegue desejar o contrário. Dois exemplos que podem corresponder respectivamente aos referidos casos é a adesão involuntária e a adesão voluntária às drogas.

A possível aprovação arbitrária dos desejos de segunda ordem se mostra também como um problema à adoção da teoria. Contudo, em relação ao controle racional concebemo-la como mais segura e completa, mas não como o controle discursivo conforme se trabalhará adiante.

Ao contrário das perspectivas anteriores a liberdade como controle discursivo parte do domínio da pessoa para então percorrer respectivamente o *self* e a ação. O questionamento envolto ao domínio da pessoa está nas circunstâncias em que os relacionamentos interpessoais constituem um título completo e igual para se identificar a adequação para ser considerado responsável. Deve, portanto, o relacionamento estar particularmente adequado à liberdade da pessoa.

Refere-se o controle discursivo à liberdade que o indivíduo tem de discursar e ter acesso ao discurso. A pressão, a ameaça e a coerção são incongruentes com a proposta, uma vez que reduzem as opções de escolha. Sem alternativa não há liberdade.

Conforme constata Pettit “a liberdade de um agente como pessoa será identificada com a forma de controle que as pessoas gozam dentro dos relacionamentos discursivo-amigáveis” (PETTIT, 2007, p.98). Mas o que representa esses relacionamentos discursivo-amigáveis? Tratam-se daqueles que permitem as pessoas exercerem influência discursiva umas com as outras. Relacionamentos que não

colocam em perigo a influência discursiva entre as partes. Relacionamentos que não obstruem, não restringem, não levantam custas à influência discursiva.

O controle discursivo reconhece elementos do controle racional e volitivo. No entanto não se atém apenas ao caráter psicológico da liberdade, mas também a dimensão social.

Segundo Pettit a liberdade nessa perspectiva

requer não só que a pessoa tenha um certo tipo de capacidade psicológica – poder raciocinativo – mas também outras capacidades. A noção requer particularmente que os outros não tentem influê-la de uma forma discursivo-não amigável. Esse requerimento proíbe todas as intervenções de outros que restrinjam, desgastem ou coloquem em perigo o discurso e a coerção hostil, que certamente figurará em qualquer lista de tais intervenções”. (PETTIT, 2007, p. 102)

São casos de formas de influência inconsistente com o controle discursivo as ações intencionais que de alguma forma obstruem o livre agir, coage a realizar de determinada conduta, ou pune pela conduta praticada. As propostas que induzem o agente a erro também correspondem a iniciativas inconsistentes com a liberdade.

A coerção hostil restringe a possibilidade de interação discursiva entre coator e coagido. Trata-se a interação discursiva da troca de idéias entre as pessoas, sob a pretensão de se solucionar um problema. A ameaça coercitiva mitiga essa pretensão impondo limites ao discurso. (PETTIT, 2007, p. 103).

Relações em que há grande disparidade social, ou de poder, também podem acarretar a inadequação. São exemplos as relações entre empregado e patrão, professor e aluno, pai e filho. Não há como exercer a liberdade de maneira franca e livre em relações que uma das partes exerce desigual influência sobre a outra.

Nesta feita, não restam dúvidas que a coerção hostil contraria os interesses do coagido reduzindo a sua liberdade. No entanto, vale destacar que a coerção amigável, diferente da hostil, é perfeitamente consistente com a liberdade uma vez que é constituída em favor dos interesses do coagido. O que é verdadeiro, pretendido, na coerção amigável é também em outras circunstâncias.

Destaca Pettit que nos domínio do self “será possível aos agentes entrar no discurso e gozar do controle discursivo, só na medida em que eles podem falar por si próprios e pensar sobre suas próprias contribuições na primeira pessoa” (PETTIT, 2007, p. 112). Consequentemente a ação livre se dará a partir da caracterização da pessoa livre bem como do self livre.

Sustenta Philip Pettit que:

Você estará adequado para ser considerado responsável pelas crenças e desejos, presumivelmente, porque eles são controlados por hábitos normais de formação de crenças e desejos, que não lhe foram induzidos por meios sinistros. Mas se você está adequado para ser considerado responsável por crenças e desejos, em virtude de eles serem controlados por tais hábitos, então você está adequado para ser considerado responsável, também, por tais hábitos. E assim por diante, parece que indefinidamente. (PETTIT, 2007, p. 135).

Entendemos que a liberdade como controle discursivo, enquanto proposta dedicada a conceber a liberdade como adequação para ser considerado responsável, abarca satisfatoriamente os domínios da pessoa, do self e da ação. O reconhecimento da pessoa livre, do self livre e da ação livre, na perspectiva adotada permite vislumbrar os elementos crença, desejo, vontade, e discurso de maneira harmônica e adequada a proposição de um ambiente propício a se conceber a liberdade. Nessas condições é possível discursar e ter acesso ao discurso. Contudo, como tutelar constitucionalmente a liberdade de maneira que essa ótica possa ser exercitada? Em qual contexto econômico social cultural histórico podemos conceber a ideia desenvolvida? É o que propomo-nos a trabalhar no capítulo seguinte.

3. A(S) LIBERDADE(S) NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 SOB A ÓTICA DO CONTROLE DISCURSIVO: DO PROCESSO DE FORMAÇÃO À TUTELA

Propomo-nos a trabalhar no presente item a percepção da liberdade no movimento que desencadeou a constituinte de 1887/88, reconhecendo a Constituição em essência como “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (LASSALLE, 2000, p. 17).

Podemos dizer que a subordinação a uma forma de governo antidemocrática, com todas as suas práticas repressivas e autoritárias, propiciou no Brasil um ambiente favorável ao desenvolvimento do debate que impulsionaria gradativamente uma reação em cadeia em prol da liberdade. A partir do sofrimento provocado pelo regime militar, o ideário coletivo passou a vislumbrar cada vez mais a necessidade de se instituir uma democracia em nosso meio. A pretensão transformadora pautava-se em valores devidamente compartilhados além de um sentimento pulsante em comum. Com a proposta de uma nova constituinte, em

superação a uma reacionária perspectiva política, a sociedade se mobilizou de tal forma que podíamos identificar os elementos crença, desejo, e vontade, entre os agentes integrantes aos movimentos populares que se formavam. Finalmente propiciava-se o acesso ao discurso e a possibilidade de discursar, nos termos da teoria pettiana da liberdade como controle discursivo. O cenário posto abarcava condições próprias à interação discursiva e à prevalência de relacionamentos discursivos-amigáveis.

A liberdade para participar e contribuir no processo de formação da constituição representa um requisito indispensável ao desafio de se garantir satisfatoriamente a liberdade em seus variados aspectos. Podemos afirmar que o constitucionalismo moderno foi todo edificado com base no valor liberdade. A distinguibilidade entre os poderes, a criação de direitos e garantias fundamentais, servem a esse valor supremo.

Contudo, vale destacar que a concepção de liberdade varia conforme a perspectiva que se adote. A nossa constituição, por exemplo, é calçada numa notória perspectiva social. Partindo desse escopo, reconhecemos a pretensão em se promover um espaço propício ao exercício pleno da democracia.

O compromisso democrático reflete o escopo constitucional firmado na perspectiva libertária. Retratando a realidade da época, destaca Daniel Sarmento que

Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. As constituições

eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodia no país. (SARMENTO, 2009, p. 279)

No entanto, conforme assevera o autor:

A assembléia Constituinte de 1987/1988, que coroou o processo de redemocratização do país, quis romper com este estado de coisas, e promulgou uma Constituição contendo um amplo e generoso elenco de direitos fundamentais de diversas dimensões – direitos individuais, políticos, sociais e difusos – aos quais conferiu aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), e protegeu diante do próprio poder de reforma (art. 60, §4º, IV). Além disso, reforçou o papel do Judiciário, consagrando a inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV), criando diversos novos remédios constitucionais, fortalecendo a independência da instituição, bem como do Ministério Público, e ampliando e robustecendo os mecanismos de controle de constitucionalidade. Este último tópico, ela democratizou o acesso ao controle abstrato de

constitucionalidade, ao adotar um vasto elenco de legitimados ativos para propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103) e ampliou o escopo da jurisdição constitucional, ao instituir no Brasil o controle da inconstitucionalidade por omissão, tanto através de ação direta como do mandado de injunção. (SARMENTO, 2009, p. 279)

A contribuição da sociedade no processo de formação da constituição de 1988 se deu de maneira notoriamente intensa. Os valores compartilhados a época permitiram essa participação massificada. O grau de liberdade vivido naquele período, ainda que apenas na transição para a democracia, compreende todas as condições trabalhadas por Philip Pettit na sua perspectiva de liberdade como controle discursivo.

A constituição como “expressão imediata dos valores jurídicos básicos acolhidos ou dominantes na comunidade política” (MIRANDA, 2002, p. 352) traduz o reconhecimento dos anseios prevaletentes, ou triunfantes, no ideário geral da população. Não diferente podemos vislumbrar a mesma constatação entre as liberdades constitucionalmente tuteladas na Magna Carta de 1988. Não foi ao acaso a previsão da garantia em múltiplas especificações.

Ampara a nossa Constituição Federal um vasto rol de liberdades, entre as quais podemos destacar: a liberdade de consciência (art. 5º, VI); a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX); a liberdade de locomoção (art. 5º, XV); a liberdade profissional (art. 5º, XIII, art. 170); a liberdade política (art. 17); a liberdade religiosa (art. 5º, VI); a liberdade de cátedra (art. 206, II, art. 5º, IX); a liberdade de reunião (art. 5º, XVI); a liberdade de associação (art. 5º, XVII); a liberdade jornalística (art. 220, §1º); e a liberdade artística (art. 220, §2º, art. 5º, IX).

Sustenta Daniel Sarmento que

a ordem constitucional brasileira confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia aos excluídos das condições necessárias ao seu gozo. Ela protege a autonomia pública do cidadão, fortalecendo a democracia, mas também a autonomia privada. Em relação a esta, a tutela constitucional abrange tanto a dimensão existencial, como a econômica, mas, no primeiro caso, a proteção faz-se mais intensa. Esta diferença se deve ao fato de que, pela concepção de pessoa e de sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana do que as econômicas. (SARMENTO, 2004, p. 220)

Diferentemente da concepção liberal da liberdade, na qual apenas se exige uma postura abstencionista por parte do Estado, a liberdade concebida em nossa Carta Maior conforma-se com uma perspectiva estatal atuante e provedora de direitos.

Não há como vislumbrar a liberdade enquanto autonomia, autodeterminação, condição própria de discursar e ter acesso ao discurso em um cenário de exclusão social, repleto de desigualdades formais e materiais. Conforme já abordado a liberdade exige crença, desejo e vontade. O indivíduo em desarmonia com esses elementos, sem oportunidades, sem perspectiva de ascensão, naturalmente não possui plenas condições de se reconhecer livre.

A realidade descrita denota ainda uma hostilidade nas relações interpessoais. Interferências dessa natureza afetam diretamente as condições que determinam a pessoa como livre. Trata-se de circunstância basilar para configuração da liberdade como controle discursivo.

A abstenção estatal, própria da concepção liberal, não comporta os anseios materializados no texto constitucional. Permitir que a sociedade se regule livremente, sem proporcionar condições igualitárias para tanto, é restringir o gozo da liberdade a apenas àqueles que têm voz. Não há interação discursiva, nem relações discursivo-amigáveis propiciados adequadamente.

Para Daniel Sarmento:

A ideia básica é a de que, numa sociedade injusta e desigual, amarrar o Estado e confiar na mão invisível do mercado não é uma boa solução para garantia do respeito à dignidade humana dos mais fracos. Por isso, no sistema constitucional brasileiro, entende-se que o Estado tem obrigações positivas mesmo em relação aos direitos individuais clássicos que não podem mais ser concebidos como simples direitos de defesa em face dos poderes públicos. Assim, e deve do Estado não só se abster de violar estes direitos, como também agir positivamente, seja para protegê-los diante de ameaças representadas pela ação de terceiros, seja para assegurar as condições materiais mínimas necessárias à viabilização do seu exercício pelos mais pobres. (SARMENTO, 2006, p. 290)

Vale destacar que a tutela estatal não se limita a preservar as liberdades de boa repercussão social. A liberdade em si denota o exercício do arbítrio humano de tal forma que não ofenda direitos alheios. A pessoa livre, o self livre, e a ação livre não exige um compromisso diretamente social. A população brasileira nem ao menos possui uma identidade ativista nesse sentido. A possibilidade de divagação de ideias absurdas, a reunião e a associação para finalidades fúteis, ainda que descompromissadas com a evolução social integram a liberdade como categorias essenciais ao reconhecimento da dignidade humana no sujeito individual. O reconhecimento da premissa oposta recairia em um coletivismo transpersonalista indevido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos afirmar que vivemos, desde 1988, uma democracia e essa representa uma forma de liberdade consagrada. No entanto, é possível afirmar que hoje vivemos uma liberdade plenamente considerada nos termos da perspectiva pettiana do controle discursivo? É possível vislumbrarmos no ideário geral o compromisso compartilhado de integração discursiva? O nosso contexto social econômico cultural hodierno é propício às relações discursivo-amigáveis? As relações interpessoais são favoráveis a expressão de nossos desejos, crenças e vontades? A nosso ver, a negativa preenche seguramente quaisquer desses questionamentos.

A concretização da perspectiva de liberdade adotada no presente trabalho se mostra inconcebível no plano atual sem drásticas transformações sociais. O comprometimento com esse escopo deve ser geral. Contudo, a dificuldade repousa justamente em impulsionar o clamor massificado em favor a essas transformações. A capacidade de mobilização da sociedade, com a adequada consistência e coerência, se mostra um desafio fadado ao fracasso em uma realidade na qual a crença não se mostra

devidamente compartilhada. Desejo e vontade a grande maioria tem, mas a crença, diante de toda uma repercussão histórica negativa, se mostra extremamente fragilizada.

No período que integrou o processo constituinte os fundamentos de luta, os objetivos em comum, eram muito bem definidos. Em nome da liberdade ecoava-se um clamor geral por transformações. Havia os chamados novos movimentos populares que com o passar do tempo foram aderindo cada vez mais habilidades de negociação com o poder estatal. Estabeleceu-se um canal direto de comunicação, devidamente articulado, para atender aos interesses desses grupos. Conforme destaca o professor Daury Cesar Fabriz havia naquele contexto consistência e coerência (informação verbal).

Se tivéssemos hoje a proposta de uma nova constituinte logicamente a repercussão seria bem distinta. Os aludidos movimentos do passado se pulverizaram, a sociedade não possui a mesma articulação, e apesar de ainda compartilharmos de desejos e vontades a crença, justificadamente, não se integra com a mesma força de outrora. A capacidade de aglutinar grupos, criar sujeitos coletivos com coerência e consistência se enfraqueceu significativamente.

A própria sensação da liberdade, ainda que em muitos aspectos apenas aparente ou ilusória, pode conformar a sociedade a uma postura menos participativa em favor do fortalecimento da garantia. Costumamos achar que somos livres para externar uma opinião, para exercer escolhas, para ir e vir, sem, no entanto, perceber claramente as circunstâncias que tornam essas condições reais. A liberdade como controle discursivo exige que agente tenha voz. A possibilidade de externar uma opinião sem que essa tenha a menor probabilidade repercutir não representa a proposta pettiana. A configuração dos relacionamentos discursivo-amigáveis exige a influência discursiva. Se essa influência não é mútua não há liberdade de escolha. Não há como

conceber a liberdade nas relações interpessoais manipuladas ao alvedrio do sujeito dominante.

Conforme observa o professor Daury Cesar Fabriz, em uma manifestação popular a liberdade exercida pelos manifestantes ao externarem em alto e bom som o descontentamento com a realidade posta não é maior do que a do governante, objeto de crítica (informação verbal). Esse de fato possui condições de reverter a situação. O poder no caso constitui a influência discursiva. Quem manda naturalmente tem maior liberdade do que quem pede. Ocorre que essa relação não precisa, e nem pode, ser de quem manda e quem pede, mas de quem precisa e quem provê. Trata-se de um compromisso constitucional.

Segundo Daniel Sarmento:

Quando se trata da liberdade, a Constituição brasileira não é acometida pela cegueira que vitimava as cartas pré-weimarianas, que cerravam seus olhos para a opressão decorrente da desigualdade material instalada na sociedade e capilarizada através das suas múltiplas instituições. Muito pelo contrário, ela propõe-se a reduzir esta desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que, sem isto, a liberdade não passa de retórica vazia. (SARMENTO, 2004, p. 212)

Não restam dúvidas que a Constituição Federal de 1988 representa por si só um grande avanço a proposta aludida pelo autor. A tutela despendida abarca a liberdade nas suas variadas espécies, como valores indispensáveis à vida humana

digna. No entanto, conforme destaca Luiz Moreira “a Constituição é uma grande conquista, mas não a última” (Moreira, 2007, p. 105). Apesar do compromisso constitucional em tutelar a liberdade, não se mostra esse mero reconhecimento suficiente à efetivação da garantia. Tolerar a positivação como uma finalidade em si mesma, em um ambiente inapropriado ao preenchimento das condições necessárias exercício do agir livremente seria o mesmo que conceber a liberdade como um mero simulacro. Não é essa a proposta almejada.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito. São Paulo: Atlas, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOREIRA, Luiz. *A Constituição como simulacro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PETTIT, Philip. *Teoria da Liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. In: QUARESMA, Regina (Coord.). et al. *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL NO BRASIL: LUTAS POR CAPITAIS SIMBÓLICOS E BARREIRAS À DEMOCRATIZAÇÃO

Isabela Couto dos Santos¹

André Filipe Pereira Reid dos Santos²

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil previu em seu art. 224 (e a lei 8.389, de 30 de dezembro de 1991 regulamentou) a criação de um Conselho de Comunicação Social (CCS). Mas o CCS só foi implantado em 2002 tendo funcionado até 2006. Após mais de 6 anossem funcionar, retornou às atividades em agosto de 2012. Com base, principalmente, na teoria de Pierre Bourdieu, o trabalho analisa as lutas por capitais simbólicos específicos nos campos da comunicação, da política e da economia que tornaram o CCS ocioso a partir de 2006. Busca-se verificar as barreiras para democratização da comunicação social brasileira a partir de análises sociológicas da interface entre os campos sociais da comunicação, da política e da economia. Serão realizadas, a partir de pesquisas qualitativas com técnicas de entrevistas e levantamento de dados jornalísticos, interpretações de realidade do caso brasileiro de criação do CCS. Os raciocínios dialéticos servirão para verificar com mais rigor o objeto de análise, fugindo de rasas análises e testando possíveis contradições. A

¹ Sociólogo, Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e líder do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura. E-mail: afprsantos@gmail.com

² Nelson Traquina (2010) faz menção ao campo jornalístico, no entanto, suas análises servem-nos perfeitamente para a proposta do campo da comunicação aqui estudada.

pesquisa está em fase de realização do trabalho de campo com acadêmicos (professores) dos três diferentes campos analíticos aqui estabelecidos, e que tem dado informações privilegiadas, a partir de seus próprios campos de origem, das lutas em torno da criação e do funcionamento do CCS.

Palavras-chave: *políticas de Comunicação, Conselho de Comunicação, Liberdade de Comunicação*

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil predicted in its article (and the law 8.389, of December 30th of 1991 regulated it) the creation of a Media Council (*Conselho de Comunicação Social (CCS)*). However, the Media Council was only installed in 2002, and it only worked until 2006. After more than 6 years without working, in august 2012 it returned with its activities. Based, mainly, on Pierre Bourdieu's theory, the present research analyzes the struggle for specifics "symbolic capitals" in the media, politics and economics' scopes, that turned the Media Council otiose since 2006. The goal is to verify the boundaries of the Brazilian Social Communication democratization from sociological analysis of the interface between the social communication, the political and the economical scopes. Therefore, will be made qualitative researches with interview technics and collection of journalistic datas, and interpretations of the reality of the Brazilian case, the Media Council creation. The dialectics reasoning will be useful to verify, with more validity the analysis object, to keep away from superficial analysis, and testing possible contradictions. The research is at the accomplishment phase of the fieldwork with academics (professors) from the three analytics extent established here, and that have been offering privileged information, from their own original extents of the fights against the Media Council creation and operation.

Key words: *politic of Communication; Media Council; Communication Freedom*

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil previu em seu art. 224 (e a lei 8.389/91 regulamentou) a criação de um Conselho de Comunicação Social (CCS). Mas o CCS só foi implantado em 2002 tendo funcionado até 2006. Após mais de 6 anossem funcionar, retornou às atividades em agosto de 2012.

Com base, principalmente, na teoria de Pierre Bourdieu, o trabalho analisa as lutas por capitais simbólicos específicos nos campos da comunicação, da política e da economia que tornaram o CCS ocioso a partir de 2006. Busca-se verificar as barreiras para democratização da comunicação social brasileira a partir de análises sociológicas da interface entre os campos sociais da comunicação, da política e da economia.

Para isso, dividiu-se o trabalho em dois grandes temas. Num primeiro momento, a partir da teoria de Bourdieu, será analisado o campo da comunicação, através da descrição e do estabelecimento de quais poderes e conflitos que se estabelecem nele e em torno dele. A segunda parte situa a comunicação social dentro da Constituição Federal brasileira de 1988 para depois analisarmos as lutas por capitais simbólicos a partir do histórico de criação do Conselho de Comunicação Social no Brasil, percebendo que, apesar de autônomo, o campo da comunicação sofre inúmeras influências, em especial econômicas e políticas.

1. BOURDIEU E O CAMPO DA COMUNICAÇÃO

A fim de delimitar de que modo a comunicação social se configura, valer-se-á dos ensinamentos de Bourdieu referentes à noção de campo, capital (simbólico) e *habitus*. Deste modo, definiremos nosso objeto de estudo como o campo da comunicação, imerso em uma sociedade permeada por diversos outros campos que se constituem, se interligam e se relacionam como veremos nos seguintes.

Bourdieu relaciona a noção de campo com o espaço social. Os conceitos estão interligados, o espaço social, também chamado de sociedade, reconhece-se como multidimensional, em cujo domínio estão contidos diversos campos. Estes, de modo mais ou menos intensivo, subordinam seu funcionamento e suas transformações ao campo da produção econômica, não podendo ser considerados, nesta perspectiva, absolutamente autônomos. (Bourdieu, 1989, p. 153). Ou seja, o interior do espaço social contém diversos campos, por exemplo, o campo político, econômico, religioso, jurídico, artístico, da psicologia, etc; estes, de forma ou de outra, se interrelacionam criando uma autonomia relativa.

O interior de cada campo é estruturado com a presença de dominadores e dominados. Os ocupantes permanecem em constante concorrência para transformar ou conservar o interior do seu universo. Trata-se de um espaço de luta, de empenho de forças que busca a definição de sua posição no campo, vale lembrar, sem que constituam por isso, necessariamente, grupos antagônicos. (Bourdieu, 1997, p. 57).

Apesar de a sociedade se relacionar a partir da noção de campos de força, quer dizer, de nos vincularmos a partir dessas linhas de força não visíveis mas reais, a tendência é o equilíbrio. Competir dentro do campo não significa a eliminação do outro, pelo contrário, a concorrência significa o equilíbrio das forças e a manutenção do próprio campo competitivo. Como exemplo, o próprio campo da comunicação objeto deste trabalho, que, se por um lado se recorta – com os interesses de empresários da comunicação que se divergem dos jornalistas, por exemplo, por outro uma força pela divulgação da notícia.

Referimo-nos aos participantes do campo como dominadores e dominados em um espaço de luta. No entanto, pelo que competem? Pelo acúmulo de poder, de capital. Identificar os grupos na estrutura social perpassa identificar como estão

distribuídos os recursos do capital em cada um. É possível a identificação de quatro áreas de capital, o capital econômico, cultural, social e simbólico.

O capital econômico corresponde aos “diferentes fatores de produção (terras, fábricas, trabalho) e pelo conjunto de bens econômicos: renda, patrimônio, bens materiais” (BONNEWITZ, 2005, p. 53). Por outro lado, o capital cultural alude ao “conjunto das qualificações intelectuais produzidas pelo sistema escolar ou transmitidas pela família” (BONNEWITZ, 2005, p. 54), traduzido também pelos conhecimentos reconhecidos por diplomas e títulos. Já o capital social refere-se ao conjunto das relações de que dispõe um indivíduo ou um grupo (BONNEWITZ, 2005, p. 54), enquanto o capital simbólico liga-se ao prestígio, honra e reconhecimento.

A reunião desses capitais é interpretada a partir de um sistema de compreensão percebido por Bourdieu como *habitus*. O *habitus* é espaço que traz o envolvimento aos agentes do campo, que os emaranha, apreendem e incorporam mediante a formação necessária para que se considerem legítimos pertencentes ao campo, operadores do *habitus* disposto. É a cultura disseminada dentro do campo. Torna a rotina “das coisas que se faz e que se faz porque se fazem e na verdade sempre se fez assim” (Bourdieu, 1997, p. 123).

O que nos interessa em especial é a noção de *habitus* de classe, sem deixar de reconhecer, é claro, o *habitus* também como estrutura individual a partir da biografia do agente. Para Bourdieu (1983, p. 60), “o fato de não existirem duas histórias individuais iguais faz com que não existam dois *habitus* idênticos, embora haja classes de experiências ou classes de *habitus*”. Neste prisma, o *habitus* reflete o compartilhamento de crenças e visões de mundo, que de forma consciente ou não incorpora-se e orientando suas ações.

A associação do *habitus* com o capital permite que dominadores e dominados existam. Os dominadores na luta pela conservação da estrutura do campo social e os

dominados na constante batalha de luta pela transformação deste mesmo campo. A partir de um capital inicial, luta-se para acumular mais capital simbólico.

Deste modo, apesar de o *habitus* funcionar como princípio gerador e estruturador das práticas e das representações (Bourdieu, 1983, p. 60), não é predefinido e engessado, há possibilidades de transformações.

A partir desta noção inicial, é possível determinar como se configuram as transformações ocorridas dentro desses espaços. Em contrapartida a análises estanques que por um lado creditavam as mudanças a uma absoluta autonomia, independente de mudanças sociais e, por outro, como reflexo de transformações de determinadas estruturas sociais, Bourdieu vê o campo como subespaços sociais que se transforma dentro dos limites impostos pelas relações objetivas estabelecidas entre eles. (DA SILVA, 2011).

Assim, a ação social do indivíduo é orientada a partir do *habitus* adquirido, posição que ocupa e situação em que se encontra na estrutura do campo. Sendo considerado para definir o sentido da prática não tanto as estratégias individuais quanto as estruturas objetivas. (DA SILVA, 2011). Após breve explanação das noções de campo, capital e *habitus*, passaremos a identificá-los dentro do nosso campo específico de estudo, o da comunicação.

Constituir e delimitar o campo da comunicação vem sendo tema de inúmeros debates científicos. Não nos é proveitoso aqui estender o debate, importante sim, estabelecer sob por qual perspectiva estamos tratando ao utilizamos o termo “Comunicação”, tendo sempre em vista os dissensos que orientam as análises.

Deste modo, o recorte feito para se orientar o campo da comunicação leva em conta a relação entre os meios de comunicação social a sociedade. Nelson Traquina (2004), em seus estudos sobre a comunicação nos dá valiosa orientação sobre este

campo¹. Para ele, é um espaço mobilizado pelos agentes sociais, como recurso para suas estratégias de comunicação, que contém a prática específica da produção de notícias e um grupo que reivindica o monopólio de seu conhecimento. O campo estaria dividido em dois polos, o ideológico, que insere a comunicação na ordem pública e social e o econômico, que considera a notícia um produto comercial.

Este diálogo entre o social e o econômico é fundamental para que se entenda os conflitos e poderes que se estabelecem no campo da comunicação em torno dele. Nesta perspectiva, o campo da comunicação não é autônomo. Já nos adianta Bourdieu (1989, p. 153) que o campo da produção econômica em especial, subordina o funcionamento dos outros campos. Na comunicação, como veremos, esta ideia se

¹ Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002) § 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002) § 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002) § 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002) § 4º Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002) § 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002).

intensifica, mas ainda assim, é necessário dizer que trata-se de um campo autônomo, “que tem sua própria lei, significa dizer que o que nele se passa não pode ser compreendido de maneira direta a partir de fatores externos” (Bourdieu, 1997, p. 56)

Passemos a especificar quais agentes consideramos atuantes no campo da comunicação e como se relacionam. São eles: os profissionais da comunicação produtores das notícias (em especial os jornalistas); a academia, dividida entre professores e estudantes de comunicação; e os donos dos meios de comunicação. Dentro do campo, cada classe de agente identifica-se com maior ou menor fatia de acúmulo de capital simbólico, distribuindo os recursos dentre as quatro classes apresentadas.

O capital econômico concentra-se com os donos dos meios de comunicação. Os critérios brasileiros que estabelecem como se distribui a propriedade de empresa jornalística de radiodifusão sonora e de sons e imagens e consequentemente o capital econômico dentro do campo da comunicação encontram-se, em especial, nos artigos 222² e 223³ da Constituição Federal de 1988.

² Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. § 1º - O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem. § 2º - A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal. § 3º - O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores. § 4º - O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial. § 5º - O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

³ Refere-se ao decreto nº 1.720 de 28 de novembro de 1995.

Antes da Constituição de 1988, a outorga para exploração dos serviços de rádio e TV realizava-se a partir da vontade do Ministério das Comunicações, que indicava quem teria o direito de explorar as concessões públicas. Com a nova Constituição, a necessidade de aprovação do Congresso Nacional clamava por mais transparência ao processo. Todavia, até 1995 a indicação permanecia nas mãos do Executivo, fato que mudou apenas com o decreto¹ que estabeleceu o processo de licitação para a outorga das concessões. (COLETIVO INTERVOZES, 2007).

A lei de licitações colocou a prevalência do critério econômico na decisão de quem irá explorar os serviços de comunicação. Quer dizer, apesar de ter que ser apreciados requisitos como o tempo a ser destinado aos programas jornalísticos, educativos e à programação regional, o critério econômico é o que vale mais. (COLETIVO INTERVOZES, 2007).

Nesta linha, os atuais detentores do capital econômico no campo da comunicação são aqueles que detêm força financeira que os sustentem como proprietários dos meios de comunicação. Destaca-se também a necessidade de perceber que além do campo econômico outros campos identificados perpassam o da comunicação, como o político e o jurídico.

¹ Há, por exemplo, a previsão no Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117/62), regulamentado pelo Decreto-Lei nº 236/67, da existência das emissoras educativas, não comerciais. Estas dispensam a exigência da licitação e se destina à divulgação de programas educacionais, mediante a transmissão de aulas, conferências, palestras e debates. Fica vedada a transmissão de propaganda, direta ou indiretamente e o patrocínio dos programas transmitidos. No entanto, com a falta de fiscalização nem sempre a legislação é observada. Caso que identificou o levantamento feito pelo Observatório do Direito à Comunicação, em 2007, que concluiu ter a cidade de São Paulo 4 emissoras com outorgas educativas, todas irregulares, como a emissora Gospel FM, ligada à Igreja Evangélica Renascer, com programação que se distancia da função de rádio educativa.

Outra espécie de capital apresentada por Bourdieu é o cultural. Os profissionais da comunicação e professores da academia são os que mais detêm este capital, sendo reconhecidos por diplomas e títulos, assim como possuem o capital social e o simbólico.

Esta configuração de forças no campo produz um *habitus* específico do campo da comunicação, uma cultura que se dissemina em seu interior. As práticas representadas pelo *habitus* são muitas e estão ligadas ao lugar ocupado pelo agente social. Por exemplo, o editor-chefe de um renomado jornal reproduz com mais veemência o *habitus* dominante do que um recém-chegado à redação. As experiências são enunciadas sob a forma de preceitos éticos, retraduzindo a estrutura do campo através do agente social (BOURDIEU, 2007).

O *habitus* dos produtores da notícia está profundamente relacionado à lógica comercial. A notícia transforma-se em um produto à venda e está exposta na vitrine do capitalismo industrial. “O público é tratado como um consumidor inserido na lógica comercial, que fabrica ícones e veicula situações inusitadas ou irreverentes”. (PENA, 2006, p. 90)

Apesar da lógica do comercial que se impõe às práticas culturais, prioritariamente pelos índices de audiência, reforçar-se-á a autonomia do campo da comunicação. Boudieu (2007, p. 56) conclui que entendimentos que levam em conta apenas o fator econômico não são suficientes: “há uma forma de materialismo curto, associado à tradição marxista, que não explica nada, que denuncia sem esclarecer nada”.

No campo da comunicação, apesar de haver dominadores – aqueles que detêm o capital econômico – e dominados – os demais agentes sociais –, trata-se de um espaço de luta pela definição da posição no campo. Por estar presente a luta, é possível a transformação a partir dos agentes do campo. Para Bourdieu (2007), o que

conta em um campo são os pesos relativos, ou seja, modificar as estruturas perpassa mudar a posição relativa no espaço que se ache transformado.

2. O CAMPO DA COMUNICAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O campo da comunicação ganha um capítulo específico na Constituição Federal brasileira de 1988, inserido no título “Da Ordem Social”. A filiação traz consequências imediatas, o tema desfruta do mesmo grau de relevância conferido pelo constituinte a aspectos centrais para o desenvolvimento da nação (TAVARES, 2010). Isto porque divide o título com elementos como a saúde, previdência social e cultura.

A cláusula geral “Da Ordem Social” afirma: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”. Quer dizer, a comunicação apresenta-se em um espaço cujo objetivo é o bem-estar e a justiça social, com, de certo modo, a intervenção do Estado nas órbitas do mercado e da sociedade para que eles sejam assegurados. Observe aí que a partir das análises de campo relativamente autônomos de Bourdieu é possível verificar a permeabilidade entre o campo jurídico, o político e o da comunicação, no qual aqueles ditam os rumos sobre os quais o último, na teoria, deve se guiar.

Apesar da consideração constitucional de tratar o que chamamos de campo da comunicação como parte da ordem social, reflexão mais profunda nos permite verificar que na prática os fundamentos são outros. A esfera pública no campo está imersa em interesse privado. Felipe Pena (2006), ao tratar da Teoria Organizacional deste campo, afirma: “O jornalismo é um negócio. E, como tal, busca o lucro. Por isso, a organização está fundamentalmente voltada para o balanço contábil”. Os órgãos da

mídia, assim, em sua maioria¹, são empresas capitalistas de comunicação que, dessa forma, objetivam o lucro (FONSECA, 2011).

Imprime recapitular que, todavia às nossas considerações que caminham demonstrando como o campo econômico invade o campo da comunicação, este permanece autônomo. Por exemplo, as notícias, similares a uma mercadoria pela lógica econômica, comungam de uma estrutura de valores partilhadas pelos comunicólogos, que a observam a partir de certos ‘óculos especiais’, que os permite selecionar e construir com o que foi selecionado. (BOURDIEU, 2007).

Ainda sobre o aspecto da notícia como mercadoria, vale o destaque da especificidade que contém e que se ausenta em outras mercadorias: sua veiculação pode causar danos “na medida em que possui (a notícia) o poder de, no limite: fabricar e distorcer imagens e versões a respeito de acontecimentos e fenômenos, simultaneamente à sua função de informar.” (FONSECA, 2011, p. 5).

Sendo a notícia uma mercadoria, e o é de tipo especial, como tal necessita ser tratada. Assim, todos os outros tipos de mercadoria, seus processos produtivos e proprietários são, de maneira ou de outra, responsabilizados e fiscalizados por mecanismos do Estado e da sociedade². (FONSECA, 2011, p. 5). No entanto, a cada vez que o debate sobre a regulamentação ou criação de órgãos de conselho da comunicação vem à tona, trás em contrapartida, em especial pelos meios de comunicação, o discurso da censura.

¹ Para citar: Procons, Agências de Regulação setoriais, Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), dentre outros.

² A revista “Concessões de Rádio e TV: Onde a democracia ainda não chegou.., em pesquisa realizada em 2007, afirma que no Brasil o sistema de comunicação, em especial o de TV, pertence à 11 famílias.

Como exemplo, o editorial do jornal capixaba *A Gazeta* de 21 de outubro de 2012, com o título *Jose Dirceu e a lei para controle da mídia*. Na ocasião, o editor Antônio Carlos Leite rebate um texto de José Dirceu em que recoloca a discussão da criação de uma legislação que fiscalize os veículos de comunicação. Para Dirceu, os que são contra a legislação não estão interessados em defender a liberdade de imprensa, mas sim, os interesses da “mídia conservadora guardiã do liberalismo”. O editorial de *A Gazeta* afirma em contrapartida:

Estabelecer políticas dirigistas sobre a imprensa é tolher sua liberdade, esse bem que, como já foi dito, se assemelha ao ar: sua falta só é sentida quando começa a faltar.

A imprensa brasileira, ao certo, tem razão em temer a censura. O retorno da democracia brasileira é recente e junto com ela a consagração da liberdade de imprensa, sem censura prévia e o fim da ditadura militar que assombrou durante anos o nosso país.

É preciso ter cuidado ao tratar do tema. Não há dúvidas aqui da importância de uma imprensa livre e a contribuição que essa análise obtém para a manutenção da democracia. Por outro lado, Bourdieu (2006, p.31) e sua análise sobre os campos nos ajuda a desmistificar a imparcialidade do profissional da comunicação, e sobre o processo de produção da notícia afirma que “as diferenças mais evidentes, ligadas sobretudo à coloração política dos jornais, ocultam semelhanças profundas, ligadas em especial às restrições impostas pelas fontes e por toda uma série de mecanismos, dos quais o mais importante é a lógica da concorrência”

É fundamental a ponderação. Assim como, então, delimitar sob qual ângulo quer-se entender a liberdade de imprensa. A defesa dessa liberdade como um direito individual que identifica-a com a não intervenção do Estado, como em Bobbio (2010), é apenas uma face possível. Autores como Owen Fiss (2005), de outro modo, partem do pressuposto de que a liberdade de imprensa plena depende de acesso aos meios de comunicação e, se apenas alguns grupos têm esse acesso¹, ela não é efetiva.

O constituinte brasileiro, nos parece, filia-se a corrente de que a não intervenção estatal não basta para o pleno exercício da liberdade de imprensa. Isto, pois, da mesma maneira que reconhece a liberdade frente à censura prévia² garante balizas para que ocorra o equilíbrio. Uma das previsões, em particular, mais nos interessa. É a do Art. 224, que prevê a criação do Conselho de Comunicação Social.

A seguir, tendo em vista as configurações apresentadas com base na teoria de Pierre Boudieu e as disposições constitucionais sobre o tema, analisaremos as lutas por capitais simbólicos a partir do histórico de criação do Conselho de Comunicação Social no Brasil.

3. UMA VISÃO BOURDIEUSIANA DO CONSELHO DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

O Conselho de Comunicação Social (CCS) está previsto na Constituição Federal de 1988 no artigo 224 que afirma que “Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de

¹ Liberdade garantida especialmente no Art. 220 da CF/88

² As atribuições previstas para o Conselho de Comunicação estão no artigo 2º da Lei 8.389/91.

Comunicação Social, na forma da lei”. Apesar da norma, o processo histórico de implantação do Conselho mostra-se cheio de entraves. Regulamentado em 1991, só foi efetivamente implantado em 2002, funcionando até 2006. Após cinco anos de inatividade, em agosto de 2012 o Conselho volta a se reunir. Todo esse processo que dispõe sobre o campo da comunicação permeia-se com diversos outros campos, mostrando também o jogo de forças entre os agentes sociais do próprio campo da comunicação. É o que veremos a seguir.

A própria inserção do artigo 224 na CF/88 já gerou controvérsias. Durante a Assembleia Constituinte a proposta da criação do conselho dividiu o debate em dois grupos. (SIMS, 2010). O primeiro, representado pela Federação Nacional dos Jornalistas (Fenaj) em aliança com a base progressista dos parlamentares, defendia a existência de um Conselho Nacional de Comunicação que fosse “um órgão coletivo, autônomo, com atribuições executivas, e composto, na sua maioria, por representantes de entidades de trabalhadores e da sociedade civil.” (JAMBEIRO, 2000, p.83) e ainda “a exploração dos serviços de rádio e TV deveria ser feita por fundações sem fins lucrativo” (JAMBEIRO, 2001, p. 146).

De outro lado, a Associação Brasileira das Emissoras de Rádio e Televisão (Abert) unida aos parlamentares do centro. Defendiam apenas que “a radiofusão deveria ser controlada pelo poder Executivo e explorada pela iniciativa privada ” (JAMBEIRO, 2000, p. 83).

No que tange a exploração dos serviços, o constituinte decidiu que deveria ser feita por entidades privadas, públicas e estatais, cedendo à pressão do grupo liderado pelo empresariado da comunicação. As concessões, entretanto, deveriam também ser aprovadas pelo Congresso Nacional, prevendo, assim, a participação do legislativo no processo. (JAMBEIRO, 2000, p. 83).

Já a criação de um Conselho de Comunicação não estava nos planos e pretensões da Abert e dos parlamentares do centro. Assim, para que sua previsão pudesse ser aprovada, o molde apresentado pelos jornalistas teve de ser alterado. Ao invés um órgão autônomo com atribuições executivas, o Conselho de Comunicação foi inserido no interior do Congresso Nacional e como órgão consultivo. (SIMS, 2010).

Com a previsão constitucional para a criação do Conselho de Comunicação, era preciso um dispositivo que o regulamentasse. Ele veio três anos depois com a lei 8.389/91 que instituiu o Conselho de Comunicação Social. Ficou decidido que suas atribuições¹ seriam as de realizar estudos, pareceres, recomendações e outras solicitações encaminhadas pelo Congresso Nacional. Trataria em especial de temas como liberdade de manifestação de pensamento, programação das emissoras, monopólios e oligopólios dos meios de comunicação, outorga e renovação de concessão, entre outros.

A forma de representação do Conselho também estava previsto na Lei. Estariam representadas com um membro cada, as empresas de rádio, TV, e da imprensa escrita e das categorias profissionais dos jornalistas, radialistas, artistas e profissionais de cinema e vídeo. Além de um engenheiro com notórios em

¹ Art. 4º O Conselho de Comunicação Social compõe-se de: I - um representante das empresas de rádio; II - um representante das empresas de televisão; III - um representante de empresas da imprensa escrita; IV - um engenheiro com notórios conhecimentos na área de comunicação social; V - um representante da categoria profissional dos jornalistas; VI - um representante da categoria profissional dos radialistas; VII - um representante da categoria profissional dos artistas; VIII - um representante das categorias profissionais de cinema e vídeo; IX - cinco membros representantes da sociedade civil.

conhecimentos na área de comunicação social e cinco membros representantes da sociedade civil¹.

Verifica-se que estão aí incluídos os agentes sociais que identificamos anteriormente fazer parte do campo da comunicação: profissionais da comunicação e as empresas de comunicação. No entanto, ficou excluído os professores e estudantes de comunicação.

Outra crítica bastante contundente à representação do conselho diz respeito a não contemplação dos membros do executivo e do legislativo (SIMS, 2010). Apesar de afirmarmos sempre pela autonomia do campo, na prática, a presença, por exemplo, do executivo seria importante tanto para implementar as políticas como para fiscalizar o cumprimento da legislação (SIMS, 2010). É o que afirma o Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação² sobre o assunto:

“Observe-se que, no caso dos pareceres aos regulamentos e normas, o Ministério das Comunicações não ouvirá o Congresso, mas sim o Conselho, isto é, os setores da sociedade representados no Conselho. Este, por sua vez, não impõe uma subordinação indevida entre o Executivo e o Congresso, pois o enlace é político e não

¹ O Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação foi criado em julho de 1991 como movimento social e transformado em entidade em 1995, enfrenta os problemas da área das comunicações no Brasil.

² Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2011, mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pesquisadora do Grupo de Estudos Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica. Bolsista CAPES. E-mail: samantha.rt@hotmail.com.

administrativo. O que foi criado é uma nova modalidade de relação entre o Estado e a sociedade, sem dúvida, estranha à tradição republicana” (BOLETIM, 1995, p. 5)

Para o Fórum, o Conselho de Comunicação Social deve ser um espaço institucional em que haja o debate sobre a comunicação, com o objetivo de romper com o “circuito restrito aos bastidores do Executivo e acessível apenas ao empresariado de comunicação e alguns parlamentares”. (BOLETIM, 19995, p.3). Deste modo, reconhece-se como o campo da comunicação estava nas mãos do campo político, econômico e dos agentes dominantes, empresários da comunicação. O Conselho de Comunicação Social, era visto como um passo nesta luta entre dominantes e dominados e entre campos.

A regulamentação do Conselho veio em 1991, no entanto sua efetiva instalação só foi possível em 2002. Sims (2010) faz uma análise e elenca alguns motivos para a demora que nos ajuda a entender como o campo da comunicação se estrutura. A grande dificuldade veio por parte do Executivo e de segmentos do empresariado, ávidos pelo não incentivo a novos competidores pelas concessões e de resistência por parte do legislativo com divergência quanto às entidades que formariam o Conselho.

Outro motivo apresentado diz respeito também à disputa de poderes com o trabalho desenvolvido pelas Comissões Técnicas do Congresso nacional, em especial, a Comissão de Educação (SF) e Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática (CD), dado significativo, pois “a composição do conselho não somava com a representação da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal” (SIMS, 2010). Apesar das dificuldades, em maio de 2002, foi eleito com chapa única e completa, os integrantes do Conselho de Comunicação Social (anexo 1). Vale o registro de que os

representantes da radiodifusão comunitária (Abraço) e dos estudantes de comunicação social (Enecos) ficaram de fora.

Apesar de todas as limitações, a primeira gestão do CCS produziu relatórios bem fundamentados sobre concentração da propriedade dos meios e a respeito da digitalização (COSTA, 2008). No entanto, o segundo mandato, a partir de 2005, foi responsável por esvaziar o órgão. Em 2007 o Conselho de Comunicação não se reuniu e no ano seguinte os integrantes da mesa nem foram indicados.

Depois de anos paralisado, o CCS foi reativado em oito de agosto deste ano (2012). Cumprindo o regulamento, que prevê que no final de cada dois anos a presidência do Senado deve indicar os novos integrantes do CCS, o Congresso Nacional elegeu os novos membros (anexo 2).

A nova gestão já iniciou os trabalhos com críticas. Ocorre que sob o comando da deputada Luiza Erundina, foi organizada no Congresso Nacional uma Frente que indicou sete nomes para ocupar as cinco vagas de representantes da sociedade civil, resultado de consulta realizada com mais de 200 deputados e 105 entidades. A iniciativa foi ignorada pela presidência do Senado. A Frentecom e o Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação emitiram notas públicas questionando as eleições dos novos membros do CCS e também a escolha de Dom Orani João Tempesta, arcebispo do Rio de Janeiro, para figurar como presidente do Conselho de Comunicação Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ficou exposto durante toda a narrativa que, apesar de autônomo, o campo da comunicação sofre inúmeras influências, em especial econômicas e políticas. Isto se reflete no processo de criação e implantação do CCS, cheio de barreiras e entraves. Fica-nos então, o questionamento sobre a possibilidade do Conselho vingar e realmente ser efetivo na luta por uma comunicação mais democrática.

Como nos afirma Dines (2008), o CCS é útil e tem condições e de se transformar num instrumento decisivo para provocar e subsidiar os debates relativos aos meios de comunicação. É preciso, então, que os dominados do campo, permaneçam nessa luta constante pelo acúmulo de capital para que tenham cada vez mais força e poder dentro do campo da comunicação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRAGA, José Luiz. *Constituição do Campo da Comunicação*. Rio Grande do Sul, 2011.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 2ª edição, São Paulo, 2009.

BONNEWITZ, Patrice. *Primeiras lições sobre a sociologia de Pierre Bourdieu*. Petrópolis. Vozes, 2005

BOURDIEU, Pierre. *Sobre a Televisão*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. Ed. 1997.

CONCESSÕES DE RÁDIO E TV: ONDE A DEMOCRACIA AINDA NÃO CHEGOU. Intervozes, 2007

COSTA, Henrique. “Criação do CCS reflete força dos empresários na Constituinte”. Observatório do Direito à Comunicação, 2008. disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/novo/content.php?option=com._content&task=view&id=4108> Acesso em: 18.11.2012

DA SILVA, José Otacílio. *As contribuições de Pierre Bourdieu para a análise do discurso político*. Curitiba, 2011.

DE LIMA, Venício. *Movimentos Sociais excluídos, parlamentares ignorados*. Observatório da Imprensa. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed704_movimentos_sociais_excluidos_parlamentares_ignorados> Acesso em: 14.11.2012.

DINIZ, Lilia. *A volta do Conselho de Comunicação Social*. Observatório da Imprensa 2012. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_volta_do_conselho_de_comunicacao_social> Acesso em: 15.11.2012

DIRCEU, José. SIP e os cartéis midiáticos. *Portal Vermelho*, São Paulo, 19 out. 2012. Disponível em:

<[HTTP://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=6id_12](http://www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=6id_12)>. Acesso em: 5 nov. 2012.

FISS, Owen. *Ironias da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Renovar, 2005.

FONSECA, F. *Mídia, poder e democracia: teoria e prática dos meios de comunicação*. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº6, jul/dez 2011.

JAMBEIRO, Othon. *Regulando a TV: uma visão comparativa no Mercosul*. Salvador, EduFBA. 2000.

_____. *A TV no Brasil do século XX*. Salvador, Edufba. 2001

GIRARDI JR, Liráucio. *Pierre Bourdieu: Questões de Sociologia e Comunicação*. São Paulo, Annablume, Fapesp, 2007.

SIMS, Anita. *Conselho de comunicação social: uma válvula para o diálogo ou para o silêncio?* *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº72, fev 2010.

TAVARES, ROGÉRIO FARIAS. *Direito à comunicação: Onde está a Comunicação Social na Constituição*. Disponível em:

<http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/onde_esta_a_comunicacao_social_na_constituicao>. Acesso em: 18 de maio 2012

TRAQUINA, Nelson. *Teorias do Jornalismo*. Florianópolis, Insular, 2004

VIEIRA, Vilson. *Oligopólio na comunicação: um Brasil de poucos*. 2010. Disponível em:

<http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=docview&gid=342&Itemid=99999999>. Acesso em 9 nov. 2012.

Anexo 1

Tabela 1

Lei nº 8.389/91, art. 4º	Titulares	Suplentes	Entidades que indicam titular/suplente
Representante das empresas de rádio (inciso I)	Paulo Machado de Carvalho Neto	Emanuel Soares Carneiro	Abert/Entidades Estaduais de Rádio e TV/Rádio Itatiaia
Representante das empresas de televisão (inciso II)	Roberto Wagner Monteiro	Flávio de Castro Martinez	Abratel
Representante de empresas da imprensa escrita (inciso III)	Paulo Cabral de Araújo	Carlos Roberto Berlink	ANJ/Aner
Engenheiro com notório conhecimento na área de comunicação social (inciso IV)	Fernando Bittencourt	Miguel Cipolla Jr.	SET
Representante da categoria profissional dos jornalistas (inciso V)	Daniel Koslowsky Herz	Frederico Barbosa Ghedini	Fenaj
Representante da categoria profissional dos radialistas (inciso VI)	Francisco Pereira da Silva	Orlando José Ferreira Guilhon	Fitert
Representante da categoria profissional dos jornalistas (inciso V)	Daniel Koslowsky Herz	Frederico Barbosa Ghedini	Fenaj
Representante da categoria profissional dos radialistas (inciso VI)	Francisco Pereira da Silva	Orlando José Ferreira Guilhon	Fitert
Representante da categoria profissional dos artistas (inciso VII)	Berenice Isabel Mendes Bezerra	Stepan Nercessian	Aneate
Representante das categorias profissionais de cinema e vídeo (inciso VIII)	Geraldo Pereira dos Santos	Antônio Ferreira de Sousa Filho	STI – Síndicine
Representante da sociedade civil (inciso IX)	José Paulo Cavalcanti Filho (jurista com experiência em questões de direito da comunicação eleito presidente do Conselho)	Manuel Alceu Affonso Ferreira	
Representante da sociedade civil (inciso IX)	Alberto Dines	Antônio de Pádua Teles de Carvalho	ABI
Representante da sociedade civil (inciso IX)	Jayne Sirotsky	Jorge da Cunha Lima	Abert; RBS/Emissoras Públicas, Educativas e Culturais
Representante da sociedade civil (inciso IX)	Carlos Chagas	Regina Dalva Festa	Jornais: OESP, O Estado de Minas, Correio Brasiliense; Entidades Estaduais de Rádio e TV/Andi, Jornal FSP, Seinesp; UOL
Representante da sociedade civil (inciso IX)	Ricardo Moretzsohn	Assuncão Hernandez	CFP Congresso Brasileiro

Fonte: Disponível em <http://www.senado.gov.br/web/comissoes/CCS/Composicao.pdf>

Anexo 2: Disponível em:

http://www.direitoacomunicacao.org.br/content.php?option=com_content&task=view&id=923

CONSTRUÇÃO E

CADEIRA	TITULARES	SUPLENTE
Representante das empresas de rádio	WALTER VIEIRA CENEVIVA Grupo Bandeirantes	DANIEL PIMENTEL SLAVIERO Ex-presidente da ABERT
Representante das empresas de televisão	GILBERTO CARLOS LEIFERT Rede Globo	MÁRCIO NOVAES Rede Record
Representante de empresas da imprensa escrita	ALEXANDRE KRUEL JOBIM Grupo RBS	LOURIVAL SANTOS Representante da ANER
Engenheiro com notório conhecimento na área de comunicação social	ROBERTO FRANCO SBT	LILIANA NAKONECHNYJ Rede Globo
Representante da categoria profissional dos jornalistas	CELSO AUGUSTO SCHRÖDER Fenaj	MARIA JOSÉ BRAGA Fenaj
Representante da categoria profissional dos radialistas	JOSÉ CATARINO NASCIMENTO Sindicato dos Radialistas de MG	EURÍPEDES C. CONCEIÇÃO Federação dos Radialistas - Fitert
Representante da categoria profissional dos artistas	JORGE COUTINHO Sindicato dos Artistas do Rio de Janeiro	MÁRIO MARCELO Sindicato dos Artistas do Rio de Janeiro
Representante das categorias profissionais de cinema e vídeo	LUIZ ANTONIO G. DA ROCHA E SILVA Sindicato Interestadual dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica e do Audiovisual	PEDRO PABLO LAZZARINI Sindicato Interestadual dos Trabalhadores na Indústria Cinematográfica e do Audiovisual
Representante da sociedade civil	MIGUEL ANGELO CANÇADO Conselho Federal OAB	WRANA PANIZZI Ex-reitora UFRGS
Representante da sociedade civil	DOM ORANI JOÃO TEMPESTA Arcebispo do Rio de Janeiro	PEDRO ROGÉRIO COUTO MOREIRA Jornalista e membro da Academia Mineira de Letras
Representante da sociedade civil	RONALDO LEMOS Professor da FGV-RJ	JUCA FERREIRA Ex-ministro da Cultura
Representante da sociedade civil	JOÃO MONTEIRO FILHO Radiodifusor - Rede Vida de TV	JOSÉ VITOR CASTIEL Ator - Rede Globo
Representante da sociedade civil	FERNANDO CESAR MESQUITA Ex-diretor de Comunicação do Senado Federal	LEONARDO PETRELLI Radiodifusor - Rede Independente de Comunicação PR

ALTERNATIVAS À CRISE SOCIOAMBIENTAL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA SOCIEDADE DE RISCO

Samantha Ribas Teixeira¹

Diogo Andreola Serraglio²

RESUMO

O presente artigo tem encaixe na teoria proposta pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, qual seja, a da Sociedade Global de Risco. Segundo aponta o estudioso, esta formação social é forjada a partir do advento da Revolução Industrial e caminha em direção à sociedade hodierna, principalmente através da produção de riscos concretos e abstratos advindos, principalmente, da busca frenética por avanços tecnocientíficos e cujas principais características são a invisibilidade, a imprevisibilidade, a incontabilidade, a transtemporalidade e a sua tendência a ignorar fronteiras políticas ou sociais, atingindo a todos de forma equânime. Os riscos, porém, são apenas uma das facetas da referida sociedade, sendo que outra característica importante é a chamada “irresponsabilidade organizada”, fenômeno delimitado pelo autor como sendo o ocultamento e o esquivamento de responsabilidade pelos riscos produzidos, tanto por

¹ . Advogado. Mestrando em Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), pesquisador do Grupo de Estudos Meio Ambiente: sociedades tradicionais e sociedade hegemônica. Bolsista CAPES. E-mail: diogo@santossilveiro.com.br.

² CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 28 e 29.

aqueles que efetivamente o originaram quanto pelo Estado. Neste âmbito surge e assenta-se a atual crise socioambiental, caracterizada tanto por grandes problemas ambientais como por graves questões sociais, ambos derivados do referido contexto e de um ciclo de retroalimentação. Caracterizada a crise, sua origem e base, vislumbra-se que para solucionar a questão resta necessário romper com o paradigma desta Sociedade de Risco. Com este intuito volta-se para aquilo que Beck chama de Modernização Reflexiva, um processo de autoconfrontação das premissas básicas formadoras desta sociedade passível de romper com sua estrutura e lógica. Rompido o paradigma, extingue-se também a fonte e a base da crise socioambiental, ocasionando a possibilidade de sua resolução e, conseqüentemente, a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ditado pela CF/88. São objetivos deste trabalho: Caracterizar o contexto da Sociedade de Risco como ensejador e perpetuador da crise socioambiental vivida hodiernamente; Analisar no que consistiria e quais as características da referida crise; Estudar o rompimento do paradigma da Sociedade de Risco através da chamada “Modernização Reflexiva” como possibilidade para a resolução da crise apontada, através do colapso das premissas que a embasam. Nesta pesquisa, o método de abordagem é dedutivo, o método de procedimento é monográfico e as técnicas de pesquisa são a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: *Sociedade de Risco. Crise Socioambiental. Meio ambiente equilibrado.*

ABSTRACT

The present article claims as base the Global Risk Society theory developed Ulrich Beck. This german sociologist claims that this social formation has been forged from the advent of the Industrial Revolution and ever since has walked a long path towards

the present society, specially through the profuse production of concrete and abstract risks mainly arising from the unbound search for new technical-scientific achievements and which main characteristics are its invisibility, unpredictability, uncontrollability, where as its capacity of cheating time predictions and the inconvenient tendency of disrespecting political and social borders when it comes to showing its effects. The risks, however, are only one of many sides to the referred social formation, it being that another important characteristic is the so called “organized irresponsibility”, a phenomenon explained by Ulrich Beck as the concealment of risks and the dodging of responsibility for them, not only by the parties who actually produced them but also by the Government. In this scope arises and settles the present social-environmental crisis, characterized by great environmental and social issues, both born from the social context presented but also maintained by a mutual feedback process. Stabilised the knowledge of the crisis, as well as its origin and bases, it is possible to see that in order to solve the puzzle involving the social and environmental issue it is first necessary to extinguish the paradigm where it settles – the Risk Society. With that in mind this project turns to that which Ulrich Beck calls Reflexive Modernization, a reflexive confrontation process of the basic premisses surrounding this social formation capable of breaking with its structure and logic. Once extinguished the mentioned paradigm, the source of the social-environmental crisis will ultimately crumble alongsides with it, opening to the opportunity not only of its resolution, but to the effectuation of the constitutional right to a balanced and healthy environment. The goals of this project are: The characterization of the Risk Society as the main cause and base to the present social-environmental crisis; Analyze the characteristics of the mentioned crisis; Study the possibility of the extinguishment of the Risk Society through Reflexive Modernization as a path to the resolution of the social-environmental crisis through the collapse of the premisses that support it. To

accomplish the proposed research the chosen method is the deductive, the procedure method is the monographic and the research techniques are documental and bibliographic.

Keywords: *Risk Society. Social and Environmental Crisis. Balanced environment.*

INTRODUÇÃO

A Sociedade do Risco, formulada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck no âmbito do pós Segunda Guerra Mundial, caracteriza a formação social subsequente àquela forjada pela Revolução Industrial como sendo uma sociedade em crise com relação às suas próprias bases e certezas, cuja grande consequência é a produção de riscos abstratos, estes invisíveis, imprevisíveis, incontrolláveis, não somente para a população em geral, mas também para aqueles que fomentaram todo o processo de industrialização e avanços tecnológicos, a comunidade científica, gerando grandes incertezas quanto à própria essência da formação social.¹

Tais riscos caracterizam-se, também, por serem transfronteiriços, pois afetam a todas as pessoas no globo terrestre independente do local em que foram produzidos, e por acarretarem um descompasso entre a sociedade e o Estado, uma vez que este ao ser questionado e cobrado pela população por resoluções para estas incertezas o faz de forma retórica internalizando as questões em sua legislação sem, no entanto, ter qualquer pretensão de que produza efeitos práticos, não somente por ser incapaz de oferecê-las, mas, também, para manter o *status quo*. A crise socioambiental experienciada atualmente, caracterizada ao mesmo tempo por grandes problemas na esfera ambiental (degradação, exploração excessiva, poluição, dentre outros) e por graves questões sociais (miséria, desigualdade social, dentre outros) os quais são intimamente ligados e passam por um processo de retroalimentação e fomento das suas

¹ LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 18.

crises, é, ao mesmo tempo, gerada no âmbito do desenvolvimento desta Sociedade de Risco e fomentada, perpetuada, por ela.¹

A fim de dar contas à necessidade de se romper com os paradigmas que permeiam a modernidade, caracterizada pela industrialização acelerada, e, conseqüentemente, encontrar alternativas que respondam à crise socioambiental, faz-se necessário uma breve análise da chamada “Modernização Reflexiva”, teorizada pelo pesquisador Ulrich Beck. Verificar-se-á que a (auto)destruição criativa de toda uma era mostra-se imprescindível para que esta crise seja devidamente contornada. Dentro dela, a elaboração de mecanismos que possibilitem a participação pública torna-se crucial não apenas para possibilitar o retorno do indivíduo na tomada de decisões, mas principalmente promover o surgimento de uma pós-modernidade livre de ameaças e incertezas.

1. A SOCIEDADE DE RISCO E A CONSTRUÇÃO DA ATUAL CRISE SOCIOAMBIENTAL

1.1. A Sociedade de Risco

Ao tecer a Teoria da Sociedade de Risco, o sociólogo Ulrich Beck aponta a sua base como sendo a lógica industrial capitalista inaugurada a partir do século XVI, cujo principal marco histórico seria a Revolução Industrial inglesa.

O período que sucede tal marco, o qual Beck denomina de Primeira Modernidade, é caracterizado por uma industrialização muito rápida, visando o comércio e o lucro, pela qual explorava-se sem pudores tanto o meio ambiente quanto

¹ . ROSSA, Thiago M. **O grau de compatibilidade o meio ambiente com o Direito penal na sociedade do risco analisando sob a tensão entre os princípios da intervenção mínima e da precaução.** Dissertação para obtenção de título de Mestre, UFPR, Curitiba, 2010 . Pg. 12.

o próprio homem para obter os recursos necessários para atingir tais fins². Outro ponto importante a destacar é que a confiança da sociedade na ciência era absoluta, principalmente no que tange ao oferecimento de respostas acertadas e de aplicabilidade universal, ofuscando e tomando o papel antes conferido à religião. Assim, o brusco avançar tecnológico e científico, sem freios ou qualquer consideração pelo trabalho humano e pelo meio ambiente que padeciam pelo caminho, detinha respaldo tanto na racionalidade da lucratividade própria do capitalismo quanto da comunidade científica.³

A conjunção de tais fatores, porém, ensejaram a criação de riscos concretos, ou chamados de “fabricados”, caracterizados por sua previsibilidade e, dentro do possível, da sua controlabilidade, normalmente gerador de danos de efeito meramente local.⁴ Apesar de estes riscos serem, na maior parte das vezes, visíveis aos seus produtores, sua existência não era tida como relevante frente ao desenvolvimento industrial e científico que determinado produto representava ou o lucro passível de ser obtido com a sua comercialização.⁵ Riscos concretos eram tidos como nada mais do

² . AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade do risco.** São Paulo: IBDCRIM, 2007. Pg. 76/77.

³ . MACHADO, Fernando Buzza. **Direito Penal e Sociedade do Risco.** Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à PUCPR para obter o título de bacharêu em Direito. Curitiba, 2008. Pg 10.

⁴ . CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** 01º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Pg. 01.

⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental.** 01º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. Pg. 02.

que obscuros efeitos colaterais do (necessário) desenvolvimento econômico, científico e industrial.¹

Sobre o tema, Fabio Roberto D'AVILA aponta:

*A incessante e desenfreada busca pelo aperfeiçoamento e incremento da tecnologia, bem como das técnicas e métodos da produção industrial, fez com que na Modernidade Linear, além da produção industrial e tecnológica, propriamente ditas, se produzisse também riscos para a sociedade. Todavia, nesse momento, essa produção de riscos não era acompanhada de reflexões acerca das razões de tais riscos. Nem mesmo se cuidava da estruturação de caminhos e soluções para tais riscos que emergiam do andar da carruagem industrial e capitalista. Em suma, os efeitos colaterais da lógica produtiva do capitalismo não era a grande preocupação do homem na Primeira Modernidade.*²

¹ . D'AVILA, Fabio Roberto. **A crise da modernidade e as suas Consequências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)**. Mundo Jurídico. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70 Acesso em 25/07/2012, às 17:50. Pg 02.

² . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.132.

O cenário caracterizado na Primeira Modernidade é coeso. Todos os agentes que corroboram para a sua existência e manutenção o fazem de forma uníssona e integrada – existe uma sociedade em moldes propícios a qual abarca uma produção e um desenvolvimento industrial da forma como ocorreu.³

Porém, com as rápidas mudanças ocorridas no seio da sociedade, principalmente ocasionados pela já citada busca desenfreada por avanços tecnológicos, mas, também, por marcantes acontecimentos históricos (como é o caso das grandes guerras mundiais) e modificações estruturais no âmbito social (como a relativização dos papéis desempenhados por cada sexo no contexto familiar), ocorre uma modificação interna no âmbito da referida sociedade, ocasionando aquilo que Beck chama de “*produção industrial sem uma sociedade industrial*”.⁴ Começam a emergir incertezas e atritos.

Vide que tal transição não se dá com base nas falhas da Primeira Modernidade, muito menos em sua derrocada, mas, sim, das consequências aparentes da vitória desta em todas as suas metas e o atingimento total do estipulado por suas premissas básicas. O que ocorre é, justamente, a visualização dos efeitos e o agravamento dos riscos.

No contexto deste descompasso é que Beck aponta a transição desta Primeira para uma Segunda Modernidade, ou o que chama de Modernidade Avançada, cuja principal característica é o surgimento de novos tipos de risco (ambientais, sociais, econômicos, dentre tantos outros), além daqueles já conhecidos como “concretos”,

³ . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.135.

⁴ . BECK, Ulrich. **Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society**. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995. Pg.134.

denominados “riscos abstratos”.¹ Estes novos riscos, diferente daqueles que já existiam, são invisíveis, imprevisíveis, incalculáveis, transtemporais e transfronteiriços.² Ou seja, são riscos que não podem ser previstos nem por aqueles que eventualmente os estejam produzindo, que não podem ser percebidos pela sociedade ou pelos entes governamentais, cuja dimensão de danos possivelmente causados não é possível de ser mensurado e, quando ou se o dano vier a ocorrer os efeitos não são passíveis de controle, além de não obedecerem a fronteiras ou a limites temporais que estabeleçam um momento em que a humanidade estará livre de quaisquer danos decorrentes de um risco abstrato específico. São riscos que se tornarem-se danos reais colocam a própria sobrevivência humana em debate, mas, ao mesmo tempo, são apenas expectativas de danos, existindo apenas em um possível futuro que no presente é impossível de vislumbrar ou proteger³ – este é o cerne da angústia. Um bom exemplo de um risco abstrato que se transformou em uma ameaça real e de grandes proporções é a Encefalopatia Espongiforme Bovina, mais conhecida como Doença da Vaca Louca.

O que se pode ver, portanto, é a grande crise de certezas que esta Segunda Modernidade traz. A ciência já não detém todas as respostas e não goza mais da

confiança absoluta que antes lhe era conferida. A indústria não é confiável naquilo que produz, ou o Estado é eficaz em proteger seus cidadãos de possíveis danos e da produção de riscos em si. Segundo aponta Ulrich Beck, uma sociedade passa a ser uma Sociedade de Risco quando, no âmbito da Segunda Modernidade, vive-se em torno e em prol do risco, sendo que a incerteza oriunda deste passa a fazer parte do cotidiano.⁴

Resta apontar que uma importante facetas da referida formação social do Risco, principalmente no que tange à configuração de uma crise socioambiental assentada nestas bases, é aquilo que Beck chama de “irresponsabilidade organizada”.⁵ Tal fenômeno remete ao ocultamento da produção e da existência de riscos (concretos e abstratos) da população em prol da manutenção da produção industrial e do consumo nos padrões considerados adequados, senão necessários, para a auferição de lucro e o crescimento econômico. Quando o ocultamento já não é suficiente frente à visibilidade que um risco toma quando o dano decorrente dele emerge, a “irresponsabilidade organizada” também está presente no sistemático esquívamento de responsabilização por todas as partes envolvidas tanto na produção do risco quanto na sua transformação em dano – inclusive o Estado.⁶

¹ . CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. Pg. 30.

² . CALLEGARI, André Luís. **Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010. Pg. 30.

³ . LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pg. 18.

⁴ . LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. **A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco**. Disponível em:

[Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392)

5. Acesso em 20/08/2012.

⁵ . LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. **A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco**. Disponível em:

[Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/1392)

5. Acesso em 20/08/2012.

⁶ . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 91/105.

A população, em gênero, é mantida ignorante da possível produção de riscos, os quais são passíveis de colocar a sua sobrevivência em sério risco, e assim é tolhida da possibilidade de participar do processo decisório prévio à sua exposição a eles, e, em última instância, de atuar de forma concomitante com o Poder Público na proteção e efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme determinou a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225º ao prever a responsabilidade compartilhada entre ambos com o fim de preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Dado o exposto, dessume-se que dadas às bases postas pela realidade da Sociedade de Risco, a crise socioambiental vivenciada atualmente nada mais é do que a consequência de suas premissas, tanto no que tange à sua origem quanto à sua perpetuação, conforme se verá a seguir.

1.2. Construção de uma Crise Socioambiental a partir da Teoria da Sociedade de Risco

A partir do contexto acima exposto, infere-se que a realidade social hodierna, claramente caracterizada como sendo aquela da Sociedade (Industrial) de Risco, embasa e fomenta aquilo que hoje se compreende como sendo uma crise socioambiental.

Para adentrar o tema e justificar tal afirmativa, no entanto, resta necessário precipuamente delimitar no que consistiria esta chamada crise.

Segundo aponta José Eli da Veiga, ao se falar em “socioambientalismo” visa-se demonstrar a relação de dependência que existe entre as esferas social e ambiental,

principalmente a relação de dependência que as permeia e as vincula, tornando impossível pensar em qualquer uma delas de forma separada da outra.¹

Nestes termos, descreve:

O termo socioambiental aponta para o fenômeno: a inevitável necessidade de procurar compatibilizar as atividades humanas em geral – e o crescimento econômico em particular – com a manutenção de suas bases naturais, particularmente com a conservação ecossistêmica. [...] A questão básica da relação socioambiental está na maneira de se entender as mudanças sociais, que jamais podem ser separadas das mudanças da relação humana com o resto da natureza.²

Versando acerca do meio ambiente e visando a sua proteção, o Relatório Nosso Futuro Comum, de 1987, remete de forma clara àquilo que chamamos de uma questão socioambiental, ao declarar que os problemas ambientais, principalmente com relação à sua exploração e degradação extrema promovida por alguns poucos países do globo, são umbilicalmente conectados à desigualdade social e à situação de miséria em que se encontra grande parcela da população mundial, e que ambos os problemas

¹ . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 102/103.

² . FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET; Ingo W. (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 15.

devem ser atacados simultaneamente para se chegar a qualquer resultado satisfatório para qualquer das duas searas.¹

Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer versando acerca da referida crise conceituam-na apontando que esta consistiria na agenda comum entre importantes problemas ambientais, os quais colocam a existência da vida no planeta em xeque, e grandes problemas sociais, vinculados à ideia de pobreza extrema, miséria e grave desigualdade social. Demonstram, ainda, como a crise nestas searas fomentam-se mutuamente, já que pessoas paupérrimas estão sempre mais preocupadas em sobreviver à fome do que preservar a mata próxima à sua casa, mesmo que com isso acabe por condenar a si mesmo a morte à longo prazo.²

Assim, deduz-se que a chamada crise socioambiental pode ser compreendida como aquela na qual existe uma crise ambiental concomitante e intrinsecamente vinculada a uma crise em âmbito social, existindo, inclusive, um processo de retroalimentação entre elas.

Isto posto, vale apontar que é possível dizer, e assim adotando uma vertente ideológica holística, segundo a qual todas as coisas no mundo estariam intrinsecamente vinculadas entre si, que qualquer desequilíbrio promovido em algum componente desta enorme “teia” determinará efeitos e medidas naturais de contrapeso para que o sistema como um todo reencontre seu equilíbrio³. Aqui, quando se fala em

uma crise socioambiental, resta claro que estando estes dois setores do todo sendo violados a “teia” da qual somos todos parte sofre e os efeitos são sentidos pela totalidade de seus componentes.⁴

O que se entrevê, no entanto, é que entre estas duas esferas em específico, quais sejam, a ambiental e a social, existe uma relação de interdependência profunda e diferenciada de causa e efeito na qual a existência de uma delas fomenta e perpetua a outra, justificando apontar a crise vivenciada em cada uma delas de forma única e indivisível.⁵

A realidade social dada pela Sociedade de Risco promove a formação de tal crise através da própria lógica industrial capitalista que lhe deu origem, cuja racionalidade voltada para a acumulação, lucro e sempre crescentes índices de crescimento econômico não vislumbra a possibilidade de deixar de produzir aquilo que se considera “efeitos colaterais do desenvolvimento” ou de cessar a busca frenética por avanços tecno-científicos, que são justamente onde estão assentados os pilares dos problemas ambientais e populacionais dentro do contexto da sociedade de risco⁶. A perpetuação desta crise ocorre justamente em torno da ideia já apontada de

Matheus A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 125.

⁴ . VEIGA, José Eli da. **A Emergência Socioambiental**. São Paulo: SENAC, 2007. p. 93.

⁵ . FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus A. **Repensando o Estado de Direito Ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. p. 127.

⁶ . LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade do Risco**. 2º edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. Pg. 18.

¹ . FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo W. (Org.). **Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 17.

² . CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 48.

³ . FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO,

“irresponsabilidade organizada”, fenômeno este que inviabiliza qualquer ação, que não seja meramente retórica, a fim de intentar em resolver o problema¹.

Conclui-se, portanto, que para intentar em solucionar esta questão, que hoje assola a população mundial, é preciso, primeiro, romper com o paradigma da Sociedade de Risco, posto que é esta que embasa e fomenta a continuidade dela. Uma vez havida a alteração de paradigmas, as premissas da realidade social serão também modificados, e será possível que uma nova forma de visualização e trato nos campos ambiental e social seja erigida.

2. ALTERNATIVAS PARA A CRISE SOCIOAMBIENTAL: A MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA.

Cumpre assinalar, inicialmente, que o avanço tecnológico ensejou impactos jamais sentidos pela natureza, uma vez que a incessante busca por matérias-primas com o intuito de promover o desenvolvimento econômico das nações acarretou na exploração desenfreada dos recursos oferecidos pelo meio ambiente. Inobstante a sociedade contemporânea alegue que a utilização de tais recursos seja imprescindível para a manutenção das condições de vida de sua população, questiona-se os benefícios que este modelo de desenvolvimento trará em longo prazo, isto é, “as ideias de tecnologia, de progresso, de crescimento e de desenvolvimento são, agora, afetadas por significações ambíguas e contraditórias”.²

¹ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 143.

² . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 146.

Em que pese as promessas da modernidade tenham sido vitoriosas no que tange o seu principal objetivo, qual seja, a industrialização, não restam dúvidas de que esta não se cumpriu no que se refere à proteção do meio ambiente, assim como no desenvolvimento social de uma grande parcela da população, visto que este processo beneficiou tão somente os interesses das nações hoje chamadas “industrializadas”, propiciando o surgimento de um ambiente de incertezas e ameaças globais.

Nesse lance, faz-se necessário mencionar a dificuldade de se reconhecer a existência de uma crise socioambiental, a qual se originou como consequência das relações entre o homem e a natureza. Nesse sentido,

[...] o nosso destino ecológico deveria conduzir os habitantes de um planeta limitado e desgastado a um sentimento de solidariedade próprio daqueles que estão num mesmo barco e predispor-los a subordinar todos os interesses divergentes ao interesse comum pela sobrevivência.

3

Diante das incertezas e ameaças produzidas pela industrialização no âmbito internacional, as quais podem levar à extinção da vida na Terra, surgem alternativas que se propõem a busca de soluções, sem, no entanto, quantificar as consequências que estas provocariam. Assim, indaga-se, desde logo, qual seria a melhor saída para a crise socioambiental diante dos riscos produzidos que ameaçam a sobrevivência do homem no planeta?

³ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 146.

Para que esta crise seja contornada, há que se falar na reestruturação ético-política das bases que sustentam a sociedade pós-moderna. Em síntese,

*[...] qualquer tentativa de resolver a crise ecológica planetária de forma racional (não ideológica) deve lidar, inicialmente, com a própria fundamentação do modelo de razão hegemônico da modernidade (técnico-científico), que adotou como válidas apenas as formulações teóricas isentas de valorações (neutralidade). O processo de redução do mundo a um objeto a ser conquistado pode ser identificado, no início, pela ruptura do paradigma medieval, onde a relação do homem com a natureza era de submissão e de respeito, e o surgimento do paradigma moderno, de base mecanicista e fragmentador, em que são dissipados os encantos e segredos do mundo natural.*¹

Desta forma, a elaboração de uma nova ética ambiental e o questionamento dos modelos de produção vigentes tornam-se imprescindíveis para que haja a quebra dos paradigmas impostos pela sociedade industrial, uma vez que “o desenvolvimento tecnológico, guiado pela racionalidade científica da modernidade, resultou numa situação em que não apenas uma comunidade local ou um grupo de indivíduos se acha

ameaçado, mas, na essência, toda humanidade está em perigo e confrontada por um desafio ético comum”.²

Ulrich Beck, teorizador da sociedade de risco, a fim de encontrar mecanismos capazes de equilibrar as incertezas e consequências oriundas da industrialização ao longo dos últimos séculos, propõe como alternativa a “Modernização Reflexiva”, isto é, “a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O “sujeito” dessa destruição não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental.”³

Haveria que se falar, em um primeiro momento, na desincorporação dos modos impostos pela sociedade industrial e, em um segundo momento, na sua reincorporação por uma nova modernidade, trazendo um novo dinamismo à sociedade industrial. Posto isso,

[...] supõe-se que a modernização reflexiva signifique uma mudança da sociedade industrial – ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início de uma modernização normal, autônoma, e com uma ordem política e econômica inalterada e intacta – implica a radicalização da modernidade, que vai invadir as

¹ . RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 147.

² . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 12.

³ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna**. São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 13.

*premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para outra modernidade.*¹

Neste momento, importante enfatizar o sentido do termo “reflexivo”, empregada pelo autor. Nota-se que este conceito não objetiva trazer a reflexão das conquistas proporcionadas pelo processo de industrialização, mas sim uma autoconfrontação das consequências que não eram inicialmente previstas, visto que “a transição do período industrial para o período de risco da modernidade ocorre de forma indesejada, despercebida e compulsiva no despertar do dinamismo autônomo da modernização, seguindo o padrão dos efeitos colaterais latentes”.² Em outras palavras, para que se encontrem soluções para a crise socioambiental, faz-se necessário, inicialmente, uma auto-reflexão do processo que levou à modernização.

Observa-se que a crise socioambiental não se restringe apenas ao esgotamento dos recursos naturais e suas mazelas, trata-se de uma crise institucional da industrialização. Assim, a saída encontrada por Beck se encontra na própria caracterização da sociedade de risco, ou seja, “a sociedade torna-se reflexiva (no sentido mais estrito da palavra), o que significa dizer que ela se torna um tema e um problema para ela própria”.³

¹ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 13.

² . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 19.

³ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 30.

Com vistas a adentrar em uma alternativa de fato, o pesquisador enfatiza a necessidade do retorno do indivíduo às questões políticas, rompendo com o que chama de “responsabilidades e hierarquias formais”⁴ e propiciando o surgimento de uma “subpolítica.” Corroborando o assunto,

*[...] subpolítica distingue-se da “política” porque se permite que os agentes externos ao sistema político ou corporativo apareçam no cenário do planejamento social (este grupo inclui os grupos profissionais e ocupacionais, a intelligentsia técnica nas fábricas, as instituições e o gerenciamento de pesquisa, trabalhadores especializados, iniciativas dos cidadãos, a esfera pública e assim por diante), e, em segundo, porque não somente os agentes sociais e coletivos, mas também os indivíduos, competem com este último e um com o outro pelo poder de conformação emergente do político.*⁵

Por tudo exposto, verifica-se que a pós-modernidade já caminha para uma modernização reflexiva com o intuito de romper com os seus paradigmas. Como exemplo, cai a lanço notar a importância da Convenção de Aarhus, assinado em 1998

⁴ . BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. **Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** São Paulo: Editora UNESP, 1997. p. 34.

⁵ . VALLE, Raul Silva e Telles. **Convenção de Aarhus deve entrar em vigor na Europa.** Socioambiental. 19 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

na Dinamarca. Apesar de ter sido ratificada apenas pelos países-membros da União Européia, serve de exemplo para possíveis acordos internacionais, uma vez que institui regras que promovem a participação pública em deliberações que versam sobre questões ambientais através da adaptação das legislações internas com os dispositivos elencados na Convenção. Garante-se, assim, “o acesso dos cidadãos e das organizações da sociedade civil às informações e aos processos decisórios relevantes, de forma que as políticas públicas ambientais sejam formuladas e aplicadas com a participação da sociedade”.¹

Desta forma, admite-se a colaboração da sociedade no sentido de fiscalizar possíveis projetos governamentais que possam acarretar na degradação ambiental, fomentando assim, uma alternativa para que a resposta para a crise socioambiental seja devidamente encontrada.

CONCLUSÃO

Do analisado neste trabalho acadêmico é possível concluir, primeiramente, que o contexto da sociedade atual é, de fato, o da Sociedade de Risco, delineada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck como aquela na qual a racionalidade da produção industrial adotada principalmente a partir da Revolução Industrial transforma-se em algo novo, gerador de riscos imprevisíveis, incalculáveis, invisíveis e, conseqüentemente, dificilmente sanáveis (senão insanáveis), além de transfronteiriços e alheios a distinções de gênero ou classes sociais em seus efeitos – gerando grandes

incertezas à humanidade e uma crise de confiança sem precedentes na ciência e no próprio Estado, responsáveis por oferecer respostas corretas e segurança.

Uma das facetas desta formação social, e que a perpetua, seria a chamada “irresponsabilidade organizada”. Esta é caracterizada como a sistemática ausência de reconhecimento de responsabilidade acerca dos riscos produzidos por todas as partes envolvidas, incluindo-se nesta o próprio Estado. Nesta lógica, ele oferece respostas retóricas internalizando os Riscos ao jogá-los para dentro do âmbito da legislação do país sabendo ser inefetivo em termos práticos, assim esquivando-se da responsabilidade por não agir quando dele assim demandado pela sociedade.

Neste contexto assenta-se aquilo que atualmente chamamos de Crise Socioambiental, a qual se caracteriza por uma estrita vinculação entre problemas de cunho social e ambiental, em um processo não só de vinculação em torno da vida humana, que depende destes dois campos em ótimo funcionamento para deter uma boa qualidade de vida (ou mesmo apenas a vida, no caso do meio ambiente), mas porque existe um processo de retroalimentação das crises nestas suas searas, sendo que os efeitos de situações negativas em uma gera reflexos também negativos na outra, causando-lhe o agravamento e manutenção da crise. A formação social do Risco dá origem à referida crise, com o início da época industrial e a lógica acumulativa e voltada para o lucro em detrimento tanto de outros seres humanos quanto da própria natureza, e é também mantida por ela, mesmo quando é possível romper com a barreira da sistemática ocultação, haja vista a impossibilidade de participar das decisões e de efetivar direitos ou soluções inteligentes voltadas a meio ambiente.

Pelo exposto, a “Modernização Reflexiva” mostra-se imprescindível para solucionar a crise socioambiental, uma vez que, após reavaliar os modos de produção impostos pela sociedade industrial, possibilitaria a emergência de uma nova modernidade, a qual seria capaz de trazer um novo dinamismo à sociedade industrial.

¹ Doutor em Direito (Usp), professor de Sociologia Jurídica no curso de graduação em direito e no programa de pós-graduação *strictu sensu* em Direito Político e Econômico, ambos na Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Email: helcioribeiro@uol.com.br

Tal processo seria possível e já é verificado, mesmo que de forma ínfima, através da “subpolítica”, ou seja, com o retorno do indivíduo às questões de interesse comum, a qual se dá através de mecanismos que viabilizam a participação pública, ensejando assim, em uma tomada de decisões conjunta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases teóricas da Ciência Penal Contemporânea. Dogmática, missão do Direito Penal e política criminal na sociedade do risco*. São Paulo: IBD CRIM, 2007.

BECK, Ulrich. GIDDENS, Anthony. LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna*. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. *Ecological Enlightenment: Essays on the politics of the risk society*. Traduzido para o inglês por Mark A. Ritter. New York: Humanity Books, 1995.

CALLEGARI, André Luís. *Sociedade do Risco e Direito Penal, em Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, número 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

CARVALHO, Délton Winter de. *Dano Ambiental Futuro: A responsabilização civil pelo risco ambiental*. 01ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. *A crise da modernidade e as suas Conseqüências no Paradigma Penal (Um breve excursão sobre o Direito Penal do Risco)*. Mundo Jurídico. Disponível em http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=70 Acesso em 25/07/2012, às 17:50.

FENSTERSEIFER, Tiago; SARLET, Ingo W. Estado Socioambiental e Mínimo Existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET; Ingo W. (Org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

FERREIRA, Helene Sivini. Do Desenvolvimento ao Desenvolvimento Sustentável: um dos desafios lançados ao direito ambiental na Sociedade de Risco. In: LEITE, José

Rubens M.; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus A. *Repensando o Estado de Direito Ambiental*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

LEITE, José Rubens Morato; e FERREIRA, Helene Sivini. *A vida como uma invenção: Patentes e direito ambiental na sociedade de risco*. Disponível em: [Http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/13925](http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/viewFile/15333/13925).

Acesso em 20/08/2012.

LEITE, José Rubens Morato e AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade do Risco*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MACHADO, Fernando Buzza. *Direito Penal e Sociedade do Risco*. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à PUCPR para obter o título de bacharéu em Direito. Curitiba, 2008.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ROSSA, Thiago M. *O grau de compatibilidade o meio ambiente com o Direito penal na sociedade do risco analisando sob a tensão entre os princípios da intervenção mínima e da precaução*. Dissertação para obtenção de título de Mestre, UFPR, Curitiba, 2010 .

VALLE, Raul Silva e Telles. *Convenção de Aarhus deve entrar em vigor na Europa*. Socioambiental. 19 jun. 2001. Disponível em:

<<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 10 nov. 2012.

VEIGA, José Eli da. *A Emergência Socioambiental*. São Paulo: SENAC, 2007. p. 91/105.

DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: UMA ABORDAGEM HABERMASIANA

Hélcio Ribeiro¹

Uma capitulação dos princípios do Estado constitucional diante da prodigiosa complexidade social não pode ser descartada. Mas caso tal capitulação venha a ocorrer, modificam-se nossos conceitos de direito e democracia e a autocompreensão normativa dos cidadãos, nos termos como ela ainda existe hoje, passa também por uma transformação radical. (Jürgen Habermas)

RESUMO

O artigo discute as relações entre democracia deliberativa e constitucionalismo no Brasil contemporâneo. A teoria constitucional no Brasil mudou desde a promulgação da Constituição de 1988, incorporando as tendências internacionais do movimento neoconstitucionalista, mas permanece atrelada ao conceito tradicional de soberania. A teoria do patriotismo constitucional de Jürgen Habermas busca conciliar soberania e direitos humanos, autonomia pública e autonomia privada, lançando as bases para uma concepção de soberania procedimental ancorada em uma cultura política pós-nacional e enfrenta o desafio de conciliar democracia com complexidade social. O artigo critica a teoria neoconstitucionalista no Brasil e sugere uma nova abordagem das relações

entre democracia e soberania a partir do conceito de democracia deliberativa de Jürgen Habermas.

Palavras chaves: *democracia deliberativa, constitucionalismo, Estado de Democrático de Direito, Jürgen Habermas.*

ABSTRACT

The article discusses the relationship between deliberative democracy and constitutionalism in Brazil. Constitutional theory in Brazil has changed since the promulgation of 1988 Constitution but maintains the traditional concept of sovereignty. The Jürgen Habermas theory of constitutional patriotism tries to conciliate sovereignty and human rights, private autonomy and political autonomy, based on a political culture beyond the national traditions and confronts the challenge of conciliating democracy and social complexity. The article criticizes the new constitutionalism in Brazil and suggests a new constitutional approach based on Jürgen Habermas deliberative democracy.

Key words: *deliberative democracy, constitutionalism, Rule of Law, Jürgen Habermas.*

INTRODUÇÃO

O pensamento jurídico sempre associou democracia ao constitucionalismo. Seguindo a tradição política liberal, a ciência jurídica considera que os dois conceitos

¹ Déclaration des Droits de L'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, article 16.

estão intimamente ligados em função de pelo menos dois aspectos importantes. A Constituição garante um rol de direitos fundamentais e a separação de poderes. Nesta concepção a democracia surge como um modelo institucional capaz de conter o poder do Estado e proteger o cidadão de suas arbitrariedades. A democracia se reduz a um modelo institucional, não havendo nenhuma referência às suas dimensões sociais e tampouco uma explicação sobre a gênese democrática das leis e Constituições.

Como teoria inspirada em uma filosofia individualista, o constitucionalismo liberal identifica poder com poder estatal, deixando de lado a existência de formas de poder social e econômico que possam afetar o funcionamento das instituições. O advento do capitalismo organizado e o crescimento do poder das corporações empresariais, sindicais e partidárias altera este quadro e passa a exigir uma outra teoria do poder e da sociedade. Ela precisa dar conta das contradições e clivagens inerentes ao desenvolvimento dos mercados, da sociedade civil e da esfera pública burguesa como fenômenos que estão na base das alterações profundas do Estado e do direito, especialmente com o surgimento do Estado Social responsável pela administração das crises econômicas e sociais e o crescimento da importância do Poder Executivo na sociedade administrada que caracteriza o capitalismo monopolista.

A teoria do poder constituinte procura fechar esta lacuna mas, de modo geral, a explicação liberal do poder constituinte nasce viciada pelo contexto revolucionário da modernidade, responsável pela idéia de constituição assumida na própria Declaração dos Direitos do Homem quando esta associa constituição e separação dos poderes: *Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.*¹

¹ Jon Elster, *Constitucionalismo y Democracia*, Introdução, Jon Elster y Rune Slagstad (orgs.), México, Fondo de Cultura Económica, edição eletrônica, pag. 750, 2012.

Na teoria do poder constituinte do constitucionalismo liberal o povo aparece como elemento legitimador das leis na qualidade de um *soberano que se autolimita*. É ele quem cria a separação dos poderes. Há uma lógica nesta autolimitação pois a separação dos poderes aparece como garantidora da aplicação das leis feitas pelo povo soberano *depois* que o poder constituinte cessa de funcionar. Por esta razão o liberalismo realiza o deslocamento da idéia de povo soberano para a de nação soberana, ao mesmo tempo que faz do parlamento o poder central desta arquitetura institucional. O legislativo faz a lei que é fruto da vontade geral, e os demais poderes, executivo e judiciário, as aplicam. As constituições cumprem duas funções: proteger os direitos individuais e colocar obstáculos às mudanças políticas operadas pelas majorias, especialmente pela declaração de inconstitucionalidade das leis e dificultando o processo de mudança do texto constitucional, exigindo quóruns especiais e exigentes para sua aprovação. Ao reservar a interpretação da constituição aos tribunais, a constituição transforma estes últimos em peça chave do constitucionalismo.² *No direito constitucional o princípio da separação entre direito e política se expressa principalmente no princípio da independência do juiz.*³

Desta forma o constitucionalismo pode ser compreendido como um conjunto de regras contra a discricionariedade e desenvolve uma guerra constante contra os poderes executivo e legislativo.⁴ A tensão existente entre democracia e a necessidade de mecanismos estabilizadores é um fato perene na história política e pode ser vista

²² Dieter Grimm, *Constituição e Política*, Belo Horizonte, Del Rey, pag. 13, 2006.

³ Jon Elster, *Constitucionalismo y Democracia*, pags. 792 e 811.

⁴ Jon Elster, *op. Cit*, pag. 947.

como uma forma de proteger a própria democracia de tendências autodestrutivas inerentes a toda democracia sem limites.¹

Neste esquema é preciso confiar que a lei não será usurpada pelos demais poderes para que a soberania expressa no poder constituinte seja protegida após o seu cessamento. Esta concepção se mostrou equivocada ao longo do desenvolvimento político e jurídico dos Estados modernos pois soberania e governo não são necessariamente complementares. Pensar o governo como poder executivo é um erro característico da História política das sociedades ocidentais cujo pensamento teórico ficou preso a noções abstratas de lei, vontade geral e soberania popular, sendo que o mistério da política não é a soberania mas o governo, não o rei mas o ministro, não a lei mas a polícia.² Os sistemas políticos modernos resultam de uma associação entre dois elementos heterogêneos: uma racionalidade jurídico-política e uma racionalidade econômico-governamental, uma *forma de constituição* e uma *forma de governo ou técnica de governo*.³

Existem ainda duas outras tensões importantes para a teoria constitucional no que toca ao conceito de poder constituinte. Em primeiro lugar o problema do início ou da circularidade quando se pensa na exigência de elaboração de uma constituição democrática a partir de um contexto democrático. A teoria constitucional reconhece a existência de um momento fático irreduzível na origem das constituições ou mesmo a

presença da violência como fator desencadeante dos processos constituintes.⁴ Em segundo lugar aponta-se o conflito entre poder constituinte originário e o poder constituinte derivado. Na perspectiva de Antonio Negri o poder constituinte acaba por ser limitado pelo advento do poder constituído, numa análise que se aproxima do diagnóstico feito por Agamben. Por outro lado, há quem assevere que a potência transformadora do poder constituinte pode ser revitalizada na própria aplicação da Constituição, revigorando-se a carga revolucionária do poder constituinte.⁵ As tendências de judicialização da política e do ativismo judicial no marco das Constituições cada vez mais principiológicas e abertas compromete esta linha de raciocínio. As análises de Negri e Agamben compartilham com as teorias constitucionalistas tradicionais a idéia de que a política está ancorada em um sujeito e, portanto, não incorporaram a virada linguística que permite compreender o direito e a política como um processo discursivo intersubjetivo. O desafio é manter a capacidade transformadora do poder constituinte além do funcionamento das instituições, apoiando-se no papel da sociedade civil organizada e apostando na ampliação da esfera pública democrática.

1. DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Hoje em dia praticamente não existe quem não se considere democrático. Quanto mais se difunde o ideal democrático mais o conceito se torna obscuro. Esta supervalorização da democracia contrasta com os sinais de sua crise. Quanto mais a

¹ Giorgio Agamben, Introductory note on the concept of democracy, in *Democracy in what state?*, Giorgio Agamben et. Al., New York, Columbia University Press, pag. 151, edição electrónica, 2010.

² Giorgio Agamben, op. Cit., pag. 151.

³ A respeito deste tema ver Andrew Arato, *Construção constitucional e teorias da democracia*, São Paulo, Lua Nova, no. 42, 1997; Jacques Derrida, *Força de lei*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

⁴ Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy, *Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte*, Revista Direito GV, 6(1), p. 159-174, Jan-Jun 2010.

⁵ José Eduardo Faria. *O Estado e o Direito depois da crise*, São Paulo, Saraiva, 2011.

democracia é afirmada mais ela é esvaziada na prática. Este paradoxo é apenas aparente pois na verdade reflete a tensão permanente entre capitalismo e democracia.¹

A crise da democracia nas últimas três décadas provocou enorme avanço na discussão de alternativas ao modelo agregativo/elitista. Um dos principais formuladores desta alternativa é o alemão Jürgen Habermas. Partindo da idéia de que o modelo elitista é um dos responsáveis pelo descrédito crescente do sistema representativo, Habermas critica a concepção elitista desenvolvida ao longo do século XX, principalmente por Max Weber e Joseph Schumpeter, assinalando que é justamente a crença no caráter inevitavelmente tecnocrático do modelo elitista que reside o problema. Apresentado como solução para o problema dos limites da participação do cidadão nas decisões políticas em sociedades complexas, as teorias elitistas seriam responsáveis pelo afastamento do cidadão em relação às decisões e pela crescente apatia política das sociedades contemporâneas.

A teoria habermasiana da democracia deliberativa busca superar os limites das teorias puramente empíricas da política, partindo do pressuposto de que não há como entender a democracia sem sua dimensão normativa. Habermas afirma que a conciliação entre democracia e complexidade social² é possível somente pela expansão da esfera pública, na qual se desenvolve uma cultura política que é resultado do reconhecimento mútuo dos direitos entre cidadãos, os parceiros do direito. No processo de autolegislação, os parceiros do direito reconhecem simultaneamente os direitos individuais que lhes permite fazer escolhas na esfera privada e os direitos políticos que garantem a participação política. Os direitos individuais garantem a

capacidade de participação política e, ao mesmo tempo, os direitos políticos constituem um pressuposto para o exercício dos direitos individuais exercidos na esfera privada. Esta cooriginariedade ou equiprimordialidade é um dos principais elementos da análise habermasiana e permite a conciliação entre a concepção procedimentalista de soberania popular e os direitos humanos. Desta forma supera o dilema existente nas teorias políticas tradicionais, nas quais soberania e direitos humanos entrem em conflito. Ou seja, trata-se de uma tentativa de superar o conflito entre o princípio da maioria e os direitos da minoria.

Habermas apresenta sua teoria como uma alternativa no debate entre a concepção liberal e a concepção republicana. Na teoria liberal os cidadãos aparecem como indivíduos que competem pela garantia dos seus direitos perante o Estado. Trata-se de uma teoria política que vê no Estado um risco para a liberdade individual. Na teoria republicana o cidadão é visto como portador de virtudes cívicas que aposta no Estado como o principal elemento de coesão da sociedade. Habermas critica as duas perspectivas.

A concepção habermasiana de deliberação procura compatibilizar democracia e complexidade através da expansão da esfera pública, centrada na ideia de que a sociedade moderna pressupõe, no plano normativo, a existência de uma cultura política em que os cidadãos, como parceiros do direito, reconhecem mutuamente direitos de igual liberdade na esfera privada.³ Habermas incorpora parcialmente as condições colocadas por J. Cohen⁴ para o exercício da deliberação, mas sem estendê-la a todas as instituições sociais. Desta forma a deliberação implica: a) a troca regulada de informações e argumentos entre as partes que devem ser capazes de examiná-las

¹ Leonardo Avritzer, *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*, São Paulo: Perspectiva, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

² Jürgen Habermas, *Direito e Democracia*, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2 vols. 1997.

³ Para a distinção entre as concepções de Habermas, Cohen e Bohman ver Cláudia Feres Faria, *Democracia Deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman*, São Paulo, Lua Nova, no. 29, 2000.

⁴ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia*, pags. 29 e 30.

criticamente; b) as deliberações devem ser públicas e inclusivas de forma a garantir a participação de todos os interessados nas decisões; c) os participantes são soberanos e devem estar livres de coerção, vinculando-se somente aos pressupostos da comunicação e às regras do processo argumentativo; d) a deliberação também não está submetida a qualquer coerção interna que comprometa a igualdade das partes; e) a deliberação tem como objetivo um acordo motivado racionalmente e podem ser desenvolvidas sem restrições e retomadas em qualquer circunstância; f) o processo deliberativo abrange todas as matérias sujeitas à regulação e que sejam do interesse público; g) a deliberação inclui interpretação das necessidades e transformações de preferências e pontos de vista pré-político.¹

O conceito de deliberação é quase tão equívoco e polissêmico quanto o conceito de democracia. Deliberação pode significar *decisão*. É desta forma que o direito constitucional considera a deliberação como uma das fases do processo legislativo. Compreendido desta maneira toda decisão, inclusive a eleição de um representante pelo voto direto, também é deliberação. Em outros casos deliberação aparece como sinônimo de participação direta através do referendo, plebiscito, iniciativa popular e orçamento participativo, meios pelos quais os cidadãos participam do governo e da elaboração das leis. No sentido utilizado aqui a deliberação se diferencia das formas tradicionais de decisão, diretas ou indiretas. O processo deliberativo democrático quer ampliar o espaço de discussão das questões coletivas, colocando-se como uma fase anterior a qualquer decisão. Ela se refere à dimensão argumentativa que permeia e antecede a decisão e tem consequências fundamentais para a legitimação das instituições. Na concepção habermasiana a deliberação aparece como uma consequência natural dos limites intrínsecos das abordagens puramente

empíricas da democracia. A dimensão normativa da democracia é indispensável para a compreensão do impasse do modelo elitista atual.

2. DEMOCRACIA E CONSTITUIÇÃO NAS SOCIEDADES COMPLEXAS

O conceito de complexidade permeia toda reflexão sociológica contemporânea e é um dos principais desafios colocados à democracia e ao constitucionalismo. Na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann a complexidade social decorre da existência de um número infinito de possibilidades que não podem ser atualizadas.² O ponto de partida é o processo de diferenciação entre sistema e ambiente. O ambiente é sempre mais complexo do que o sistema, que se estrutura a partir de um código binário responsável simultaneamente pela abertura cognitiva e pelo fechamento operacional do sistema. A diferenciação entre direito e política coloca em questão o papel da Constituição como mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico. O direito garante a generalização congruente das expectativas, reduzindo a complexidade social.

Neste contexto a Constituição não é a expressão da soberania popular nem a garantia dos direitos individuais. Seu papel é permitir o desenvolvimento do processo de comunicação entre dois subsistemas funcionais da sociedade que em função do alto grau de diferenciação não possui centro nem vértice. A Constituição não tem o objetivo de ampliar a participação popular mas manter o equilíbrio dos sistemas funcionais e a democracia tem seu escopo relativizado uma vez que a administração das relações econômicas e sociais ganham autonomia e regem-se por regras próprias e inerentes aos demais sistemas funcionais (mercado, saúde, educação, religião, movimentos sociais, etc.). Desta forma a teoria dos sistemas autopoieticos reduz o

¹ Niklas Luhmann, Introdução à teoria dos sistemas, Petrópolis, Vozes, 2009

² Konrad Hesse, A força normativa da Constituição, Porto Alegre, Sérgio Fabris, 1991.

papel da participação popular, legitimando a natureza técnica das soluções que a sociedade complexa demanda.

Na teoria da ação comunicativa de Jurgen Habermas a complexidade decorre da diferenciação entre sistema e mundo da vida. Este se caracteriza por interações sociais espontâneas mediadas pela linguagem e alheias às ações estratégicas que permeiam os sistemas. Os valores partilhados no mundo da vida racionalizado decorrem do desenvolvimento dos processos comunicativos voltados para o entendimento, que é o telos da linguagem. Ao emitir um ato de fala o indivíduo está preso a certas premissas normativas que, ao se tornarem conscientes e problematizadas, permitem a passagem da ação comunicativa para a razão comunicativa.

Como se sabe, Habermas opera este deslocamento a partir do momento em que rompe com a filosofia da consciência e fundamenta sua teoria em uma concepção consensual da verdade. A ética do discurso que se desenvolve a partir destas premissas, entende que o processo comunicativo é tanto mais democrático quanto mais as partes falem em igualdade de condições sobre qualquer tema que seja por eles considerado relevante. Estas condições são ideais mas, ao mesmo tempo, devem ser consideradas como presentes, como premissas normativas, em qualquer situação comunicativa, ainda que de forma distorcida e fragmentada. É a tensão entre faticidade e validade que permite o desenvolvimento do processo de comunicação e, ao mesmo tempo, é responsável pela ampliação da esfera pública.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO

O constitucionalismo tem pelo menos duas fases. Na formação do Estado de Direito burguês do século XIX e nos documentos que surgem na Europa após 2ª

Guerra Mundial. No primeiro caso a faceta liberal do constitucionalismo aparece na forma como se estruturam as limitações ao poder. No caso das constituições europeias do pós-guerra a Constituição assume feição social diretamente ligadas ao advento do Estado de bem-estar. O sucesso desta experiência política dá origem ao desenvolvimento do neoconstitucionalismo, influenciando a criação das constituições de Portugal e Espanha na década de 1970, na América Latina e Europa oriental nas décadas de 1980 e 1990.

Do ponto de vista teórico o neoconstitucionalismo resulta do advento das teorias jurídicas pós-positivistas e afirma a força normativa da Constituição¹, a expansão da jurisdição constitucional e uma nova concepção da interpretação constitucional. Neste último caso é reconhecida a necessidade de modificar os parâmetros das decisões a partir de uma reformulação da razão prática, assentada agora na argumentação e na ponderação como forma de enfrentar o problema do ativismo judicial que compromete a separação dos poderes.²

O advento do neoconstitucionalismo não trouxe a superação dos dilemas existentes entre constituição e democracia. Ao contrário, parece tê-los exacerbado. As constituições do Estado de bem-estar social estabelecem programas de ação governamental e criam o dirigismo constitucional que pressupunham a existência de um sujeito transformador.³ A crescente complexidade social e a crise do Estado de bem-estar alteraram o contexto em que o constitucionalismo havia se movido. Canotilho salienta dez desafios para o papel da Constituição no mundo de hoje: 1) em

¹ Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará.

² J. J. Gomes Canotilho, “Brançosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, pag. 208.

³ J.J. Gomes Canotilho, Brancosos, pag. 215 e segs.

primeiro lugar há um problema de inclusão que resulta da crescente dificuldade de responder aos desafios da materialização do direito, ou seja, o sistema político resiste à normatização jurídica e, por outro lado, os sistemas e sub-sistemas tendem a autoregulação; 2) um problema de referência surge da existência de novos sujeitos de poder, tais como as corporações multinacionais e todas as formas de atores neocorporativos; 3) as formas tradicionais de regulação centralizada não conseguem dar respostas dotadas de um mínimo de coerência e unidade em face da crescente complexidade das demandas oriundas da sociedade, alterando o sistema de fontes do direito. É o problema da reflexividade da constituição; 4) problemas de universalização surgem em função da multiplicidade de discursos emergentes oriundos de racionalidades específicas dos subsistemas; 5) um problema de materialização surge da dificuldade da constituição em contextualizar as diversas demandas em face da mudança social e da inovação jurídica; 6) a supranacionalização e a internacionalização do direito leva à necessidade de reformulação do território; 7) um problema de tragédia decorre do fato de que o Estado se tornou vítima do seu próprio sucesso e é agora confrontado pela secularização da política e pela contingência social; 8) houve uma mudança radical na fundamentação dos principais temas do direito político uma vez que o dirigismo constitucional trabalhava com uma pauta valorativa voltada para ações específicas, enquanto hoje o discurso tende a assumir uma forma analítica assentada nas idéias de paradoxos e dilemas; 9) a crítica sociológica aponta o fracasso do projeto de transformação da modernidade, enfatizando o distanciamento entre o que diz a Constituição e o seu impacto real, o que gera uma tendência de simbolização constitucional; 10) a complexidade social e o pluralismo das sociedades contemporâneas comprometem o ideal da transformação voluntária da sociedade pela via da constituição.¹

¹ Ver nesse sentido o excelente trabalho de Marco Morel, *As transformações*

Embora relacionado a uma revisão crítica da teoria da Constituição Dirigente, a análise de Canotilho pode ser estendida a todo o constitucionalismo. Este diagnóstico contrasta, porém, como o entusiasmo do neoconstitucionalismo no Brasil. Nenhum dos dois, porém, incorpora as possibilidades trazidas pela virada linguística habermasiana, o que permitiria reformular o paradigma do direito em bases diferentes do modernismo neoconstitucionalista ainda centrado nos conceitos tradicionais de soberania, povo e território. E também permitiria superar alguns dos dilemas apontados por Canotilho que incorpora rápido demais os diagnósticos pós-modernistas da teoria dos sistemas.

4. DEMOCRACIA DELIBERATIVA NO BRASIL

O desenvolvimento da esfera pública no Brasil é tortuoso e sempre encontrou obstáculos na tradição patrimonialista que dificulta a distinção entre público e privado bem como no baixo grau de organização da sociedade civil. Uma das primeiras manifestações da esfera pública entre nós se dá a partir da independência e coincide com os primeiros passos do liberalismo constitucional. Nas primeiras décadas do século XIX ampliam-se o número de associações, livrarias e meios de comunicação impressos, modificando o processo de socialização da elite letrada, criando o primeiro esboço de uma esfera pública no Brasil.²

Mas o maior volume de pesquisas sobre a ampliação da esfera pública e da crescente organização da sociedade civil no Brasil inicia nos anos setenta do século passado. Uma análise dos movimentos sociais em defesa da moradia popular e educação pública na cidade de São Paulo indica que o crescimento da participação

dos espaços públicos: imprensa, atores políticos e sociabilidades na cidade imperial (1820-1840), São Paulo, Hucitec, 2005.

² Pedro R. Jacobi, *Políticas Sociais locais e os desafios da participação cidadina*, *Ciência e Saúde Coletiva*, 7(3), 443-454, 2002.

popular teve papel crucial na mudança de aspectos importantes na gestão daquelas questões no município, bem como contribuiu para modificar a cultura política dos participantes, com impacto nas arenas políticas formais.¹

Novas experiências de criação de esferas públicas locais foram detectadas pela pesquisa de Sérgio Costa em três cidades mineiras durante a década de 1980. Em Uberlândia, Juiz de Fora e Governador Valadares foram criados Conselhos Comunitários com base em associações de moradores e outras organizações sociais, alterando as relações entre sociedade civil e governos locais. Mudanças nos respectivos governos com a eleição de novos prefeitos trouxe um esvaziamento das antigas associações e a iniciativa política voltou a ser monopolizada por partidos, vereadores pelo poder executivo. Este cenário modifica-se novamente no final da década com o advento de novas associações civis com maior independência em relação ao sistema político formal, especialmente com o fortalecimento dos movimentos negro e ambientalista. Neste novo cenário observou-se uma transformação no funcionamento dos meios de comunicação locais, forçando uma ampliação da esfera pública. Costa salienta três conjuntos de mudanças: ampliação do espectro de questões cobertas pela mídia, maior grau de profissionalização e expansão das atividades de serviços públicos direcionados à comunidade.²

Mas a maior experiência de participação social e expansão da esfera pública no Brasil recente foi a constituinte de 1987-1988, fenômeno ainda pouco estudado na perspectiva adotada neste artigo. A mobilização social inédita tanto por ocasião da campanha pelas eleições diretas para presidente da República quanto a movimentação

em torno da constituinte marcaram profundamente o cenário político brasileiro da década de 1980. Uma explosão de movimentos sociais pela moradia, educação, saúde, meio ambiente, direitos humanos e a criação de inúmeras associações de empresários e trabalhadores, como a criação da CUT e do MST por exemplo, revitalizaram a política nacional, recolocando na ordem do dia a questão republicana.³ Milhões de emendas populares chegaram de todo o Brasil reivindicando não somente que a Constituinte reconhecesse novos direitos mas, principalmente, abrisse espaço para a participação popular durante e após o término do processo de elaboração da nova Constituição. A criação de mecanismos de participação direta tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular, foram resultado desta pressão da sociedade civil organizada. O posterior sucesso do orçamento participativo em várias cidades do país e o surgimento de conselhos de saúde, educação, meio ambiente, crianças e adolescentes, idosos, etc., resultou da natureza da nova Constituição, fortemente participativa e responsável pela criação de novos espaços deliberativos.⁴

No primeiro governo Lula uma nova experiência deliberativa teve início com a criação do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social. Primeira tentativa de institucionalizar um canal deliberativo em nível federal o Conselho contou desde o início com a participação intensa de um grande número de lideranças da sociedade civil ligadas aos mais diferentes interesses. Analisando o funcionamento do CDES numa perspectiva habermasiana, Fábio Vizeu e Daniel Bin verificaram que uma série de problemas diminuíram as possibilidades de êxito do conselho. O governo buscou

¹ Sérgio Costa, Movimentos Sociais, Democratização e a construção de Esferas Públicas locais, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 12, n. 35, São Paulo, 1997.

² Maria Helena Versani, Uma República na Constituinte (1985-1988), Revista Brasileira de História, São Paulo, v.30, n.60, 2010.

³ A respeito destas novas experiências ver Vera Schattan P. Coelho e Marcos Nobre (orgs.), Participação e Deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo, São Paulo, Editora 34, 2004.

⁴ Fábio Vizeu e Daniel Bin, Democracia deliberativa: uma leitura crítica do caso do CDES à luz da teoria do discurso, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 42 (1), 83-108, Jan./Fev., 2008.

utilizar o CDES como espaço para legitimar suas propostas de desenvolvimento ao passo que os diversos setores ali representados não conseguiram apresentar alternativas em conjunto, agindo estrategicamente em prol de interesses específicos. Mesmo assim os autores consideram que a abertura de um espaço desta natureza para a sociedade civil não pode ser negligenciada.¹ O caso do CDES mostra que as dificuldades para ocupar democraticamente espaços deliberativos no plano federal são maiores do que no plano local e regional.

Apesar da crise do sistema político representativo e da profunda crise de legitimidade que afeta os partidos políticos e os parlamentos, o Brasil mostra vitalidade no desenvolvimento de espaços deliberativos que cada vez mais aparecem como alternativa democrática à gestão dos interesses públicos. Deste modo o país demonstra um aparente paradoxo ou talvez a existência de um híbrido institucional² relacionado a um processo de transição de uma sociedade autoritária para uma experiência democrática inédita e que não encontra similar em outros países. A incipiente experimentação deliberativa brasileira encontra enormes barreiras na desigualdade social, na inexistência de uma cultura política democrática, no processo de globalização que afeta o poder dos Estados nacionais³. Por essa razão a reflexão sobre o futuro da constituição e da democracia no Brasil passa por uma análise das relações entre o local e o global⁴ e por uma reformulação dos conceitos de soberania e

direitos humanos. Mas os quase vinte e cinco anos de estabilidade constitucional associada à ampliação dos espaços deliberativos demonstram que não é possível caracterizar nossa experiência como um processo de constitucionalização simbólica.⁵ A teoria do discurso habermasiana pode ser uma alternativa para captar as relações entre constitucionalismo e democracia numa sociedade complexa como a brasileira, o que exige da teoria constitucional uma virada linguística que contemple a passagem do conceito de cidadania centrada nas tradições culturais para uma cidadania politicamente construída e articulada na idéia e cooriginariedade dos direitos humanos e da soberania. Conciliando autonomia privada e autonomia pública, a ética do discurso habermasiana permite superar os impasses de uma teoria constitucional centrada em um macrosujeito, o povo, abrindo espaço para a difusão da idéia de patriotismo constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desafio de conciliar democracia e complexidade social encontra na teoria deliberativa de Habermas uma possível solução. Embora consciente de que o grau de complexidade social pode colocar em cheque o projeto democrático e constitucional do Estado Democrático de Direito, conforme se lê na epígrafe deste artigo, Habermas busca superar os dilemas das democracias contemporâneas apostando na capacidade de organização da sociedade civil e na ampliação da esfera pública como forma de superar os déficits de legitimidade dos sistemas políticos contemporâneos.

¹ Orlando Villas Bôas Filho, A teoria dos sistemas e o direito brasileiro, São Paulo, Saraiva, 2009.

² José Eduardo Faria, O Estado e o Direito depois da crise, São Paulo, Saraiva, 2011.

³ Boaventura de Sousa Santos, Os processos da globalização, in A Globalização e as Ciências Sociais, Boaventura de Sousa Santos (org.), São Paulo, Cortez, 2002.

⁴ Marcelo Neves, A Constitucionalização simbólica, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

⁵ Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC, professora assistente do Departamento de Direito Público –Universidade Estadual de Londrina. E-mail: erika.dmitruk@uel.br

Embasado nas idéias de patriotismo constitucional e soberania popular como procedimento, a teoria do discurso oferece uma alternativa para os impasses atuais da democracia e do constitucionalismo. A teoria constitucional brasileira, no entanto, ainda está presa ao paradigma da filosofia da consciência e trabalha com conceitos tradicionais de soberania e povo como macro-sujeito, que não podem mais descrever com precisão a realidade política e constitucional das sociedades complexas. A despeito de que a experiência constitucional brasileira já apresenta inequívocos indícios de inovação cultural e institucional, a teoria constitucional oscila entre duas tendências perigosas. De um lado um otimismo exagerado em relação à constitucionalização do direito brasileiro, descuidando dos efeitos deletérios que a judicialização da política e o ativismo judicial trazem e que estão embutidos no próprio processo de difusão do neoconstitucionalismo. Por outro lado pode sucumbir ao desencanto pós-moderno da constitucionalização simbólica que é desmentida pelas experiências políticas das duas últimas décadas e que embasa algumas das análises referentes à emergência da esfera pública no Brasil contemporâneo.

Incorporando os conceitos de patriotismo constitucional e soberania como procedimento a teoria constitucional brasileira poderá descrever melhor a experiência deliberativa brasileira e enfrentar melhor os desafios do constitucionalismo e da democracia em sociedades complexas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARATO, Andrew. *Construção Constitucional e teorias da democracia*, São Paulo, Lua Nova, n. 42, 1997.

AVRITZER, Leonardo. *A moralidade da democracia: ensaios em teoria habermasiana e teoria democrática*, São Paulo, Perspectiva, Belo Horizonte: Editora UFMG, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. *Introductory note on the concept of democracy*, in *Democracy in what state?*, Giorgio Agamben et. Al. (orgs.), New York, Columbia University Press, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*, Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32007-37579-1-PB.pdf>.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional, Coimbra, Almedina, 2ª. Edição, 2008.

CARVALHAIS, Isabel Estrada. *A cultura política em Habermas*, in Habermas: Política e mundo da vida na transição do século XXI, Instituto Superior Económico e Social, Évora, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam e GODOY, Miguel. *Constitucionalismo e democracia – soberania e poder constituinte*, Revista Direito GV, 6(1), p. 159-174, jan./jun. 2010.

COELHO, Vera Schattan P. e NOBRE, Marcos (orgs.). *Participação e Deliberação*: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo, São Paulo, Editora 34, 2004.

COSTA, Sérgio. Movimentos Sociais, democratização e a construção das esferas públicas locais, Revista Brasileira de Ciências Sociais, v12, n. 35, São Paulo, 1997.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei*, São Paulo, Martins Fontes, 2010.

DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito, Transformação, São Paulo, 32(1), p. 119-137, 2009.

ELSTER, Jon e SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

FARIA, Cláudia Feres. *Democracia Deliberativa*: Habermas, Cohen e Bohman, São Paulo, Lua Nova, n. 29, 2000.

FARIA, José Eduardo. *O Estado e o Direito depois da crise*. São Paulo: Cortez, 2002.

FILHO, Orlando Villas Bôas. *A teoria dos sistemas e o direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*: estudos de teoria política. São Paulo: Edições Loyola, 2ª. Edição, 2004.

_____. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Volumes I e II, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

JACOBI, Pedro R. *Políticas Sociais locais e os desafios da participação cidadina*. Ciência e Saúde Coletiva, 7(3), 2002.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera Pública e democracia deliberativa em Habermas*. Kriterion: Belo Horizonte, no. 121, Jun./2010, p. 227-258.

LUHMANN, Niklas. *Introdução a teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

MOREL, Marco. *As transformações dos espaços públicos*: imprensa, atores políticos e sociabilidades na cidade imperial (1820-1840), São Paulo, Hucitec, 2005.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Os processos de globalização*, in *A Globalização e as Ciências Sociais*. Boaventura de Sousa Santos (org.), São Paulo: Cortez, 2002.

VERSANI, Maria Helena. *Uma República na Constituinte (1985-1988)*, Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 30, no. 60, p. 233-252, 2010.

VIZEU, Fábio e BIN, Daniel. *Democracia Deliberativa*: uma leitura crítica do caso do CDES à luz da teoria do discurso, Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 42 (1), Jan./Fev. 2008.

DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA UTILIZAÇÃO DOS ESPAÇOS PÚBLICOS DE USO COMUM

Erika Juliana Dmitruk¹

Luara Soares Scalassara²

RESUMO

Foram realizadas reformas na Praça do Jardim Igapó, localizada entre as Ruas Romênia, Hungria e Suécia, em Londrina, em abril de 2011, que não levaram em consideração o desejo da maioria dos moradores do bairro, mas somente dos homens que praticam os jogos de bocha e malha, já que foram construídas mais duas canchas desse esporte, além da já existente. No mesmo período, quando da realização de atividades em comemoração ao Dia do Índio, crianças e professores foram expulsos do local, bem como tiveram seus instrumentos apreendidos por integrantes da Guarda Municipal, chamada provavelmente por um dos praticantes dos referidos esportes, por entender que essas atividades pudessem prejudicar as canchas. Essas intervenções não foram precedidas de deliberações dos moradores do bairro, bem como desconsideraram o convívio da comunidade fundadora, com a eliminação de importante espaço verde para o lazer das crianças, colocando-as em situação de vulnerabilidade. A comunidade, durante anos, demonstrou interesse na revitalização do espaço, desde que se respeitasse a história e o simbolismo do local. Esse fato não é

¹ Luara Soares Scalassara é acadêmica de direito da Universidade Estadual de Londrina. E-mail: luara@scalassara.com.br

² Doutorando pela Universidad de Burgos/Espanha, em Direito e Relações Internacionais. Professor de Direito Público da UNESA/RJ. Inspetor de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

isolado. Inúmeros outros espaços públicos de uso comum são utilizados, revitalizados, planejados, em desacordo com a vontade da população que os utiliza, gerando conflitos nas comunidades, desintegração, perda da identidade do grupo e da força política, e, por fim, a privatização do espaço público, uma vez que o mesmo resta descaracterizado. Preconiza-se, por conseguinte, mudanças que façam o pêndulo do regime inclinar-se para participação popular, a partir do exercício do poder político pautado no debate público entre cidadãos livres e em condições iguais de participação, traduzindo a implementação da democracia participativa. O objetivo é fazer com que, juntos, os cidadãos reivindiquem espaço e avancem em suas conquistas. Na visão de Paulo Bonavides, o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante. A pesquisa é fruto do desenvolvimento do trabalho com universitários de um grupo de ensino/pesquisa e extensão da Universidade Estadual de Londrina. O marco teórico da pesquisa é a Teoria Constitucionalista da Democracia Participativa, forte em Paulo Bonavides.

Palavras-chave: *democracia participativa; espaço público; cidadão governante;*

ABSTRACT

In Londrina, there have been reforms in the Jardim Igapó Square, that did not take into consideration the desire of most residents of the neighborhood. Recent renovations only took into consideration the needs of bocce and mesh players, as two more game pitches were built besides the existing one. In the same period, during a celebration of the Day of the Indian, children and teachers were expelled from the site and had their instruments seized by members of the Municipal Guard, reported probably by one of the practitioners of these sports in fear that the activities could harm the playing fields. These interventions were not preceded by deliberations of neighborhood residents, and disregarded the conviviality of the founding community. The community, for years,

has shown interest in the revitalization of the area, provided that they respect the history and symbolism of the place. This situation is not isolated. Numerous public and common use areas are used, revitalized, planned, at odds with the will of the people who use them, creating conflicts in communities, disintegration, loss of group identity and political power, and, finally, the privatization of public space. Changes that promote popular participation are recommended, through the exercise of political power ruled in a public debate between free citizens and in equal conditions for participation, reflecting the implementation of participatory democracy. The goal is to get citizens together to reclaim space and to advance in their achievements. In Paul Bonavides' view, the 21st century is bound to be the century of the citizen ruler. The research is the result of the work development of teaching/research and extension group at Universidade Estadual de Londrina. The theoretical framework of this article is the Constitutionalist Theory of Participatory Democracy, strong on Paulo Bonavides.

Keywords: *participatory democracy; public space; citizen ruler;*

INTRODUÇÃO

A Prefeitura de Londrina, no início de 2010, por meio da Companhia Municipal de Trânsito e Urbanização (CMTU), lançou o projeto “Quem Ama Cuida”, que permite a parceria público-privada na manutenção de praças, rotatórias e canteiros.

Empresas, igrejas, instituições de ensino, entre outras, a fim de possibilitar a revitalização paisagística da cidade e fazer a divulgação de sua marca, poderiam adotar um dos cerca de 2.000 espaços públicos de Londrina, pelo período de um ano, prazo que poderia ser prorrogado caso a empresa estivesse cumprindo as obrigações contratuais.

A Praça do Jardim Igapó, localizada entre as Ruas Romênia, Hungria e Suécia, em Londrina, foi destinatária desse projeto, que apesar de possuir objetivos elogiáveis, não proporciona meios democráticos para sua execução.

Em abril de 2011, a mencionada praça sofreu reformas que não levaram em consideração o desejo da maioria dos moradores do bairro, mas somente dos homens que praticam os jogos de bocha e malha, já que foram construídas mais duas canchas desse esporte, além da já existente, em espaço utilizado historicamente por crianças e mulheres.

Essa intervenção não foi precedida de deliberações dos moradores do bairro, bem como desconsiderou o convívio da comunidade fundadora, com a eliminação de importante espaço verde para o lazer dos menores, colocando-os em situação de vulnerabilidade. Esclarece-se que a praça era utilizada, há pelo menos vinte anos, para atividades de educação ambiental e cultural da Escola Maestro Andrea Nuzzy, localizada em frente a mesma.

Não bastasse a ilegitimidade das construções, crianças, professores e moradores foram expulsos do local quando da realização de atividades em comemoração ao Dia do Índio, bem como tiveram seus materiais escolares e mudas de árvores apreendidos pela CMTU com escolta de seis viaturas da Guarda Municipal, chamadas provavelmente por um dos praticantes dos referidos esportes, por entender que essas atividades pudessem prejudicar as canchas.

Tais fatos, embora denunciados ao Ministério Público por líderes comunitários, acabaram por traumatizar as crianças, que não utilizam mais o espaço público por puro medo. E ainda hoje, persiste conflito entre os moradores do entorno.

A comunidade, durante anos, demonstrou interesse na revitalização do espaço, desde que se respeitasse a história e o simbolismo do local e beneficiasse todas as gerações e gêneros. Inclusive, foi realizado abaixo-assinado para que fossem

construídas uma academia ao ar livre e uma calçada ao redor da praça, permitindo que as pessoas tivessem espaço para se exercitar, demandas ignoradas pela empresa privada que fez a parceria e pela Prefeitura.

Esse fato não é isolado. Inúmeros outros espaços públicos de uso comum são utilizados, planejados, revitalizados, em desacordo com a vontade da população, gerando inúmeros conflitos nas comunidades, desintegração, perda da identidade do grupo e da força política, e ainda, a privatização do espaço público, uma vez que o mesmo resta descaracterizado.

Tendo em vista a importância ambiental, social e cultural desses espaços, preconiza-se, por conseguinte, mudanças que façam o pêndulo do regime inclinar-se para participação popular, a partir do exercício do poder político pautado no debate entre cidadãos livres e em condições iguais de participação, traduzindo a implementação da democracia participativa.

O objetivo do presente trabalho é estudar as questões relativas ao espaço público de uso comum e a consolidação da democracia participativa, a fim de que os cidadãos se posicionem e avancem em suas conquistas. Na visão de Paulo Bonavides, o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante (BONAVIDES, 2005).

1. OS ESPAÇOS PÚBLICOS DE USO COMUM E A SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Os bens públicos, em sentido amplo, consistem em bens corpóreos ou incorpóreos, imóveis, móveis ou semoventes, que, direta ou indiretamente, pertençam a pessoas jurídicas de direito público interno. Nos termos do Art. 99 do Código Civil de 2002, são classificados conforme sua destinação em: a) de uso comum do povo; b) de uso especial; e c) dominicais. Apenas os primeiros são objeto de estudo do presente artigo.

Os bens públicos de uso comum do povo se destacam dos demais pois pressupõem a utilização concorrente de toda a comunidade, sem discriminação de usuários, exigência de qualificação, consentimento especial ou estabelecimento de ordem específica para sua fruição. Admitem-se somente regulamentações gerais, de ordem pública. Esta categoria abrange praças, vias públicas, rios de domínio público e mares.

Todos os membros da coletividade podem livremente usufruir desses bens públicos de uso comum, que, em decorrência desse aspecto, têm importante poder agregador e cimentador de laços sociais.

Embora utilizados coletivamente pelo povo ou individualmente por alguns usuários, esses bens ficam sujeitos ao regime administrativo quanto ao seu uso, conservação e alienação, cabendo mormente ao Município sua administração e proteção.

Para utilizar e conservar os bens públicos de uso comum, segundo a sua normal destinação, o Município, caso entenda conveniente administrativamente e estejam preenchidos os requisitos e as condições necessárias, tem a faculdade de repassar a administração desses bens a terceiros, através de mecanismos jurídicos como a autorização, a permissão de uso e a concessão de uso.

Independentemente do meio escolhido para a conservação e proteção desses bens, é imperativa a observação dos princípios da administração pública, explícitos ou implícitos na Carta Magna, dentre os quais, o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da razoabilidade, da finalidade, da eficiência, da motivação e do interesse público.

O princípio da supremacia do interesse público prevê que, em havendo confronto de interesses, há de prevalecer o coletivo, devendo esse ser observado tanto no momento da elaboração da lei, quanto no momento de execução. Em caso de

atuação que não atenda ao interesse público, ter-se-á vício de desvio de poder ou de finalidade, que a tornará nula.

Esse princípio tem fortes razões de ser, tendo em vista que, os bens públicos de uso comum, em especial os espaços públicos, muitas vezes são utilizados, planejados e revitalizados em desacordo com os princípios elencados, mormente o do interesse público, como no caso da praça do Jardim Igapó. Com isso, aniquila-se o seu poder agregador e favorece-se o surgimento paulatino de prejuízos gravíssimos e quase imperceptíveis no começo, como conflitos entre membros de uma mesma comunidade e consequente desintegração, a perda da identidade do grupo e da força política, e, por fim, a privatização do espaço público, uma vez que o mesmo resta descaracterizado.

A alteração de espaços públicos relevantes na vida social de dada comunidade pode atingir profundamente a cultura da mesma na medida em que impõem mudanças nos seus costumes e hábitos, que muitas vezes são heranças sociais de gerações.

A vida em comunidade requer cooperação entre indivíduos e organizações, para o alcance de objetivos comuns. Essa forma de interação pode ser facilmente prejudicada quando os membros da comunidade vêem seus interesses ignorados ou atropelados por seus pares, pelo poder público, por empresas parceiras ou por grupos dominantes. Em consequência, voltam-se uns contra os outros, em total desarmonia.

Não existindo motivações e objetivos coincidentes, possibilidade de encontros futuros, memórias positivas de encontros passados, condições necessárias para o desenvolvimento do comportamento cooperativo, a comunidade perde sua força política e sua identidade como grupo.

Os espaços públicos de uso comum consistem em bens afetados, ou seja, com destinação pública específica, que não podem ser alienados, salvo quando

modificada a natureza de ‘bem de uso comum do povo’ para ‘bem dominical’ – retira-se a finalidade pública específica, com o que se possibilita a alienação do bem, de acordo com a Lei 8.666/93.

As alterações antidemocráticas dos espaços públicos de uso comum ou contrárias à vontade da população, podem acarretar prejuízos culturais e sociais conforme apresentado. Afasta-se as pessoas dos espaços públicos e elimina-se o sentimento de pertença, de cuidado com o que é público, o que facilita a desafetação do bem e posterior alienação.

Percebe-se, destarte, que o interesse público é indisponível. Qualquer ato administrativo referente a espaços públicos de uso comum deve respeitar a história e o simbolismo do local e os interesses de todas as gerações, gêneros e classes sociais que os utilizam.

O espaço público de uso comum está intimamente ligado ao princípio da supremacia do interesse público. A destinação e utilização daquele deve pressupor o cumprimento deste. Ressalta-se que o atendimento ao interesse público alcança os demais princípios da administração pública.

O interesse público, entretanto, não pode ser presumido, manipulado, imposto e não pode servir para acobertar outros interesses. Deve, ao contrário, ser descoberto a partir da manifestação dos mais variados grupos sociais, indivíduos e interesses, sendo necessário, então, um espaço aberto e democrático para a promoção de debates e deliberações em benefício da sociedade e do cidadão.

2. O MODELO DEMOCRÁTICO ATUAL

O sistema representativo brasileiro já não responde aos anseios da sociedade, uma vez que os representados estão afastados da arena decisória e os

representantes já não conseguem identificar e atender a todas as demandas sociais, alcançando o interesse público.

O sentido da palavra democracia representativa, paulatinamente, foi esvaziado e reduzido a mera escolha de dirigentes, sem participação efetiva da sociedade civil.

As decisões de tais dirigentes sobre os espaços públicos de uso comum, via de regra, sequer contemplam o interesse das comunidades que vivem em seu entorno, em total afronta aos seus direitos subjetivos.

Por outro lado, a participação popular direta, mesmo após a Constituição Federal de 1988, permanece rudimentar, mal delineada, pouco desenvolvida, subtraída em sua eficácia e, por fim, um tanto programática (BONAVIDES, 2005).

As normas jurídicas carecem de renovação e rumo na medida em que não concretizam a força participativa do povo, qual flui pura e fulgente do Art. 1º, parágrafo único, da Constituição, *in verbis*: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Os poucos mecanismos de participação popular enunciados no Art. 14, da Constituição – o plebiscito, o *referendum* e a iniciativa popular –, não passam de técnicas negadas ao povo, restando meramente programático o Direito Constitucional, em decorrência da omissão e do silêncio do poderes que governam e legislam neste país.

Acresce-se, ainda, que a carência de espaços e mecanismos efetivos de participação popular potencializam as falhas éticas de representantes do povo, reforçando o caráter do governo como instrumento de poder e privilégios, não como braço executivo de justiça, de garantias individuais intangíveis, de progresso social e de imperativos humanos de solidariedade.

A mecânica representativa fragiliza os governos a forças externas de pressão, que lhe retiram não raro a independência, dando causa a crises de representação política, ocasionadora de significativo desgaste nas bases de legitimidade.

O sistema representativo brasileiro acaba sendo uma falácia institucional, pois não representa de fato a vontade geral. O povo apenas assiste ao que os governos decidem, sem poder para interferir.

A noção de povo, no atual modelo, é obscura, abstrata e irreal. O ente político é objeto e não sujeito, que se vê privado pela extorsão política da titularidade de suas faculdades soberanas. (BONAVIDES, 2008, p.26).

A mídia é a principal mantenedora desse modelo, pois na visão de Paulo Bonavides:

“A mídia escravizada ao capital deforma, entorpece e anula a livre vontade, o livre raciocínio, a livre consciência do ser político, rebaixado a cidadão nominal, a cidadão súdito, a cidadão vassalo – que enorme contradição isto representa! E assim as ditaduras constitucionais sobem ao poder e nele se conservam ostentando a imagem de pseudo-democracia e do pseudo-regime representativo. O povo que não é povo, a multidão que não é gente, a massa que se deixou domesticar, a classe média que já não tem influência no poder e jaz oprimida, o proletariado que perde cada vez mais a capacidade de luta e é perseguido no salário configuram o retrato social da falsa república onde desde muito não

sobrerrestam senão traços ou vestígios de cidadania”.(2008, p. 12).

No entendimento de Bonavides, a que se buscar a constitucionalização da mídia como um dos poderes da república, devendo esse poder ser democrático e legítimo. (2008, p. 13)

O povo, atraído por governos falsamente representativos, deve recobrar a razão libertária de seu destino. (BONAVIDES, 2005).

É imprescindível a implementação de instituições políticas mais sólidas, mais legítimas, próximas do povo e afeiçoadas à participação social, que visam a possibilitar o máximo desenvolvimento das garantias individuais e a assegurar que o Estado cumpra suas funções constitucionalmente estabelecidas. Os cidadãos devem, juntos, reivindicar seus espaços e avançar em suas conquistas.

O povo precisa de investidura de poder sem disfarce. Na visão de Paulo Bonavides, o século XXI está fadado a ser o século do cidadão governante. (BONAVIDES, 2005).

3. NOVO MODELO DEMOCRÁTICO: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O século XIX, considerado o século do legislador, foi sucedido pelo século do juiz e da justiça constitucional universalizada. O século XXI, por sua vez, é vislumbrado como o século do cidadão governante e soberano, do cidadão titular de direitos fundamentais de todas as dimensões. É neste século, que há de se presenciar, nos ordenamentos políticos e na prática constitucional, o ocaso do atual modelo de representação e de partidos (BONAVIDES, 2005).

O Estado democrático-participativo tem sua fórmula política mais acabada na expressão democracia participativa, modelo que libertará e emancipará os

povos, arvorando a bandeira da soberania, da igualdade e da justiça social (BONAVIDES, 2008, p.19-20).

Para Paulo Bonavides, a democracia representativa diferencia-se substancialmente da democracia participativa:

“Na clássica democracia representativa o povo simplesmente adjetivava a soberania, sendo soberano apenas na exterioridade e na aparência, na forma e na designação; já com a democracia participativa aqui evangelizada, tudo muda de figura: o povo passa a ser substantivo, e o é por significar a encarnação da soberania mesma em sua essência e eficácia, em sua titularidade e exercício, em sua materialidade e conteúdo e, acima de tudo, em sua intangibilidade e inalienabilidade; soberania da qual o povo, agora, não conhece senão o nome, a falsa representatividade, o falso testemunho, a falsa valorização.” (BONAVIDES, 2008, p. 44)

A preponderância representativa, do ponto de vista constitucional, não é posta de maneira rígida e intangível. Possibilita-se, indubitavelmente, a trasladação da hegemonia representativa para a popular. Ora, a própria Constituição reconhece que o povo é depositário de um teor de legitimidade superior, titular do princípio da soberania popular, sendo, contudo, necessária a repolitização dessa legitimidade:

“A democracia participativa é direito constitucional progressivo e vanguardeiro. É direito que veio para repolitizar a legitimidade e reconduzi-las às suas nascentes históricas, ou seja, àquele período em que foi bandeira a liberdade dos povos”. (BONAVIDES, 2008, p. 33)

“O cidadão, nesse sistema, é, portanto, o povo, a soberania, a nação, o governo; instância que há de romper a sequência histórica na evolução do regime representativo, promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a passagem a uma democracia direta, de natureza legitimamente soberana e popular.” (BONAVIDES, 2008, p. 34-35).

A democracia participativa é o caminho a ser trilhado, pois representará a democracia emancipatória dos povos oprimidos na proporção em que desenvolvem a consciência de suas liberdades, de seus direitos fundamentais, de sua livre organização de poderes.

Prima-se por espaço ao povo senhor de seu presente e futuro, de sua soberania, coisa que nunca será enquanto somente governarem em seu nome, privando-o de participar do governo. É preciso ter em mente que apenas com a participação do povo se terá democracia. Nos dizeres de Habermas:

“[...] na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é

deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas.” (HABERMAS, 2003, p. 213)

Esse novo modelo democrático viabiliza a concretização dos princípios da dignidade da pessoa humana, da soberania popular, da soberania nacional e da unidade da Constituição, princípios esses cardeais que compõem sua estrutura constitucional. (BONAVIDES, 2008, p.10).

A participação popular, nos processos decisórios hodiernos, ganhou destaque com a implantação do Orçamento Participativo, mecanismo ampliado de engajamento da sociedade na gestão das políticas públicas, em funcionamento em mais de 100 municípios no Brasil, que têm como referência a cidade de Porto Alegre.

A referida cidade adota sistema de participação direta no Orçamento Participativo, por tema e região, através de uma rede de conselhos municipais formados por representantes de entidades e associações que também influenciam, fortemente, nas políticas públicas.

Essas experiências possibilitaram a expansão dos princípios e modelos democrático-participativos, partindo da esfera local rumo à esfera nacional, tendo em vista que vários municípios brasileiros se espelharam e se espelham nessa experiência para direcionar suas políticas públicas.

Percebe-se, com isso, que outras medidas de caráter local podem ser adotadas como ferramentas eficazes de consolidação do modelo participativo e de propagação dos seus benefícios, mormente o resgate do espírito coletivo e da participação popular.

4. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NOS ESPAÇOS PÚBLICOS DE USO COMUM

Diante do número de envolvidos e da natureza das ações que se desenvolvem nos espaços públicos de uso comum, nomeadamente as de cunho cultural, político e social, esses são poderosos auxiliares na construção do sistema democrático-participativo por dois motivos.

Primeiramente, os espaços públicos de uso comum possuem importante papel agregador e cimentador de laços sociais, mostrando-se essenciais para o fortalecimento da consciência coletiva geral. Esses espaços quando concebidos como espaços urbanos acessíveis à diversidade, promovem a coexistência de uma multiplicidade de pessoas, ofícios e culturas que se complementam mutuamente. Através das atividades em grupo e da percepção do outro, combate-se o sentimento individualista predominante na nossa sociedade.

Segundo, porque a participação do povo se dará mais facilmente no âmbito local, pela proximidade de assuntos com suas vidas. As deliberações terão reflexos no seu próprio futuro, tendo em vista que os espaços públicos se desenvolverão com a participação dos cidadãos que o utilizam, de modo que eles próprios possam identificar os problemas e as melhorias necessárias, deliberá-las, sem, contudo, atropelar a história e o simbolismo do local, em benefício de toda comunidade.

Assim, dentro do contexto do espaço local, ruas, bairros e municípios podem cumprir relevante papel no sentido de oportunizar a vivência e a consolidação da democracia participativa.

Para Paulo Bonavides, esses espaços consistem em um dos mais importantes pólos políticos de conscientização participativa da cidadania:

“é sem dúvida a primeira das estradas por onde, nos distritos de sua autonomia social, há de caminhar, em preparação constitutiva, a democracia direta do terceiro milênio. Democracia que assume o status de direito da quarta geração, direito cuja universalidade e essencialidade compõem o novo ethos que o gênero humano, em sua irreprimível vocação para a liberdade, a igualdade e a justiça, toma por inspiração.”
(BONAVIDES, 2008, p. 279)

E ainda:

“Em cada coletividade política, historicamente constituída, a tônica do poder legítimo sempre recaiu, de preferência, sobre estes locais, que fazem breve a distância de governantes a governados, de tal sorte que a cidadania se exercita com mais velocidade, dinamismo e vigor em sua esfera de interesses imediatos, comuns aos membros do corpo social.” (BONAVIDES, 2008, p. 279)

A democracia participativa aplicada na utilização dos espaços públicos de uso comum possibilita o emprego das habilidades de cada um, o encontro dos seus interesses individuais e imediatos, encurta a distância entre governantes e governados, e conseqüentemente, propicia melhores resultados, visíveis e rápidos.

A atuação da comunidade em relação aos espaços públicos soluciona o comodismo e a idéia de que é mais fácil receber as coisas prontas do que agir. Com a participação, “os cidadãos tornam-se protagonistas da sua própria história, deixam de ser objetos das iniciativas de outros e tornam-se sujeitos do seu futuro” (SCHMIDT, 2006, p. 1774).

Nessa mesma linha, convém lembrar que as ágoras – espaços de discussão e debate de idéias no qual os gregos praticavam a democracia direta – já possuíam, no contexto das cidades nas quais estavam inseridas, um aspecto simbólico bastante importante na cultura de cada um dos povos: eram a materialização de uma certa ideia de público e de participação na democracia.

A democracia participativa em favor dos espaços públicos de uso comum vincula-se ao entendimento de que as decisões devem ser tomadas em nível político local, mais próximas de onde serão aplicadas. Orienta, assim, à descentralização política e administrativa.

O processo de participação dos indivíduos nas deliberações e utilizações dos espaços públicos, como atores sociais capazes de transformar a realidade, é longo. É construído passo a passo, com articulação e convencimento dos cidadãos de que a sua participação na definição dos rumos do seu espaço local pode dar certo.

As associações dos moradores constituem alternativa acessível de realização e sustentação da proposta de concretização da democracia participativa, desde que orientadas para essa finalidade.

Mencionadas associações devem ser abertas a participação de todos os moradores, que devem ter amplo acesso às informações e às discussões, como pressuposto necessário à melhor deliberação.

Como corolário das deliberações, tem-se a sua concretização, a exigir também, paralelamente, controle e fiscalização, como forma de garantir a implementação do que restou decidido, assegurado aos interessados a possibilidade de cobrança e crítica.

Frisa-se que a diretoria dessas associações deve ser composta por pessoas legitimamente eleitas, comprometidas com os valores da democracia participativa e, apesar disso, sujeitas à fiscalização pelo seus pares, em especial por conselho fiscal independente, escolhido de modo autônomo à eleição dos dirigentes.

Torna-se lugar comum ressaltar que a democracia participativa não pode prescindir da publicidade dos atos de administração.

Os estatutos, considerando que o espírito democrático de nossa época se inclina para a rejeição do formalismo tradicional, devem ser simples, de caráter principiológico, contudo, com regras claras que assegurem ampla divulgação a todos os atos do processo eleitoral, bem como prazos razoáveis para registro e impugnação de candidaturas, dentre outros atos do gênero.

A auto-organização e auto-regulamentação implicam em associações construídas e regulamentadas pelos próprios participantes num saudável exercício de soberania popular, que não fique sempre a mercê de leis e decretos aprovados por outros.

Importante, outrossim, a incorporação de critérios de proporcionalidade quando a comunidade não encontra consenso. O espírito de solidariedade deve definir variáveis para hierarquizar obras e serviços.

Essas associações devem se caracterizar pelo caráter propositivo, e não pelo de puro protesto. Para isso, impõe-se buscar parcerias com os entes e entidades públicos, especialmente com os municipais. Uma saída interessante seria a buscar formas de reverter à comunidade parte do que fosse arrecadado pela administração pública, como forma de educá-la para o civismo.

As reuniões dessas associações precisam dispor de momentos de confraternização, para o grupo fortalecer sua identidade. Além disso, devem ser itinerantes de modo a se tornarem acessíveis e convidativas.

Mecanismos que levem as pessoas à participação e à integração devem ser implementados sempre que possível. São eles a utilização de auditórios e mesas redondas, promoção de atividades e esportes coletivos, campanhas sociais que incluam os idosos, as crianças, os adolescentes, os deficientes físicos, ou seja, campanhas que provoquem o interesse pelo outro e a empatia.

O efeito dessas medidas será o avanço da consciência democrática.

Apesar de sua importância, inúmeros espaços públicos brasileiros encontram-se abandonados e degradados. Alguns são usados indevidamente, outros são terrenos baldios ou depósitos de lixo. Há falta de equipamentos adequados nas praças, tais como bancos, iluminação e locais de integração para as diferentes faixas etárias. E ainda que haja construções de lazer nesses espaços, a população, muitas vezes, não participa, não os utiliza tanto quanto poderia. Não há o sentimento de pertença e cuidado com o que é público.

No mencionado caso da praça do Jardim Igapó, a boa estrutura física para os jogos de malha e bocha praticados pelos idosos foi construída em detrimento dos interesses das crianças e mulheres. Não houve o exercício da democracia participativa, e nem de qualquer outra, para saber se tais jogos representavam a vontade da comunidade como um todo, ou apenas de um grupo. Portanto, em vez de

estreitar os laços afetivos e sociais entre os moradores, o que se percebe é que tais construções os desagregaram, pelos inúmeros conflitos que criaram.

A participação da comunidade é fator essencial para a própria existência dos espaços públicos, tanto em relação à qualidade física do espaço, como em relação à presença, ou não, de usuários.

Tendo em vista a importância ambiental, social e cultural desses espaços, reitera-se a necessidade de preconizar mudanças que façam o pêndulo do regime inclinar-se para participação popular, a partir do exercício do poder político pautado no debate entre cidadãos livres e em condições iguais de participação, traduzindo a implementação da democracia participativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inúmeros espaços públicos de uso comum são utilizados, planejados, revitalizados, em desacordo com a vontade da população, gerando conflitos nas comunidades, desintegração e a perda da identidade do grupo e da força política.

A questão democrática é central em qualquer processo. A democracia participativa, por seu potencial mobilizador e conscientizador, permite aos cidadãos serem agentes de seus interesses e direitos coletivos, ao passo que na democracia representativa seriam no máximo meros espectadores, portanto, com menos perspectivas de concretização de tais interesses e direitos.

Os bens municipais de uso comum do povo, não obstante estejam juridicamente à disposição da coletividade, permanecem na democracia representativa sujeitos à vontade de grupos que eventualmente se organizem para utilizá-los em benefício próprio, independentemente da vontade da maioria, cuja mensuração somente seria possível por meio da democracia participativa.

A administração participativa de espaços públicos não deve ser vista apenas como maneira de conservação e proteção desses espaços, mas como ferramenta para o empoderamento das comunidades, construção de um novo modelo democrático de direito e fortalecimento do espírito coletivo, de maneira a combater o individualismo tão estimulado pelo nosso sistema econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *As bases da democracia participativa*. Disponível em http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/14529_Cached.pdf Acesso em 09 nov. 2012.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre Facticidade e Validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

PAIVA, Maria Arair Pinto Paiva. *Espaço público e representação política*. Niterói-Rj, Brasil: Eduff, 2000.

PONT, Raul. *Democracia representativa e democracia participativa*. Disponível em: <http://www.ufrn.br/sites/engenhodesonhos/mediateca/artigos/democracia.pdf> Acesso em 09 nov. 2012.

SCHMIDT, João Pedro. *Exclusão, inclusão e capital social: o capital social nas ações de inclusão*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta.(Org). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. 6t. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

O MONOPÓLIO ESTATAL DO USO DA FORÇA: O BRASIL COMO ATOR INTERNACIONAL

Fernando de Alvarenga Barbosa¹

Jéssica Oliveira de Almeida²

RESUMO

Este trabalho tem como objeto os tratados que o Brasil ratificou sobre as diretrizes para o uso da força, monopólio legítimo do Estado, segundo Max Weber (1919), para os profissionais de segurança pública. Além desses, tratados como a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, de dezembro de 1984 e os Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, de setembro de 1990, foram ratificados pela República brasileira. Os direitos fundamentais, preservados e publicados nas Constituições estaduais, cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos contra o ente mais forte e às vezes, opressor. Por definição, cidadãos são as pessoas vinculadas jurídica e politicamente ao Estado, principalmente sob dois aspectos: estabelecendo de maneira objetiva normas de competência para os poderes públicos, proibindo as ingerências na esfera jurídico-individual e, tendo o poder de exercer de maneira positiva seus direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte destes. Ainda que

¹ Especialista em Segurança Pública pela UFF/RJ. Delegada de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro.

² Isidore Auguste Marie François Xavier Comte, francês, foi filósofo e sociólogo do século XIX. É considerado o criador do Positivismo e da disciplina Sociologia.

legítimo, deve haver “bom senso” por parte das forças de segurança estatais, que são o próprio Estado em ação - na proteção de bens e dos direitos individuais e coletivos, bem como na manutenção da ordem pública - para a concreta medida do uso da força. Assim, busca-se o melhor entendimento do papel do Brasil no palco internacional, em razão dos eventos internacionais próximos.

Palavras-chave: *Direito Internacional; Estado; Tratado.*

ABSTRACT

This work aims to treat that Brazil ratified the guidelines for the use of force, legitimate monopoly of the state, according to Max Weber (1919), for public safety professionals. Besides these, treaties such as the Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading, December 1984 and the Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials, September 1990, were ratified by the Brazilian Republic. Fundamental rights, preserved and published in State Constitutions, fulfill the function of defending the rights of citizens against being stronger and often oppressive. By definition, those citizens are legally and politically tied to the state, mainly in two aspects: an objective of establishing standards of competence for the public authorities, forbidding interference in the legal sphere-individual and having the power to exercise positively fundamental rights and to demand omission of public authorities, in order to avoid damaging assault on their part. Although legitimate, there should be "common sense" by the state security forces, which are the state itself in action - the protection of property and of individual and collective rights, and in maintaining public order - for the real extent of use of force. The aim is a better understanding of Brazil's role on the international stage, due to international events nearby.

Keywords: *International Law, State; Treaty.*

A uma primeira leitura, pode-se pensar que o tema vem para explicar e autorizar a força do Estado aplicada sobre seus cidadãos, com o fulcro de legitimá-lo na manutenção da ordem pública, afinal o lema nacional inscrito no Pavilhão brasileiro é “Ordem e Progresso”.

A expressão em realidade é o lema político do positivismo, de autoria do francês Augusto Comte:¹ “O Amor por princípio e a Ordem por base; o Progresso por fim”. O positivismo influenciou o texto constitucional brasileiro promulgado em 1891, possuindo ideais republicanos, como a busca de condições sociais básicas, através do respeito aos seres humanos, de salários dignos, bem como o melhoramento do Estado em termos materiais, intelectuais e, principalmente morais, entre outras questões.

Manter a ordem pública está dentre as funções do Estado e para tanto, por vezes faz-se necessário um controle mais enérgico. É o Direito interno, expressão da soberania estatal, que internamente pode ser considerado um poder do Estado ilimitado. Esta força será aplicada de acordo com o caso específico, como por exemplo: em desentendimentos entre vizinhos, poderá o Judiciário intervir. Entretanto, em confrontos entre Estados, ou entre grupos de insurgentes e Estados, como o confronto na Faixa de Gaza,² cabe ao direito internacional, exercício da soberania

¹Um bombardeio israelense atingiu na madrugada deste sábado, 17/nov/12, a sede do governo do movimento islamita Hamas em Gaza, no quarto dia consecutivo da ofensiva israelense “Pilar Defensivo”. Apenas neste sábado nove pessoas morreram, de acordo com fontes médicas. No Cairo, uma fonte governamental afirmou que o presidente do Egito, Mohamed Mursi, iria manter conversações com o emir do Catar, o primeiro-ministro da Turquia e o líder do Hamas, Khaled Meshaal, na capital egípcia neste sábado, para discutir a crise em Gaza. Disponível em <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/11/sirenes-de-alerta-aereo-soam-em-tel-aviv-afp.html>.

²O Papa João XXIII, na encíclica *Pacem in Terris*, definiu o bem comum como “O conjunto de todas as condições de vida social que consistam e favoreçam o desenvolvimento integral da pessoa humana”. Para alguns autores seria *um*

INTRODUÇÃO

internacional, que se expressa por meio da chamada sociedade internacional, fazer a intervenção, buscando principalmente proteger aqueles que não estão envolvidos no conflito bélico, ou seja, civis.

Em um contexto interno do Estado, sabe-se que a principal finalidade deste ente é manter a sociedade organizada ou, além disso, alcançar o denominado bem comum.¹ Esta finalidade e outros fins devem ser atingidos pela via governamental, ou seja, especialmente pelo governo, que foi legitimado para dirigir, manter e proteger este ente fictício. Porém, diversas vezes o próprio Estado se acha incapaz de atingir esses objetivos, necessitando de ajuda.

Faz-se necessário então, compreender onde o Estado se encaixa na sociedade internacional, qual é a sua função e, não obstante quais são os demais atores desta sociedade. Por muitas vezes são estes entes, como as organizações internacionais, criadas pelos próprios Estados, que cooperam com eles. Por isso, pode-se dizer que se tem uma situação de interdependência das nações. Desta forma, sendo o Brasil um

elemento essencial ao Estado, para outros seria *um elemento caracterizador* do Estado, mas não seria sua essência. A doutrina Moderna, em sua maioria o coloca como essencial, determinando, portanto, que são elementos essenciais do Estado seu Povo, seu Território delimitado, o Governo, a Soberania e a Finalidade. CRETELLA JR, José e CRETELLA NETO, José. *1000 perguntas e respostas sobre Teoria Geral do Estado*. Forense: Rio de Janeiro, 2004. p.9.

¹ “Substantivo feminino. 1. Lugar ou estado ideal, de completa felicidade e harmonia entre os indivíduos. 2. qualquer descrição imaginativa de uma sociedade ideal, fundamentada em leis justas e em instituições político-econômicas verdadeiramente comprometidas com o bem-estar da coletividade.” É importante acentuar que “Utopia” é um “não lugar”, um lugar ainda não construído, o que não significa que não possa existir. Através dos tempos, mudou-se sua definição, caindo no erro comum de que é algo impossível. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua portuguesa.

sujeito de Direito internacional, parte integrante deste contexto e, principalmente, cada vez mais visto e ouvido, tem certamente suas responsabilidades no âmbito da sociedade internacional.

Este texto propõe um maior e melhor entendimento sobre o que é o uso da força, visto pela esfera internacional e interna. Visa demonstrar a inter-relação entre o direito internacional e o direito interno, o que por suposto, traz um maior comprometimento por parte do Estado. Com isso, busca aproximar as forças de segurança, o aparato forte do Estado, para a realidade das questões internacionais, do Direito Internacional e, principalmente, apresentar o Brasil como sujeito ativo de direitos e deveres na seara internacional, pois além das questões econômicas, que dão visibilidade imediata, há o engajamento nos eventos internacionais que aqui acontecem e acontecerão.

1. A SOCIEDADE INTERNACIONAL

Através dos tempos, vinculou-se o homem a outros, passando a viver em sociedade. Esta vinculação pode ter ocorrido por seu próprio impulso, o homem é um ser ontologicamente social — Corrente da formação natural da sociedade — ou também, pelo contrato social que estabelece com o outro — Corrente Contratualista da formação da sociedade. De toda forma, o ser humano buscou viver em sociedade (Esper, 2001, p.4). Defini-la, sem medo de errar, é tarefa que demanda um profundo estudo. Cretella Jr. (2004, p.4), a define da seguinte forma:

Sociedade é o conjunto relativamente complexo de indivíduos de ambos os sexos e de todas as idades, permanentemente associados e equipados de padrões culturais comuns, próprios para garantir a continuidade do todo e a realização de seus ideais.

Este conceito é restrito ao que chamamos de sociedade interna ou estatal. Entretanto, o que é a denominada sociedade internacional? Ela se caracteriza pela relação entre as diversas coletividades, de acordo com Celso Mello (Mello, 2002), não possuindo os mesmos caracteres das ordens internas, logicamente. A sociedade internacional é composta pelas chamadas pessoas de direito internacional. Pessoa é o ser a quem se atribuem direitos e obrigações, equivalendo-se aos sujeitos de direito internacional. Os sujeitos de direito internacional são os entes destinatários das normas jurídicas internacionais, tendo atuação e competência delimitada pelas referidas normas.

A sociedade internacional está sempre em constante mutação e, por isso, pode-se dizer que é dotada de uma complexidade além da própria sociedade interna. Isso decorre das suas próprias características como ser aberta, paritária, descentralizada e universal. Estas características são as responsáveis pela adequação da sociedade internacional às modificações constantes decorrentes das questões culturais, políticas, sociais e econômicas considerados fatores que influenciam diretamente a sociedade internacional, fazendo surgir até mesmo novos atores, que terão muitas vezes um papel significativo no palco internacional.

Antônio Augusto Cançado Trindade, hoje na Corte Internacional de Justiça, na Haya/Holanda – CIJ (braço jurídico da ONU) entende que o Direito Internacional enfrenta no século XXI, novas ameaças à paz e segurança, em meio a uma grande crise existencial, decorrente até mesmo das questões citadas acima. (Trindade, 2006).

Nunca, como nas últimas décadas, tem se constatado tanto progresso na ciência e tecnologia, acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade. Nunca,

como em nossos tempos, tem se verificado tantos sinais da prosperidade acompanhados, de modo alarmante, de tanto aumento das disparidades econômico-sociais e da pobreza crônica e extrema.

O Principal objetivo da sociedade internacional é a sua pacificação, sem litígios contundentes, que por certo afetam muito a vida em sociedade, a plena convivência entre os Estados. Isto somente pode ser alcançado por meio da solução pacífica de controvérsias, principal norma *jus cogens*, aceita por todos os Estados como tal, ou seja, é norma reconhecida como imperativa e de efeitos *erga omnes* de direito internacional, o qual nenhuma derrogação é permitida, de acordo com o artigo 53 da Convenção de Viena relativa a tratados internacionais, de 1969. Esta é a chamada verdadeira “utopia das Nações”,¹ prevista no preâmbulo da Carta da ONU de 1945:

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de

¹Realizada em Montevideu, capital do Uruguai, estabeleceu as prerrogativas para que um Estado esteja integrado ao Direito Internacional contemporâneo.

outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla (...).

Em busca de soluções pacíficas de litígios internacionais, a Carta das Nações Unidas no seu artigo 33, prevê os meios diplomáticos, políticos e jurisdicionais.

As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha. (...)

2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.

Ainda que existam várias possibilidades para encontrar a solução pacífica, não há hierarquia entre elas, já que são, na realidade, alternativas a serem escolhidas pelos litigantes de acordo com a situação fática, visando não somente solucionar os entrelhos existentes na sociedade internacional, como também, prevenir futuros conflitos internacionais e não internacionais, as denominadas guerras civis.

2. O ESTADO E SEU RECONHECIMENTO COMO SUJEITO DE DIREITO INTERNACIONAL

A Convenção de Montevideu sobre os Direitos e Deveres dos Estados,¹ de 1933, estabeleceu as prerrogativas e os critérios para que um Estado seja integrado ao Direito Internacional. Os requisitos que um Estado deve ter para ser mundialmente reconhecido como tal é ter o elemento físico, o território definido; o elemento humano que é o povo; um governo soberano, independente e autônomo, com autoridade efetiva sobre o seu território e capacidade de se relacionar com outras nações.

O reconhecimento do Estado pode ser definido como o ato pelo qual os Estados já existentes na Ordem Internacional constatarem a existência de um novo membro. A natureza jurídica do ato do reconhecimento pode ser declaratória ou constitutiva. O reconhecimento tem como características ser ato unilateral, discricionário, incondicional e irrevogável, podendo ser feito de forma individual ou coletiva.

É capaz de demonstrar a existência do Estado como sujeito de Direito Internacional Público e constatar que o Estado possui as condições necessárias para participar das discussões dos temas relevantes da ordem internacional, principalmente no seio da ONU e que a sua existência, não contrasta com os interesses dos Estados que o reconhecem.

Celso Mello afirma que o reconhecimento tem natureza declaratória, pois o reconhecimento é um simples ato de constatação do Estado que é anterior a ele, tendo efeito de estabelecimento de relações diplomáticas simplesmente (Mello, 2002). De acordo com o art. 3.º da Convenção de Montevideu sobre Direitos e Deveres do

¹“O Estado soberano moderno se define pelo “monopólio da força legítima”: sobre seu território ele assegura soberanamente a polícia; em relação ao exterior, ele é o senhor da guerra, supremo instrumento para se opor a toda agressão externa”. (La reforme de l'ONU, obsédante et impossible, por Philippe Moreau Defarges).

Estado, de 1933, “a existência política do Estado é independente de seu reconhecimento pelos outros Estados”.

De acordo com a Convenção de Montevideu no artigo 6º, o reconhecimento de um Estado significa que aquele que reconhece, aceita a personalidade jurídica internacional do outro reconhecido, com todos os direitos e deveres decorrentes de ente da sociedade internacional, mas não é ele que confere a personalidade jurídica internacional do novo ente. Logo, pode-se dizer que o reconhecimento de um Estado novo é um direito deste, desde que reúna todos os elementos considerados essenciais citados anteriormente e um dever dos demais pares da sociedade internacional.

O não reconhecimento só pode ter lugar quando o novo Estado tenha sido criado em desacordo com o Direito Internacional Público, ou seja, mediante violação grave do DIP, de acordo com o artigo 41, parágrafo 2º, do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, de 2001, elaborado pela Comissão de Direito Internacional da ONU.

Atualmente, entende-se que a admissão de um Estado na ONU representa o reconhecimento deste Estado por todos os seus membros, pois a ONU é uma organização dita intergovernamental. Ela expressa as decisões tomadas pelos Estados membros, tanto na Assembleia Geral, órgão considerado o mais democrático das Nações Unidas, por estarem representados todos os Estados, como também no Conselho de Segurança, órgão responsável pela segurança e paz internacional.

A composição do CS foi de 11 Estados até a reforma de 1961. Hoje, estão representados apenas 15 Estados, dos quais cinco são os permanentes, que possuem direito de veto e cadeira permanente e 10 são os rotativos, que ficam por um período de apenas dois anos, no qual o Brasil esteve até 2011. O artigo 23 da Carta das Nações Unidas explica:

ARTIGO 23 - 1. O Conselho de Segurança será composto de quinze Membros das Nações Unidas. A República da China, a França, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do norte e os Estados Unidos da América serão membros permanentes do Conselho de Segurança. A Assembleia Geral elegerá dez outros Membros das Nações Unidas para Membros não permanentes do Conselho de Segurança, tendo especialmente em vista, em primeiro lugar, a contribuição dos Membros das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança internacionais e para os outros propósitos da Organização e também a distribuição geográfica equitativa.

2. Os membros não permanentes do Conselho de Segurança serão eleitos por um período de dois anos. Na primeira eleição dos Membros não permanentes do Conselho de Segurança, que se celebre depois de haver-se aumentado de onze para quinze, o número de membros do Conselho de Segurança, dois dos quatro membros novos serão eleitos por um período de um ano. Nenhum membro que termine seu mandato poderá ser reeleito para o período imediato.

3. O ESTADO E O USO DA FORÇA

A concepção de que um ente foi reconhecido como Estado, que seus poderes emanam do povo, a exemplo da Constituição brasileira, em seu artigo 1º, parágrafo único e, por ter constituído o Direito, através de sua Constituição, torna-o Estado Democrático de Direito. Democracia como governo do povo pertence ao domínio da teoria (Maluf, 2009).

Este governo não existiu nem na democracia ateniense, onde o Estado era liderado pelos sábios e as assembleias populares eram formadas pelos cidadãos, não pela população. O próprio Jean-Jacques Rousseau, em seu Contrato Social afirma: “A tomar o termo no rigor da sua acepção, nunca existiu a verdadeira democracia e jamais terá ela existência. É contra a ordem natural que o grande número governe e que o pequeno número seja governado.”

Atuante no plano internacional, o Estado tem por definição e função, levar o bem comum, o bem estar social, àqueles que passaram a ele seu poder: o de governá-los. J.J. Rousseau, em sua obra de 1762, argumentava:

Uma forma de associação que defenda a própria pessoa e os bens de cada associado de qualquer força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, não obedeça, portanto senão a si mesmo, ficando assim livre como dantes. É então que ocorre a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos a favor da comunidade. Nesse instante, o ato de associação produz um corpo moral e coletivo, que é o Estado, enquanto mero executor de decisões, sendo soberano quando exercia o poder de decisão. O soberano, portanto, continua a ser o

corpo de pessoas associadas, mesmo depois de criado o Estado.

O Contrato Social para Rousseau é um acordo entre indivíduos para se criar uma Sociedade, e só então um Estado, isto é, o Contrato é um Pacto de associação, não de submissão. Para manter a ordem pública e tornar viável a paz social, legitima a ele, Estado, o poder de usar a força, caso necessário para a manutenção da ordem.

O Estado não se deixa definir a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, tal como é peculiar todo outro agrupamento político, ou seja, o uso da coação física. Para Max Weber (Weber, 1974, p. 43-44), “deve entender-se como um instituto político de atividade contínua, quando e na medida em que seu quadro administrativo mantenha com êxito o monopólio legítimo da coação física para a manutenção da ordem vigente”.

Logo, o monopólio da violência física não está garantido pelo Estado; ele deve ser reclamado continuamente por um processo de conquista que, na sociedade moderna, só é possível na medida em que repousa sobre os ditames legais. O problema empírico é verificar como se dá a luta pelo monopólio da violência física no domínio simbólico através dos discursos da Secretaria de Estado de Segurança Pública.

Ainda que legítimo,¹ é difícil, mas não impossível, saber qual a real medida do uso da força, por parte das tropas de segurança, que são a representação do Estado,

¹ “Responsabilidade civil do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil. Latrocínio cometido por foragido. Nexo de causalidade configurado. Precedente. A negligência estatal na vigilância do criminoso, a inércia das autoridades policiais diante da terceira fuga e o curto espaço de tempo que se seguiu antes do crime são suficientes para caracterizar o nexos de causalidade. Ato omissivo do Estado que enseja a responsabilidade objetiva nos termos do disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição do Brasil.” (RE

melhor dizendo, são o próprio Estado.¹ Há que se observar que existem distorções a serem corrigidas, quando do mau uso desta prerrogativa de legitimidade.

573.595-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 24-6-08, 2ª Turma, *DJE* de 15-8-08). *In Constituição e o Supremo - Versão Completa*: Supremo Tribunal Federal.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> [26/1/2010, 15:21h]. Pág. 599.

“Caso em que o policial autor do disparo não se encontrava na qualidade de agente público. Nessa contextura, não há falar de responsabilidade civil do Estado.” (RE 363.423, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 16-11-04, 1ª Turma, *DJE* de 14-3-08). “Responsabilidade civil objetiva do Estado. Artigo 37, § 6º, da Constituição. Crime praticado por policial militar durante o período de folga, usando arma da corporação. Responsabilidade civil objetiva do Estado. Precedentes.” (RE 418.023-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 9-9-08, 2ª Turma, *DJE* de 17-10-08). No mesmo sentido: RE 213.525-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 9-12-08, 2ª Turma, *DJE* de 6-2-09. *In Constituição e o Supremo - Versão Completa*: Supremo Tribunal Federal.

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> [26/1/2010, 15:21h]. Pág. 601.

¹Polícia Civil faz operação de combate ao tráfico de drogas: Rio - Cerca de 90 policiais da 65ª DP (Magé), com o apoio de delegacias da Baixada, do interior e da Coordenadoria de Recursos Especiais (CORE) realizam operação na manhã desta quarta-feira em comunidades do Rio, Magé e São Gonçalo. <http://odia.ig.com.br/portal/rio/civil-faz-opera-1.491483>. 19.09.2012 às 07:38h.

“Guerra ao tráfico no Rio segue fracasso da guerra ao terror de Bush”: Soldados em fileira marcham pelas ruas de uma cidade latino-americana. Blindados avançam destruindo carros e motos. Golpe de Estado? Não, é mais um capítulo da chamada “guerra ao tráfico” em sua versão militarizada e cada vez mais midiática. <http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/guerra-ao-trafico-no-rio-segue-fracasso-da-guerra-ao-terror-de-bush.html>. 5 de dezembro de 2010 às 11:37h.

Existe aqui o paradoxo dever e fazer. O Estado deve manter a segurança do indivíduo e o faz, mas por muitos momentos se utiliza da força, que juridicamente é sua prerrogativa legítima. Em outros momentos “cerca os olhos” a vandalismos, sendo permissivo a determinados atos, até que é chamado ao dever.

3.1. O Estado Democrático brasileiro e seu dever

O poder Legislativo é o responsável pelo processo de construção das leis. Escolhido pelo povo, que vota, elegendo seus componentes é, em última análise, quem faz as leis. As leis são uma forma de coação, como também de dar ordens à sociedade: “não faça isso, porque ficará sem liberdade; se fizer assim levará uma multa, etc..”

A solução dada pela lei é mais democrática, em razão de ser fruto de debates parlamentares, que são a expressão da vontade política de um povo. Ao ter a iniciativa de construir-se República, o Estado brasileiro se declarou um Estado Democrático de Direito, tendo previsão constitucional na Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988, que descreve a forma de Estado e de Governo deste país:

Artigo 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 tem como fundamentos:

I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

A administração deve servir ao interesse público, tendo a ordem pública como uma das maiores finalidades da polícia administrativa. O poder de polícia tem o dever de segurança, salubridade e a boa ordem pública e nesta boa ordem está a moralidade e a tranquilidade. Assim, poderá ser chamada de atividade coercitiva, de ordenação ou garantia, sendo legitimada na atividade de segurança pública, prevista constitucionalmente:

CRFB/1988. Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, (...).

José Maria P. Madeira entende que “O fundamento do poder de polícia decorre da supremacia exercida pelo Estado sobre todas as pessoas, bens e atividades existentes no meio social” (Madeira, 2000). Em razão disso, há que se ter cuidado com o discurso político. Palavras e expressões utilizadas pela imprensa e pelo governo legal,¹ são lidas e ouvidas pela ordem internacional, que se legitimam como

¹ “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.” (Súmula Vinculante 11). *In Constituição e o Supremo - Versão Completa: STF - Supremo Tribunal Federal*. <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp> [26/1/2010, 15:21h]. Pág. 7.

“O julgamento perante o Tribunal do Júri não requer a custódia preventiva do acusado, até então simples acusado – inciso LVII do artigo 5º da Lei Maior. Hoje não é necessária sequer a presença do acusado (...). Diante disso, indaga-se: surge harmônico com a Constituição mantê-lo, no recinto, com algemas? A resposta mostra-se iniludivelmente negativa. Em primeiro lugar, leve em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. Segundo o artigo 1º da Carta Federal, a própria República tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. Da leitura do rol das garantias constitucionais – artigo 5º –, depreende-se a preocupação em resguardar a figura do preso. (...) Ora, estes preceitos – a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país – repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. (...) Quanto ao fato de apenas dois policiais civis fazerem a segurança no momento, a deficiência da estrutura do Estado não autorizava o desrespeito à dignidade do envolvido. Incumbia sim, inexistente o necessário aparato de segurança, o adiamento da sessão, preservando-se o valor maior, porque inerente ao cidadão.” (HC 91.952, voto do Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7-8-08, Plenário, DJE de 19-12-08). *Ibidem*, pág.8.

“A simples referência normativa à tortura, constante da descrição típica consubstanciada no art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exterioriza um universo conceitual impregnado de noções com que o senso comum e o sentimento de decência das pessoas identificam as condutas aviltantes que traduzem, na concreção de sua prática, o gesto ominoso de ofensa à dignidade da pessoa humana. A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até

observadores, pois são palavras de ordem de um cenário em guerra declarada. Muitas vezes questionam: O que estão fazendo vocês na área de segurança pública, para falarem em “guerra contra o tráfico”?

A pergunta mais acertada, feita internamente é: como entender as normas internacionais e como medir a aplicação da força e o próprio bom senso ao usá-la?¹ Ao mesmo tempo, como observar os tratados ratificados pelo Brasil na esfera internacional, visando não gerar uma responsabilidade internacional do Estado brasileiro por ato internacionalmente ilícito, em decorrência de uma violação de normas consideradas *jus cogens*. Não obstante a sua imperatividade, ela é violada frequentemente por alguns governos de Estados, que por meio de agressões armadas, visam ter um maior controle sobre o Estado e sobre a sua população.

4. POR QUE OBSERVAR TRATADOS SOBRE O USO DA FORÇA?

O homem, os governos e as organizações internacionais, procuram distintas formas de proteger o “homem do próprio homem”. O pensamento de Thomas Hobbes (1588-1679), ainda está presente e ativo nesta primeira fase do século XXI: “O homem é o lobo do próprio homem” (Morris, 2002). A cooperação em matéria judicial e

mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.” (HC 70.389, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-6-94, Plenário, DJ de 10-8-01). *Ibidem*, pág.12.

¹Os Direitos fundamentais são aqueles direitos objetivamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica de determinado Estado. São, por isso, delimitados espacial e temporalmente, isto é, variam segundo a ideologia, a modalidade de Estado, as espécies de valores e princípios que a Constituição consagra. Cada Estado consagra os seus direitos fundamentais. (Paulo, 2005) Vicente. *Aulas de Direito Constitucional*. Niterói: Impetus, 2005. pág. 101

policial, entre outras, tem sido fruto de constantes debates e estudos sobre os temas necessários ao desenvolvimento e proteção da boa ordem, da moralidade e da tranquilidade.

Os Estados Democráticos de Direito, que assim devem e querem ser considerados, constroem suas Cartas Magnas, seus maiores instrumentos jurídicos, de forma tal, que a proteção dos direitos fundamentais seja a melhor possível.² De nenhuma maneira, qualquer Estado, na pessoa de seu governo, aceita a imputação ou declara que ofende ou agride, ou ainda, que algum membro do Estado sob sua ordem feriu os Direitos da pessoa humana.

Por diversas razões, muitas vezes estes direitos não são alcançados na sociedade brasileira, seja por questões políticas, por práticas sociais não inclusivas ou pelo “simples fato” de que ao Estado não interessa neste momento preocupar-se com estas questões, pois tem seus próprios problemas políticos para resolver, como corrupção no Congresso, denúncias sem fim e a falta da coalizão necessária ao exercício da governança do país.

Sendo o Brasil um Estado, por conseguinte é um sujeito de DI e como tal, tem responsabilidades a cumprir. Há responsabilidade pela inobservância das obrigações impostas pelo Sistema Jurídico internacional. Há também responsabilidade civil e penal baseando-se em ações ou omissões intencionais ou por negligência. E ainda, há responsabilidade do Estado quando se realiza um ato intencionalmente ilícito. É

²A toda evidência o Estado não é punido, pois não causa dano a ninguém, haja vista ser uma pessoa jurídica, respondendo por esta sempre o seu responsável. Contudo, mediante os danos sofridos por terceiros, a responsabilidade recai sobre aquele agente que age em seu nome. Para tanto, deve o Estado escolher bem os seus agentes, com a devida cautela e minucioso critério, já que, uma vez na prática de seus serviços, estarão revestidas com o nome do Estado e agindo em seu nome. (Madeira, 2010).

quando um comportamento consiste em uma ação ou omissão que é atribuída, segundo o Direito Internacional, ao Estado.

Desta forma, quando o comportamento do Estado constitui uma violação de uma obrigação internacional, o Estado acusado deverá reparar o dano causado. O Estado responsável pela prática de um ato ilícito segundo o DI deve ao Estado agredido, uma reparação adequada. Em simples linhas, esta é a ideia da responsabilidade internacional.

Cuida-se de uma relação entre sujeitos de direito das gentes: tanto vale dizer que, apesar de deduzido em linguagem tradicional com mera referência a Estados soberanos, o conceito se aplica igualmente às organizações internacionais (Rezek, 2002, p.261). Cabe então ao Estado definir limites aos atos praticados pelos seus indivíduos, mesmo que sejam atos das relações privadas.

Pensando assim e voltado aos problemas internos e entendendo a necessidade de adequar-se aos princípios internacionais, o Ministério da Justiça, encaminha portaria de nº 4226, de 31 de dezembro de 2010, com a finalidade de estabelecer “Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública”. Nas suas considerações, observa os tratados:

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA e o MINISTRO DE ESTADO CHEFE DA SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhes conferem os incisos I e II, do parágrafo único, do art. 87, da Constituição Federal e, considerando que a concepção do direito à segurança pública com cidadania demanda a sedimentação de políticas públicas de segurança pautadas no respeito aos

direitos humanos; considerando o disposto no Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979, nos Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de setembro de 1999, nos Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua resolução 1989/61, de 24 de maio de 1989 e na Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991; considerando a necessidade de orientação e padronização dos procedimentos da atuação dos agentes de segurança pública aos princípios internacionais sobre o uso da força; considerando o objetivo de reduzir paulatinamente os índices de letalidade resultantes de ações envolvendo agentes de segurança pública; e, considerando as

conclusões do Grupo de Trabalho, criado para elaborar proposta de Diretrizes sobre Uso da Força, composto por representantes das Polícias Federais, Estaduais e Guardas Municipais, bem como com representantes da sociedade civil, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e do Ministério da Justiça, resolvem: Art. 1º - Ficam estabelecidas Diretrizes sobre o Uso da Força pelos Agentes de Segurança Pública, na forma do Anexo I desta Portaria. Parágrafo único - Aplicam-se às Diretrizes estabelecidas no Anexo I, as definições constantes no Anexo II desta Portaria. Art. 2º - A observância das diretrizes mencionadas no artigo anterior passa a ser obrigatória pelo Departamento de Polícia Federal, pelo Departamento de Polícia Rodoviária Federal, pelo Departamento Penitenciário Nacional e pela Força Nacional de Segurança Pública. (...).

Pela portaria, todas as forças responsáveis pela manutenção da ordem, devem cumprir as exigências descritas. Não se trata então do que pensa o senso comum, de proteger “direitos de bandidos”, mas de cumprir metas estabelecidas internacionalmente e agora, internamente. É neste viés que foi realizado o convênio, para que o corpo de segurança pudesse entender quais são as regras previstas no palco internacional, que diretrizes deve seguir e principalmente, como fazê-lo.¹

¹ KANT, Immanuel. *La paz perpetua*. Traducción de F. Rivera Pastor. In <http://www.cervantesvirtual.com/> Acesso em 18 de novembro de 2012.

Criada com este eixo de pensamento, a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP) produziu uma cartilha para orientar a “Atuação Policial na Proteção dos Direitos Humanos de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade”, em 2010. Foi também editado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), além da Revista Direitos Humanos. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de Setembro de 1990, em razão de programa de Direitos Humanos na Administração da Justiça (Conduta profissional), foram incorporados ao ordenamento nacional os “Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei”, entre outros tantos documentos, que tornam inviável sua relação aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, criada pela Assembleia Geral da ONU, configurou-se como a primeira resposta jurídica da sociedade internacional ao fato de que há o direito “*ex parte populi*” de todo ser humano à hospitalidade universal, apontado por Immanuel Kant no terceiro artigo definitivo do seu Projeto de Paz Perpétua. Kant destaca que há uma facilidade de fazer uma guerra. Os países possuem exércitos permanentes e isso, junto à inclinação que os fortes tem de dominar os demais, é o maior inimigo da paz perpétua. É por esta razão que ele defende uma federação de Estados livres que tenham o propósito da paz.²

² Nascida como Johanna Arendt, na Alemanha, em 1906, foi uma filósofa política alemã, de origem judaica, uma das mais influentes do século XX.

Isto só seria viável se “o direito a ter direitos”, para falar como Hannah Arendt,¹ tivesse uma tutela internacional homologadora. Para ela, a educação é o ponto em que decidimos se amamos o mundo o bastante para assumirmos a responsabilidade por ele. O amor ao mundo frequentemente exige que os indivíduos se arrisquem a se por em desacordo consigo, do ponto de vista moral.

A Declaração de 1948 é algo mais do que um sistema doutrinário, porém algo menos do que um sistema de normas jurídicas. Uma remissão às normas jurídicas existe, mas está contida num juízo hipotético. A Declaração proclama os princípios de que se faz não como normas jurídicas, mas como “ideal comum a ser alcançado por todos os povos e por todas as nações.” O Direito Natural do homem de ser livre.

Sabe-se hoje que os direitos humanos são o produto, não da natureza, mas da civilização humana. Enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação. Por ser seu dever e para não ofender direitos adquiridos, o trabalho de um Estado na busca de seu desenvolvimento, do bem estar e da segurança de seu povo, não pode se pautar por um só caminho. Distintas frentes devem ser atacadas ao mesmo tempo, vindo daí a força e importância de um trabalho em equipe: Governo, Organizações Internacionais e Sociedade.

As universidades têm seu papel nesta formação de pensamentos e atitudes, pois por definição tem a possibilidade do pensamento livre, amplo, mas, também, a de ruptura de ideias, já que conhecimento é escolha. Levar e discutir as questões internacionais para o âmbito acadêmico é primordial. Não se pode mais negar que os acontecimentos nas distintas áreas, em qualquer parte do mundo, de alguma forma nos afetarão.

¹ Bacharel em Direito – FURG, Advogado – OAB/RS, Mestre em Filosofia – UFPEL, Mestrando em Direito – UFRGS e Professor do Curso de Direito da URCAMP – Campus Santana do Livramento. Email: joaoroschildt@hotmail.com

O Brasil tem seus problemas internos de boa ou má administração no decorrer de sua história. O que está em jogo agora é entendermos nossa posição no palco internacional, pois tivemos muitas conquistas e aqui estarão os eventos internacionais mais importantes nos próximos anos.

Mundo afora, somos conhecidos como um povo pacífico, ordeiro e hospitaleiro. Na maioria dos conflitos internacionais somos neutros e quando participamos, vamos para as forças de paz. Não brigamos, não nos revoltamos. Queremos falar a língua do estrangeiro que aqui chega, enquanto eles não querem falar a nossa em suas terras.

Devemos então observar os tratados a que estamos vinculados, já que nos inserimos cada vez mais na seara internacional e, principalmente, o Brasil não deve esquecer que o fato gerador da responsabilidade estatal é, pois, o ato ilícito internacional. Atos que descumprem os tratados, atitudes tomadas pelos órgãos públicos ou pelos próprios cidadãos, são divulgadas na imprensa internacional e isto legitima as Organizações Internacionais a manifestarem-se contra estes atos e nos gera a obrigação de reparar o referido dano, ou, até mesmo ao pagamento de indenização, de acordo com o mecanismo de proteção internacional de Direito Humanos que o Brasil está vinculado no contexto da OEA e no mundo.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha, guardião das Convenções de Genebra e difusor do Direito Internacional Humanitário, têm alertado para a condução das hostilidades no RJ: seres humanos sendo transportados em carinho de mão, em lençóis, etc.. São imagens que vão além das fronteiras brasileiras.

Procura lembrar qual o papel e a responsabilidade do Brasil no palco internacional, sua prerrogativa de uso da força, mas o dever de cumprimento dos tratados que ratificou, enquanto sujeito de Direitos, mas também de Deveres.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 14ªed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1992.
- CICV. *Manual de difusão de Doutrina e DIH*. Brasília: CICV, 2006.
- _____. *Violência e uso da força*. Brasília: CICV, 2007.
- _____. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*, 2ª ed. San José da Costa Rica, Instituto Interamericano de Direitos Humanos.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, de 1988.
- CRETILLA Jr, José. *1000 perguntas e respostas sobre teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DALLLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 28ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DEL'OMO, Florisbal de Souza. *Curso de direito internacional público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 74.
- ESPER, Regina Célia Viana. *Lições práticas de teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- HELLER, Agnes. *Uma crise global da civilização: os desafios do futuro*. In A Crise dos Paradigmas em Ciências Sociais e os Desafios para o Século XXI. 2000.
- HOUAISS. Dicionário Eletrônico da Língua portuguesa.
- MADEIRA, José M.Pinheiro. *O Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.
- _____. *Administração Pública*. Tomo II. 11ªed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. Atualizador profº Miguel Alfredo Malufe Neto. 29ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MELLO, Celso Delmanto Albuquerque de. *Curso de Direito Internacional Público*. 14ª Ed.. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- MORRIS, Clarence (Org.). *Os Grandes Filósofos do Direito*. Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- PAULO, Vicente. *Aulas de Direito Constitucional*. Niterói: Impetus, 2005.
- PIRES, Maria José Moraes. *As reservas à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Coimbra: Almedina, 1997.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 12ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Del Rey: Belo Horizonte, 2006. Prefácio, p. VII-IX, cit.p. VII. In Accioly, Hildebrando y Silva, Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 17ª ed.(atualizada por Casella, Paulo Borba). Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

_____. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

O PAPEL DA RAZÃO PÚBLICA NA CONSTRUÇÃO DO CONTEÚDO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

João Leonardo Marques Roschildt¹

RESUMO

O liberalismo político contemporâneo, com o pensamento de John Rawls, defende a ideia de que na democracia há uma pluralidade de doutrinas morais abrangentes que entram em conflito para o estabelecimento dos conteúdos que as diretrizes estatais devem adotar sobre determinados temas. Neste sentido, cabe à sociedade estabelecer formas de consenso que possam determinar conteúdos políticos razoáveis, que tenham a capacidade normativa de se mostrarem públicos, pois a adoção de um modelo abrangente de pensamento (uma determinada doutrina filosófica, política, religiosa, etc.), acaba por excluir grupos sociais das esferas de poder político. Isso traz como consequência que determinados princípios constitucionais, que visam à salvaguarda de todos os cidadãos ao fixarem os conteúdos dos direitos fundamentais, possam ser utilizados em proveito de um grupo social e em detrimento de outro grupo social. Este

¹ Uma observação merece ser feita quanto à compreensão que este trabalho possui quanto ao termo “política”. O uso, neste ensaio, se refere à capacidade de participar publicamente dos temas relevantes para a sociedade, bem como o ato de institucionalizar direitos e deveres perante os demais cidadãos. Com isso, buscou-se um distanciamento do que se poderia denominar de “política partidária”, mesmo que se tenha a noção de que os movimentos sociais precisam, muitas vezes, de um reconhecimento partidário para que possam integrar normativamente as suas demandas, bem como podem necessitar de participação partidária para que se institucionalizem. Em suma, as primeiras definições se referem ao núcleo duro do que se entende por política (algo relacionado à esfera pública), ao passo que as ressalvas são atinentes aos mecanismos de construção de algo público.

tema não pertence à contemporaneidade, visto que o liberalismo deita suas raízes nos pensamentos de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant, quando estes se mostravam inclinados a que legisladores e parlamentos (eleitos democraticamente, sendo expressão da vontade popular e defendendo as diversas doutrinas morais abrangentes) fossem aqueles que estabelecessem os conteúdos dos direitos fundamentais dos cidadãos, dotando de materialidade o formalismo das normas jurídicas. Hodiernamente, com amparo na teoria de Ronald Dworkin, os tribunais evocam para si o papel de fórum dos princípios, tratando o âmbito jurídico como a esfera de poder que consegue responder as demandas de conteúdo acerca da interpretação dos princípios constitucionais. Frente a esta dupla inserção liberal sobre a maneira de construção de um conteúdo público mínimo dos direitos fundamentais (através de legisladores ou de juízes), o presente estudo procurou verificar o papel da razão pública, com base na teoria rawlsiana, para a fundamentação do conteúdo dos direitos fundamentais, seja pelo âmbito dos parlamentos ou dos tribunais.

Palavras-chave: *Razão pública; Direitos e garantias fundamentais; Democracia; Tribunais; Parlamentos.*

ABSTRACT

The contemporary political liberalism, with the thought of John Rawls, defends the idea that democracy has a plurality of comprehensive moral doctrines that conflict for the establishment of content that the state should adopt guidelines on specific topics. In this sense, society must establish forms of consensus that may determine reasonable political content, which have the normative ability to show them public, because the adoption of a comprehensive model of thought (a certain philosophical doctrine, political, religious, etc.), ultimately excluded social groups of spheres of political power. This has the consequence that certain constitutional principles, which aim to

safeguard all citizens to fix the contents of fundamental rights, may be used for the benefit of a social group over another social group. This theme does not belong to the contemporary, since liberalism lies rooted in the thoughts of John Locke, Jean-Jacques Rousseau and Immanuel Kant, when they showed themselves inclined to legislators and parliaments (democratically elected, as an expression of popular will and defending several comprehensive moral doctrines) were the ones who established the contents of fundamental rights of citizens, providing materiality formalism of legal rules. Today, with the support theory of Ronald Dworkin, the courts evoke to themselves the role of forum principles, treating the legal framework as the sphere of power that can meet the demands of content on the interpretation of constitutional principles. Faced with this double insertion liberal on the way to building a public minimum content of fundamental rights (by legislators or judges), the present study aimed to investigate the role of public reason, based on the Rawlsian theory, for reasons of content fundamental rights, whether the scope of the parliaments or courts.

Keywords: *Public reason; Fundamental rights and guarantees; Democracy; Courts; Parliaments.*

INTRODUÇÃO

Pensar na maneira com que são alicerçadas as estruturas sociais, políticas e jurídicas que envolvem o pensamento contemporâneo, mormente aquelas que englobam os avanços constitucionais trazidos com o fim da Segunda Guerra Mundial e com o término dos regimes ditatoriais na América Latina, demanda um esforço grandioso de compreensão da dinâmica que compreende a formatação das Constituições de cada um dos Estados. Tal afirmação é corroborada na medida em que as Constituições não são mais tomadas por meras *cartas políticas*, e sim por *cartas de direitos*, que outorgam prerrogativas e deveres comuns aos cidadãos envolvidos por um Estado. E é a partir desse ponto que se pode vislumbrar como a sociedade deve ser analisada.

Um primeiro entendimento deve assentar suas bases de investigação sobre como os movimentos sociais passam a reivindicar direitos a partir dos períodos mencionados no parágrafo anterior. Aliado a esse aspecto, o plano político passa a ter um papel predominante para a fundação de uma ideia de justiça que congregue valores universais e particulares em cada um dos Estados, guardando peculiaridades regionais e nacionais, e mesclando com valores universais. E o papel da política se dá na medida em que ela pode ser vista como um instituto legitimador das demandas que advém da sociedade, constituindo um espaço público de debates acerca dos interesses que devem prevalecer no corpo social. Sem a política, os movimentos sociais ficam relegados a um plano externo de institucionalização, o que acarreta um afastamento da construção

de conceitos sociais.¹ Tais compreensões podem ser pensadas como as variáveis de estabelecimento de formas jurídicas a serem respeitadas e perseguidas em uma sociedade, ou seja, a maneira com que se fixam direitos e deveres para todos os agentes sociais.

Uma segunda dimensão a ser vislumbrada diz respeito à interpretação social, política e jurídica que se pode extrair de cada um dos dispositivos normativos presentes nas Constituições e legislações de cada um dos Estados nacionais. Ou seja, após a confecção e disposição dos princípios e regras jurídicas que as sociedades pós-Segunda Guerra Mundial e pós-regimes ditatoriais da América Latina vivenciaram, passa-se a difícil tarefa de determinação da materialidade de cada uma das novas disposições. E os problemas podem ser sentidos de forma patente em temas que envolvem concepções morais, políticas, religiosas e jurídicas completamente díspares, como por exemplo, quando se pensa na constitucionalidade do aborto ou de cotas raciais. Principalmente porque temas que apresentam tal magnitude envolvem direitos fundamentais dos cidadãos (vistos individualmente) e da coletividade, e que não apresentam um conteúdo pré-fixado em lei. Eis que se abrem novas janelas de discussão para a hermenêutica (filosófica e jurídica) com o escopo de fixar um conteúdo que possa dar conta dos anseios da sociedade.

Frente a estas duas visões acerca da construção dos direitos fundamentais, em que uma que tem seu ancoradouro no viés de estruturação formal e outra que diz respeito à maneira com que se podem estabelecer os conteúdos daqueles direitos, pode-se questionar: haveria algum conceito teórico que demonstrasse uma elaboração acerca do conteúdo outorgado para com as normas de direitos fundamentais? Ou melhor, existiria alguma teoria que pudesse resolver os problemas relativos ao papel

¹ Ver RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 250-302.

que a sociedade e a política têm para com a definição formal dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que vislumbra uma concatenação de conteúdos relativos a essas espécies de direitos dentro do universo jurídico?

A partir do que foi questionado, crê-se que o conceito de razão pública, elaborado por John Rawls, tem muito a contribuir para a compreensão dos direitos fundamentais das sociedades plurais democráticas contemporâneas, ofertando uma síntese elucidativa da realidade social e política presentes no constitucionalismo contemporâneo. Destarte, o foco do presente ensaio é apresentar a relevância que o conceito de razão pública possui para o estabelecimento dos conteúdos que são albergados pelos direitos fundamentais dentro de um Estado democrático de direito, trazendo alguns aportes teóricos que digam respeito sobre *qual instituição* tem a legitimidade de decidir sobre esse âmbito material.

1. PRESSUPOSTOS E DEFINIÇÃO DA RAZÃO PÚBLICA

O tema que envolve o conceito de razão pública no pensamento de Rawls ocupa um papel fundamental dentro de sua filosofia política. Tal tema aparece de forma sistematizada na Conferência VI de *O liberalismo político*,² bem como de maneira reformulada em *A ideia de razão pública revisitada*,³ na quais alterações fundamentais são introduzidas a fim de compreender a íntima relação entre o liberalismo político e este conceito.⁴ Mesmo alertando, de forma genérica, para as

² Este texto se encontra na mesma edição de *O liberalismo político*, supracitado, com tradução de Luís Carlos Borges, p. 519-583.

³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 520.

⁴ Visões de mundo abrangentes podem ser definidas como formas de compreensão da realidade social em que uma única maneira estruturante deve ser respeitada, ou tida como verdadeira do ponto de vista epistemológico.

diferenças existentes entre a razão pública de um texto e a de outro, pode-se asseverar que para o presente trabalho se buscarão os pontos centrais da ideia de razão pública que não sofreram transformações substanciais, tendo em vista os propósitos assinalados, quais sejam, compreender os objetivos que são ofertados pelo conceito de razão pública dentro de uma possível estrutura material de direitos fundamentais.

Assim, primeiramente há de se entender os motivos pelos quais a razão pública passou a ser parte integrante da filosofia política rawlsiana. Sem entrar nos pormenores que cercam a teoria da justiça de Rawls, é necessário ter a ideia de que seu projeto perpassa pela noção de contratualismo político presente nos pensamentos de Locke, Rousseau e Kant. Desta forma, efetuando uma leitura de tal tradição à luz dos problemas contemporâneos, Rawls busca na razão (fio condutor do iluminismo político) o mecanismo de solução dos impasses sociais gerados por visões de mundo abrangentes.¹ Até porque, uma das características indissociáveis das democracias contemporâneas é o fato do pluralismo razoável, que se caracteriza por doutrinas morais abrangentes razoáveis que convivem em harmonia dentro de um Estado de direito. Mas isso não exclui a existência de problemas de justiça, como por exemplo, em situações nas quais tem de se decidir sobre a liberação ou não do aborto. E aqui ocorrem os choques das diversas razões que permeiam as doutrinas morais abrangentes, trazendo pensamentos antagônicos para o âmago da sociedade. Todavia, decisões precisam ser tomadas a respeito de temas fundamentais para a sociedade. *Como e quem* passa a serem objetos de investigação teórica.

¹ Neste ponto, convém lembrar as contribuições de Rousseau em *O contrato social*, bem como as pertinentes análises de Kant no escrito *What is enlightenment?* Na modernidade, tais análises são tomadas como aquelas que melhor representam o ideal iluminista de racionalização da moralidade e da política.

Obviamente que a simples importação das estruturas racionais presentes na modernidade não consegue dar conta desta espécie de problema presente no mundo hodierno, visto que a razão era tida, em linhas gerais, como um exercício individual de universalização de suas consequências². Tendo como foco os ideais de participação democrática em que decidir e participar é diferente de decidir e não participar, ou seja, sabe-se muito mais sobre o tipo de decisão que se está tomando na medida em que há inserção no tema alvo de discussão, Rawls traz à tona o conceito de razão pública. Logo, este surge para lidar com dois problemas centrais dentro do universo social e político contemporâneo: (i) de que forma lidar com as doutrinas morais abrangentes distintas; (ii) como viabilizar a razão prática para a elucidação de problemas sociais complexos, sem partir do paradigma individualista (mesmo que busque a universalização para os teóricos modernos, isso acaba sendo sempre uma visão individual do universal).

Com isso, mesmo que não tenham sido levantadas as principais ideias que permeiam o pensamento rawlsiano, fica claro o pano de fundo pelo qual foi elaborado o conceito de razão pública: dada a pluralidade de visões de mundo que convivem em um Estado democrático de direito, e frente às dúvidas que surgem quanto a decisões políticas sobre temas nas quais a sociedade não se mostra unânime, faz-se necessária

² A razão pública tem de se mostrar dentro de uma estrutura racional para que possa ser compreendida e debatida por todos os cidadãos; ao mesmo tempo, tem de ser essencialmente procedimental para que não se equipare a uma doutrina moral abrangente, que insere um conteúdo pré-determinado a respeito de um dado tema. Com isso não se quer afirmar que não exista conteúdo na proposta de Rawls, mas sim que o seu conteúdo está em consonância com os ideais do liberalismo político, que buscam o respeito por todas as doutrinas morais abrangentes razoáveis.

uma fórmula racional e procedimental de deliberação pública.¹ Mas como extrair uma definição sobre a razão pública?

Para responder essa pergunta, crê-se que duas noções fundamentais devem ser resguardadas. A primeira delas diz que “é central para a ideia de razão pública que ela não critica nem ataca nenhuma doutrina abrangente, religiosa ou não, exceto na medida em que essa doutrina seja incompatível com os elementos essenciais da razão pública e de uma sociedade política democrática”,² ou seja, algo que perpassa pelos ideais de tolerância necessários para uma adequada convivência social dentro de um Estado de direito. Desta forma, fica evidente a recepção da herança iluminista, na medida em que essa lidava com o problema da pluralidade de vertentes cristãs em plena Europa, ao passo que hoje, frente às diversas teorias morais, sociais, políticas e religiosas díspares existentes, torna-se obrigatório à elaboração de um conceito racional que possa sistematizar posicionamentos públicos, e não pertencentes aos interesses de alguns indivíduos ou de uma coletividade.

Na medida em que esse conceito é explicitado, torna-se evidente um dos principais problemas que podem surgir: diante de situações altamente complexas, como se pode chegar a um consenso racional que respeite todos os agentes e grupos sociais? Em suma, como determinar o conteúdo de um direito fundamental com o uso dessa razão pública? Tais questionamentos foram levantados por Rawls no § 7 da Conferência VI em *O liberalismo político*:

uma dificuldade é que a razão pública muitas vezes admite mais de uma resposta razoável a uma determinada

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 523.

² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 284-285.

*questão. Isto porque há muitos valores políticos diferentes e muitas maneiras de caracterizá-los. Suponhamos, então, que combinações distintas de valores, ou os mesmos valores ponderados de um modo diferente tendem a predominar em um caso fundamental em particular. Todos recorrem a valores políticos, mas não há acordo, e persistem diferenças que não são apenas marginais. Se isso ocorrer, como de fato ocorre com frequência, alguns poderão dizer que a razão pública não consegue resolver a questão e que, nesse caso, os cidadãos poderão legitimamente invocar princípios que recorrem a valores não políticos para resolver a questão de um modo que julgam satisfatório. [...] O ideal de razão pública nos leva a não fazer isso nos casos de elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. [...] a razão pública não requer que aceitemos exatamente os mesmos princípios, e sim que conduzamos nossas discussões fundamentais com base no que consideramos ser uma concepção política. Devemos sinceramente supor que nossa posição sobre a questão baseia-se em valores políticos que é razoável esperar que todos subscrevam.*³

³ Sem olvidar dos problemas que advém deste tipo de posicionamento, quais sejam: (i) o fato de que a razão pública representa algo ideal; (ii) que cada opinião pública deve ser concretizada com posicionamentos pessoais ou coletivos que devem ser sinceros; (iii) que mesmo a ideia de razão pública sobre determinada temática não tem o condão de representar uma concepção de justiça completa e verdadeira, sendo meramente provisória. Sobre as

concepções razoáveis de justiça política que se supõe que satisfaçam o critério de reciprocidade.²

Diante do que foi exposto, resta evidente que a razão pública não tem como escopo a determinação do que é verdadeiro do ponto de vista moral ou político, muito menos representar a mera união de posicionamentos a respeito de um tema, buscando uma regra da maioria. Fixar o conteúdo, por exemplo, da liberdade de expressão acerca de discursos de ódio, implica em contextualizar o uso de um direito com a possível ofensa a outros direitos, tendo como noção de que a decisão a ser buscada visa ideais políticos que respeitem todos os posicionamentos sociais existentes.¹

A segunda ideia fundamental para conceituar a razão pública diz respeito as formas em que essa se apresenta:

tal razão é pública de três maneiras: como a razão de cidadãos livres e iguais, é a razão do público; seu objeto é o bem público, no que diz respeito a matérias de justiça política fundamental, cujas questões são de dois tipos: elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica; sua natureza e seu conteúdo são públicos e expressos na argumentação pública por uma família de

críticas de que a afirmação (i) traz como consequência um distanciamento da realidade prática, pode-se aduzir a argumentação de Robert Alexy a respeito de como congrega o ideal de moralidade e de justiça (ou da busca de uma única resposta correta para um caso jurídico) em uma definição de direito, em que por mais que se saiba que um direito justo e moral (e que uma resposta correta) não possa ser atingido de forma plena, tal conceito deve ser preservado para que o direito tenha um objetivo ou uma ideia reguladora (ver ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Hilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001, p. 311).

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 524-525.

Como definição mais singela, pode-se asseverar que a razão pública deriva das ideias livres que todos os cidadãos possuem a respeito de temas fundamentais para a estruturação da sociedade política, tem como objetivo atingir igualmente a todos os cidadãos partícipes de um Estado democrático de direito e tem por base o respeito universal a todas as formas razoáveis de vislumbrar os critérios de justiça que possam solucionar um problema público. E neste ponto, Rawls aprofunda a noção de liberdade, igualdade e fraternidade presentes na Revolução Francesa de 1789, dentro de uma estrutura ideal de racionalidade prática que tem o escopo de justificar decisões políticas fundamentais.

2. A ORGANIZAÇÃO DA RAZÃO PÚBLICA E O TEMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

² Uma sociedade bem-ordenada é uma que seja caracterizada por uma concepção política e por princípios de justiça que sejam reconhecidos legitimamente por todos os cidadãos (em um processo racional de universalização) de um Estado democrático de direito. Também devem ter os pressupostos básicos (i) do ideal de cooperação e (ii) de que todos possam justificar publicamente seus posicionamentos políticos razoáveis. Obviamente que o conceito de sociedade bem-ordenada não se esgota com o que foi afirmado, todavia se mostra suficiente para os propósitos aqui trabalhados.

Estabelecidas as linhas gerais acerca das premissas conceituais e factuais que embasaram o surgimento da razão pública no pensamento rawlsiano, bem como a definição que a mesma recebe em sua estrutura teórica, cabe compreender a maneira com que esta é distribuída e harmonizada dentro de uma ideia de sociedade democrática bem ordenada.¹ Tal ponto se mostra de grande importância, pois é ele que fixará a maneira com que a razão pública desenvolve e aplica suas determinações em sociedade. Ao mesmo tempo, tendo como noção de que os elementos constitucionais e as questões de justiça básica são temas que atravessam necessariamente a dinâmica da razão pública, deve-se ter em mente que um dos objetivos desse conceito é construir publicamente conteúdos relativos a direitos fundamentais e distribuição de justiça social.

Ao tratar da organização da razão pública devem ser resguardados compulsoriamente alguns nichos essenciais de aplicabilidade deste conceito. Ou seja, pensar em organização significa demonstrar os seus mecanismos que buscam a viabilidade na realidade social e política de um Estado democrático de direito. Neste sentido, é adequado compreender três eixos: (i) os fóruns da razão pública; (ii) a instituição que se mostra como modelo de execução da razão pública; e (iii) os limites apresentados pela razão pública. Buscar uma ordenação entre esses fatores passa a ser um objetivo central para que se entenda o tema da construção do conteúdo dos direitos fundamentais.

O tema relativo ao fórum da razão pública, ou seja, a respeito de *onde* deliberar sobre o *quê* representa a razão pública, envolve, segundo Rawls, dois núcleos: (a) um que trata sobre o âmbito de aplicação da razão pública, e outro (b) que se refere ao tipo de *local* em que a razão pública faz seus efeitos serem sentidos. A

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 252.

temática abordada por (a) já recebeu alguma menção no presente ensaio, e tem como referência o assunto de que “os limites impostos pela razão pública não se aplicam a todas as questões políticas, mas apenas àquelas que envolvem o que podemos denominar ‘elementos constitucionais essenciais’ e questões de justiça básica”.² E os fundamentos pelos quais Rawls faz esta colocação, residem no fato de que a razão pública deve buscar dirimir controvérsias relativas a matérias tidas por fundamentais em sociedade, para que assim se tenha uma base teórica que possa alicerçar firmemente, dentro de uma cultura do liberalismo político, as outras estruturas normativas.³

Já quanto ao ponto (b), que trata do *local* em que a razão pública deve ser exercitada, este pode ser compreendido à luz de um questionamento: aquele conceito se aplica as deliberações privadas (ou de associações) que se têm a respeito de temas públicos ou quando os cidadãos defendem pontos de vista políticos em um fórum apropriado? Parece evidente que para a composição de um conteúdo racional público, há a necessária existência de formas de entendimento privadas ou associativas que

² Uma importante diferenciação entre o que é defendido por Rawls e os direitos fundamentais relativos ao contexto da Constituição da República Federativa do Brasil, é que para o referido filósofo político, temas como a legislação que protege o meio ambiente não faz parte dos elementos constitucionais essenciais ou mesmo de questões básicas de justiça (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 252-253). Isso se dá em razão do tipo de modelo constitucional presente nos Estados Unidos da América, em que não há uma referência expressa a um conceito, por exemplo, de um direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme previsto no art. 225 da Constituição do Brasil. Todavia, isso não representa prejuízos para o entendimento de sua teoria, visto que as adaptações acerca do que deve compor os elementos constitucionais essenciais dependem do contexto social na qual os cidadãos estão inseridos.

³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 253.

compõem aquilo que é denominado de cultura de fundo,¹ ou seja, o conjunto de fatores que auxiliam na composição da razão pública, mas não tem a capacidade de representá-la integralmente.

Pelo que foi asseverado, fica claro que a segunda opção da pergunta previamente aventada se torna a mais adequada para o âmbito de aplicação da razão pública, visto que somente em um local público com apreço a posicionamentos políticos (que tratem dos temas da sociedade como um todo) é que se tem a potencialidade de estabelecimento de uma racionalidade prática que rompa com a problemática individual ou coletiva, e adentre a esfera da sociedade. Dentro dessa ótica, a razão pública

aplica-se aos membros de partidos políticos, a candidatos em suas campanhas e a outros grupos que os apoiam. Também se aplica ao modo com que os cidadãos devem votar nas eleições, quando os elementos constitucionais essenciais e as questões de justiça básica estão em jogo. [...] Esse ideal se aplica aos fóruns oficiais e, portanto, aos legisladores, quando se manifestam no plenário do Parlamento, e ao Executivo, em seus atos e pronunciamentos públicos. Também se aplica, de maneira especial, ao Judiciário e, sobretudo, em um tribunal

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 254.

*supremo em uma democracia constitucional na qual exista um controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.*²

Logo, estabelecidos os contextos institucionais de aplicação do conceito ora trabalhado, e entendido que estes somente podem ser pensados dentro de um ideal político liberal que busque uma concepção pública de justiça, deve-se tentar vislumbrar os motivos que levam a afirmação de que o Poder Judiciário se mostra como um caso especial de aplicação da razão pública.

O primeiro aspecto a ser elucidado, diz respeito às justificativas apresentadas acerca dos motivos que mostram que o Poder Judiciário se torna uma situação peculiar dentre os diversos fóruns legítimos de uso da razão pública. Ou seja, o que diferencia este Poder dos demais? Quais os motivos que elevam a sua categoria no campo da razão pública?

De forma genérica, pode-se asseverar que o Poder Judiciário se distancia dos poderes Executivo e Legislativo pelo fato de que há a necessidade de explicação e fundamentação de toda e qualquer decisão emanada desta instituição, ao passo que as demais não possuem as mesmas necessidades de fundamentos justificacionais.³ Alguns exemplos no ordenamento jurídico brasileiro acerca do que foi afirmado, dizem

² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 254.

³ Artigo 93, IX da CRFB: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”; artigo 131 do CPC: “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”. Todavia, deve se fazer a importante ressalva que o foco principal de Rawls dentro dessa inserção jurídica é ater-se a temas que representem elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica. É sob essa lente que devem ser lidos os referidos dispositivos.

respeito ao art. 93, IX da CRFB e o art. 131 do Código de Processo Civil, que obrigam a fundamentação de todas as decisões judiciais.¹ O mesmo não ocorre com atos emanados do Poder Executivo ou Legislativo, visto que estes guardam uma simples vinculação da razão pública com os pronunciamentos efetuados no campo de ação dessa, não se aproximando do modelo justificacional que o Poder Judiciário deve preservar.²

Com relação ao segundo aspecto a respeito da ligação entre Poder Judiciário e razão pública, há de se tentar explicar os motivos pelos quais um supremo tribunal dentro de um Estado democrático de direito se torna um modelo de aplicabilidade da razão pública. Neste ponto, cabe ressaltar que todas as motivações que embasam o pensamento rawlsiano estão presentes no § 6 da Conferência VI em *O liberalismo político*. É claro que o presente enfoque não tem como objetivo esmiuçar cada um dos detalhes pertinentes as justificações levantadas por Rawls. Todavia, é extremamente importante apontar os núcleos que estruturam o modelo teórico do referido filósofo político, bem como àqueles que servem como base para a afirmação de que um supremo tribunal seria um modelo de razão pública.

Com isso, tem-se

que a razão pública é a única que o tribunal exerce. É o único ramo dos poderes do Estado que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente dela. Os cidadãos e os legisladores podem votar de acordo com as suas visões mais abrangentes

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 254.

² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 278.

*quando elementos constitucionais essenciais e questões de justiça básica não estão em jogo. Não é preciso que justifiquem, recorrendo à razão pública, por que votam e como o fazem, nem que suas razões tenham coerência, de modo que seja possível integrá-las em uma visão constitucional coerente, que abranja toda a gama de suas decisões. O papel dos juízes é fazer precisamente isso e, ao fazê-lo, eles não dispõem de nenhuma outra razão, nem de nenhum outro valor, a não ser aqueles de índole política.*³

A partir do que foi exposto, fica claro que o nível justificacional que é apresentado pelo Poder Judiciário, notadamente em um tribunal superior, ultrapassa os limites de justificação ofertados por cidadãos e legisladores, que possuem a capacidade de utilizar razões vinculadas às doutrinas abrangentes que defendem, tanto do ponto de vista individual, quanto coletivo.

No entanto, mesmo frente a diferente categorização que Rawls faz para com um supremo tribunal, no tocante ao uso da razão pública, deve se levar em conta que o Poder Judiciário não esgota as possibilidades de uso da própria razão pública, visto que um sistema social não se limita a órgãos judicantes. Para tanto, faz-se necessários outras espécies de arranjos sociais que tenham a capacidade de concretizar o processo político para o uso da razão pública.⁴

³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 278 (nota de rodapé nº 22).

⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 279.

E como correlacionar o papel dos juízes dentro de um tribunal constitucional e o uso da razão pública?

Dizer que a Suprema Corte é a instituição exemplar da razão pública, significa também que cabe aos magistrados elaborar e expressar, em suas sentenças fundamentadas, a melhor interpretação da Constituição de que sejam capazes, valendo-se para isso de seu conhecimento sobre o que a Constituição e os precedentes constitucionais requerem. A esse respeito, a melhor interpretação é a que melhor se ajusta ao corpo pertinente desses materiais constitucionais e aquela que se justifica com base na concepção pública de justiça ou em uma variante razoável dela. Ao fazerem isso, espera-se que os juízes possam recorrer – e de fato recorram – aos valores políticos da concepção pública, sempre que a própria Constituição invoque, expressa ou implicitamente, esses valores, como o fazem, por exemplo, em uma Carta de Direitos que garante o livre exercício da religião ou a igual proteção das leis. O papel do tribunal nisso é parte da publicidade da razão e constitui um aspecto do papel amplo, ou educativo, da razão pública.¹

¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 293.

Observe-se que o Poder Judiciário exerce uma importância enorme para a construção de uma razão pública, visto que ao mesmo tempo em que se expressa através dela (ou deveria se expressar), tem como escopo oferecer publicidade aquilo que ela busca significar diante de uma demanda em concreto. É como se o tribunal superior devesse ser composto pela razão pública e emanar um conteúdo de razão pública sobre elementos constitucionais essenciais (e aqui se tem os direitos fundamentais).

Por fim, resta um pequeno aspecto a ser trabalhado, que diz respeito aos limites que a razão pública impõe a si própria e aos agentes que a externam. Conforme já ficou destacado, para Rawls, “em matérias políticas fundamentais, as razões que se baseiam explicitamente em doutrinas abrangentes jamais devem ser introduzidas na razão pública”.² Isso traz como consequência que as doutrinas abrangentes fazem parte de uma cultura de fundo que potencializa a construção de um ideal de razão pública, mas não fazem parte da própria razão pública.

Em outras palavras, a razão pública não pode ser vista como uma ideia atrelada a uma regra da maioria a respeito de um determinado tema ou como uma soma de vontades individuais ou coletivas. A razão pública rompe com estes instrumentos da democracia, mas sem romper com a democracia. Se a razão pública estivesse vinculada com a regra da maioria, ela não seria pública, pois não se destinaria a todos os cidadãos, e sim a uma maioria. Disso se depreende que “o conteúdo da razão pública não é dado pela moralidade política como tal, mas somente por uma concepção política adequada a um regime constitucional”.³ Concepção política essa, que deve prestar reverência a um modelo de liberalismo político que tem

² RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 300-301.

³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 268-269.

em conta o respeito a todos os posicionamentos políticos razoáveis, ou seja, que respeite a uma regra de universalização de seus ideais dentro de uma sociedade de cooperação.

CONCLUSÕES

Se tudo o que foi apresentado no presente ensaio se mostra adequado com aquilo que é defendido por Rawls, resta pensar a concatenação existente entre o conceito de razão pública e direitos fundamentais, bem como a conexão que pode ser estabelecida entre a defesa de um fórum de princípios localizado no Poder Judiciário e o ponto de legitimidade que o Poder Legislativo deve possuir em uma democracia constitucional.

Frente ao que foi aduzido, à guisa de conclusão (mesmo que de maneira incipiente), pode-se declarar que a razão pública guarda íntima relação com temas atinentes a (i) elementos constitucionais essenciais e (ii) questões de justiça básica. Ora, enquanto (ii) versa sobre formas de distribuição de bens existentes em sociedade com vistas a concretização de uma igualdade de oportunidades a todos os cidadãos dentro de um ideal de cooperação, o ponto (i) diz respeito a princípios, direitos e liberdades tidas por fundamentais dentro de um Estado, mesmo que guardem diferenças estruturais.¹ E é quanto aos elementos constitucionais essenciais que Rawls

vincula fundamentalmente a defesa de participação do Poder Judiciário como organismo que tem a capacidade de explicitar o conteúdo da razão pública perante um dilema de direitos fundamentais, não somente de forma passiva (dita um conteúdo a partir de uma provocação), mas sim de forma ativa na medida em que seu processo decisório tem como objetivo a construção contínua de adequação dos ditames constitucionais com a realidade social existente.

Um aspecto que não foi abordado por Rawls de forma exaustiva é aquele que pertence a um grande embate teórico travado por Ronald Dworkin e por Jeremy Waldron, no que diz respeito a *quem* deve possuir a resposta última acerca de questões que tratem de temas constitucionais. Mesmo que as teorias dos referidos autores não tenham sido abordadas no presente trabalho, pode-se assinalar que a tradição seguida por Rawls está em consonância com o que é defendido por Dworkin em *Uma questão de princípio*: o supremo tribunal é o local ideal em que uma democracia constitucional consegue explicitar sua visão pública acerca de temas públicos. Mas não se pode olvidar que enquanto Rawls estrutura sua justificativa em prol da Suprema Corte pelo motivo de que os juízes, por tratarem de temas públicos e terem de fundamentar suas decisões de forma pública, só podem utilizar uma razão que seja igualmente pública, pois visam o bem de toda a sociedade, Dworkin acresce que o Poder Judiciário apresenta os quadros qualificados para deliberar sobre temas que envolvam interpretação constitucional, pois estes não estão adstritos a pressões político-partidárias ou de outra ordem.

¹ Nesse sentido, tanto a Suprema Corte norte-americana, quanto o Supremo Tribunal Federal no Brasil, no tocante a escolha de seus membros, não obedecem a um critério de eleição popular, ao passo que o Poder Legislativo referenda as escolhas populares na medida em que seus membros são eleitos pelos votos dos cidadãos de um Estado. Daí o motivo pelo qual Waldron afirma em *A dignidade da legislação* e em *Law and disagreement*, que o Poder legislativo seria a instituição que guardaria mais legitimidade para dirimir problemas acerca de direitos constitucionais (fundamentais), pois literalmente representa a sociedade com todas as suas visões morais,

religiosas, filosóficas, etc. E os contrapontos podem ser levantados, como por exemplo: os temas constitucionais que envolvem direitos de minorias sociais que não tiveram seus representantes eleitos tem a potencialidade de serem desrespeitados ou não? Para verificar um debate mais profundo sobre a temática, ver MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008).

Sem ter a pretensão de detalhar o posicionamento antagônico de Waldron em *A dignidade da legislação*, pode-se afirmar que suas razões críticas com relação à Rawls repousam no fato de que não se pode partir de princípios de justiça pré-fixados por *partes* em uma *posição original* a fim de determinar um conteúdo de direito fundamental, visto que desta forma as questões mais básicas de justiça, que influenciam nos elementos constitucionais essenciais, já estariam decididas, esvaziando o processo deliberativo e transformando a ideia de razão pública em mero ato formal. No que diz respeito ao ponto nevrálgico que ataca a visão de Dworkin, este se coloca no tipo de categorização negativa que esse filósofo do direito faz a respeito do Poder Legislativo, ao passo que para Waldron, o referido poder tem uma capacidade representativa e legítima para responder acerca dos problemas constitucionais pelos quais a sociedade passa, questionando a forma como é composta a Suprema Corte e a forma como o Legislativo é construído.¹

Mas mesmo em face destas perspectivas antagônicas, deve ser assinalado que a proposta rawlsiana de razão pública adota o modelo de suprema corte como aquele que consegue expressar o ideal desse conceito, tendo em vista as razões postas. Todavia, faz-se a ressalva que desde *Uma teoria da justiça*, o intento de Rawls não é pré-fixar uma teoria de justiça que dê conta de todos os problemas de forma abrangente e verdadeira, pois isso traria como consequência que as demais teorias de justiça seriam falsas e não serviriam para a composição de uma cultura democrática de fundo.

E é dentro dessa visão que se enquadra a razão pública, que não pode ser vista como uma soma de vontades privadas (individuais ou coletivas), mas sim como a exposição de motivos públicos que congrega todos os partícipes sociais dentro de um liberalismo político. Nada mais evidente que respeitar tal conceito em um viés de

análise que tenha que estabelecer um conteúdo de direitos fundamentais no centro de uma sociedade plural e democrática, sem olvidar que nenhuma doutrina abrangente (nem mesmo a científica) tem a capacidade de fazer às vezes de uma racionalidade pública legítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Tradução: Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.

¹ Prof. Mestre em Sociologia e Direito da Unicentro.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Álvaro de Vita. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução: Jussara Simões. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social: princípios do direito político*. Tradução: Antonio de Pádua Danesi. 4ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2006.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Editora, 2003.

_____. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

RESUMOS EXPANDIDOS

DIREITO E ESTADO DEMOCRÁTICO: INSTRUMENTOS DA CLASSE DOMINANTE

Anne Geraldi Pimentel¹

Mário de Souza Martins²

RESUMO

O Direito como aparato ideológico que sustenta as relações de poder, independente de o governo apresentar políticas econômicas e sociais, que visem à distribuição de renda. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e, como modelo de análise, utiliza-se a comparação entre os governos FHC, Lula e Dilma, para mostrar que as diversas ideologias de partido não modificam a estrutura do poder dominante. Pasukanis, em sua teoria sobre o Direito e o marxismo, acredita que para se entender a norma jurídica há a necessidade compreender o todo, representado na chamada “forma jurídica”, determinada pelas relações sociais. O Estado para Pasukanis é parte dessa forma

¹ Prof. Doutor em Sociologia da Unicentro.

² A corporação era a produção dos mestres artesãos, que tinham o conhecimento de todo o processo de trabalho, e que empregavam os aprendizes, que mais tarde tornavam-se os mestres. Esse modo de produção era extremamente familiar. Já na manufatura os trabalhadores, que possuem diversas habilidades, são reunidos em uma mesma oficina, sob o comando do capitalista, para produzirem um determinado produto, aqui os trabalhadores possuem o conhecimento do processo de trabalho. O que não ocorre com a indústria, onde o trabalhador não necessita mais de conhecimentos específicos, devido à parcelarização do trabalho.

jurídica e representa a ideologia da classe burguesa, mas que se encontra mascarada por uma falsa imagem de neutralidade. Buscar-se-á, neste artigo, demonstrar que o Estado é sempre instrumento de dominação e controle. Com isso, quer-se demonstrar que mesmo em governos com ideologias partidárias opostas, o Estado tem a mesma função e, no governo Lula, a falsa imagem de neutralidade que se expressam em estratégias de cooptação dos setores da sociedade civil que poderiam significar algum foco de reivindicações. Explicitar-se-á que não houve a ruptura das políticas adotadas pelos governos de FHC, Lula e Dilma, pelo contrário, foram ampliadas e aprofundadas. Esta lógica está evidenciada na questão das privatizações das empresas estatais, fenômeno muito desenvolvido no governo de FHC, mas que está presente nos governos Lula e Dilma. Mas se por um lado este fenômeno volta a acontecer num governo considerado de esquerda, tem-se uma incongruência, posto que, existe concomitante a estes processos, a estatização de outros serviços, como é o caso da Telebrás. Mas o que parece contraditório trata-se da manifestação do Estado como instrumento de controle e desenvolvimento das relações econômicas.

Palavras-chaves: *Estado, Direito, instrumentalização, políticas econômicas.*

ABSTRACT: LAW AND DEMOCRATIC STATE: TOOLS OF RULING CLASS

The right as ideological apparatus that sustains power relations, even the government presenting economic and social policies, aimed at the income distribution. This research uses the literature review and, as a model of analysis, the comparison between FHC, Lula and Dilma administrations, to show that various political party ideologies do not change the ruling power structure. Pasukanis believes, in his theory of the right and Marxism, that to understand the legal rule is necessary to understand the whole system, represented by the term "legal form", which is determined by social relations.

For Pasukanis, the state is part of that legal form and represents the ideology of bourgeois class, although it is masked by a false image of neutrality. This paper aims to demonstrate the state always as an instrument of domination and control. Thus, it intends to demonstrate that even in governments with opposite partisan ideologies, the state has the same function and, as in Lula administration, the false image of neutrality is expressed in strategies of co-optation sectors of civil society, which could mean some focus of claims. This paper explains that there was no rupture of the policies taken by the governments FHC, Lula and Dilma, on the contrary, they were enlarged and deepened. This logic is evident in the issue privatisation of state-owned companies, a phenomenon developed in FHC administration, although it is present in government Lula and Dilma. On the one hand, if this phenomenon happens again in a considered left-wing government, on the other hand, it has an inconsistency since there is the nationalization of other services at the same time as these processes, such as Telebrás. However, what seems contradictory is the state's manifestation as an instrument of control and development of economic relations. This research is in the final stage of reading and these are the first reflections on the subject.

Keywords: *State, Law, instrumentation, economic policies.*

INTRODUÇÃO

Para análise do binômio Estado/Direito partiremos do pressuposto de que a atual estrutura é fruto do desenvolvimento histórico da forma de produção das condições materiais. O modo de produção que se conhece é o capitalista, mas a transição do antigo modo de produção feudal, marcado pela produção em corporações, dá-se de forma lenta e gradual, surge primeiro as manufaturas, que dá lugar à indústria¹. Em fins do século XVIII, a grande indústria ganha um impulso devido a Revolução Industrial. O Direito como se conhece hoje tem suas bases no nascimento deste modo de produção.

Esse sistema econômico burguês funciona a partir de um tripé: capital, propriedade privada e trabalho assalariado. Assim, o capitalismo é marcado pelo surgimento de duas classes: a do capitalista (que possui os produtos e os meios para a produção deles) e os trabalhadores (que, desprovidos de não só dos meios de produção, mas como dos produtos de seu trabalho, vendem sua força de trabalho como forma de subsistência). Classes que possuem interesses antagônicos, um compra e outro vende a força de trabalho, o primeiro tem direito utilizá-la da maneira mais proveitosa para si, e o outro tem o direito de defender a reprodução de sua força de trabalho, requerendo melhores condições de trabalho. Há uma luta entre Direitos iguais e opostos, e o que decide é a força; e nessa luta o poder econômico está nas mãos do capitalista.

¹ Empresa estatal que prestava serviços de telefonia.

Assim, o Estado e o Direito serão determinados pelo desenvolvimento histórico, e isto implicará na modificação da forma jurídica, que segundo Pasukanis (1989, p. 38), engloba não só o conteúdo da norma, mas também suas instituições e seu desenvolvimento como tal. A estrutura Estado/Direito passa, então, a ser constituída de forma a instrumentalizar e fomentar o desenvolvimento dessas forças produtivas. Para Boaventura a constituição de um Direito racionalizador tem uma tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo (SANTOS, 2005, p. 119).

Dividimos este trabalho em duas partes. A primeira com um breve histórico sobre os modelos assumidos pelo Estado no desenvolvimento histórico do capitalismo. Temos, basicamente, três modelos: Estado Liberal, Estado de Bem Estar Social e o Estado Neoliberal. Boaventura (2005, p. 139) em sua análise da histórica sobre a modernidade político-jurídica e o capitalismo, também reconhece três períodos distintos, cuja descrição se refere ao desenvolvimento do Estado e das formas jurídicas que correspondem aos modelos referidos.

A segunda é relação da formação destes modelos no Brasil, sabendo-se que cada país guarda suas peculiaridades em seu desenvolvimento histórico. Não temos condições de retratar aqui todo o processo da formação do Estado nacional e do Direito, por isso iremos nos ater ao último período, ou seja, a implantação, desenvolvimento e possível ruptura com o modelo neoliberal. Esta possível ruptura está ligada a mudança do governo PSDB (partido de direita, representado pelo mandato de Fernando Henrique Cardoso) para um governo PT (partido de esquerda, representado pelo mandato de Lula e Dilma), isto porque alguns autores como Pochmann e Sader apontam para uma ruptura com o modelo neoliberal, pois trouxe um desenvolvimento social (ALANIZ, 2012, p. 73). O que queremos demonstrar é que não houve essa ruptura, mas sim uma continuidade e mesmo um aprofundamento das políticas neoliberais neste período.

1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ESTADO E DO DIREITO

As transformações que se dão nos sistema econômico, geram mudanças no Direito, na medida em que é através dele que serão criados os parâmetros que vão regular a via social e por isso toda mudança nas relações sociais há que produzir novas justificativas para a prática social, legitimando-as.

A primeira forma que o Estado vai adquirir na modernidade, é o liberal que trata da fundação do mercado, o qual, segundo os economistas liberais, deveria regular as relações econômicas da sociedade sem que houvesse interferência estatal. O mercado estaria agindo na sociedade civil, atendendo uma exigência básica do Estado liberal que seria a separação entre o público e o privado.

O Estado manteve-se limitado a atividades políticas devido à centralização dos poderes, apesar de não conseguir separar o político do econômico. Mas o burguês rejeitava o Estado e qualquer intervenção que ele sugerisse. Não se desejava destruir o Estado, afinal, ele se tornara um instrumento da burguesia para regular as relações na sociedade civil, ou seja, manter o operariado dócil ao mundo burguês.

Neste período o Direito, segundo Boaventura (2005, p. 140) tornou-se um instrumento dócil da construção institucional e da regulação de mercado. O Direito moderno passa, então, a uma busca da racionalização para torná-lo científico, com isto ele irá se aproximar do Estado, para formar o Direito estatal. Neste momento, o Estado e o Direito irão se distanciar da sociedade civil, assim as contradições iminentes ao modo de produção capitalista não eram contempladas.

Como esse modelo não era capaz de regulamentar as contradições que explodiam na sociedade civil, houve uma crise do Estado liberal, que se dá, justamente, em função da luta do proletariado por melhores condições de trabalho e um salário mais condizente com a realidade, gerando uma classe operária mais

organizada, somente o seu desenvolvimento permitiu a organização de instituições que vieram dar ao operariado, por intermédio de lutas incansáveis, o surgimento dos sindicatos, gerando uma série de conquistas. Após a primeira crise do capitalismo possibilitou-se a criação de Direitos sociais regulando a relação entre capital e trabalho.

Com a decadência do Estado liberal e a ascensão do Estado de bem estar social, surgem as instituições de proteção aos trabalhadores. Sua atuação possibilitou que diversas de suas exigências dos trabalhadores fossem cumpridas. O movimento operário diante de um significativo poder de barganha com o capital torna o Estado uma instituição que passa a intervir na economia.

O Estado de Bem Estar Social assume determinados serviços sociais, que deveriam ser na realidade, assumidos pelos trabalhadores com seus salários. Isto não ocorre devido aos baixos salários recebidos pelos trabalhadores. Como o capital está em crise e as exigências dos trabalhadores tinham que ser cumpridas, pois estes possuem um poder de barganha que atingiram com seu nível de organização, o Estado aparece para suprir determinados serviços. Esta atuação do Estado surge para que o capital não perca com a crise, ou seja, o Estado vem a oferecer serviços para a população para que não seja necessário o capitalista oferecer um aumento nos salários dos trabalhadores.

Neste momento o Direito se vê diante da situação de ter que oferecer proteção aos indivíduos no espaço social em que estão inseridos. À medida que o movimento operário estava organizado e apoiava a socialdemocracia, as condições sociais da população passam por uma melhoria. Portanto o Estado vai adquirir características de proteção ao trabalhador. Na verdade tratava-se, de permitir que o capital tomasse um novo rumo na sua política de exploração.

Para Boaventura (2005), o Direito continua estatal, entretanto, é possível distinguir que o Direito assume outra função até mesmo contra o Estado, pois “possibilitou o reaparecimento de uma percepção social do Direito” (SANTOS, 2005, p. 151). Contudo, esta percepção não gera uma revolução, mas sim uma colonização, ou seja, o Estado irá se apropriar dessas mudanças para regulamentar a vida social, propiciando a continuidade do desenvolvimento das forças produtivas que caracterizam o sistema capitalista.

Com a crise do Estado de Bem Estar Social, dá-se início à implementação do Estado Neoliberal exigindo uma nova forma de Estado. A crise do capital, que aumentou consideravelmente o número de desempregados no território europeu, fez com que este número saltasse de mil para milhões. O investimento do Estado tornou-se imenso, o que era extremamente criticado pela burguesia, pois para ela “tal forma de Estado não vale o quanto custa” como diz Tomazi (2000, p. 148) ao descrever a crítica ao Estado de Bem-Estar Social à imensa carga tributária e ao dirigismo econômico imposto por este modelo.

Como se dizia na época o Estado estava com “excesso de gordura”, por isso se fala em Estado Mínimo. Isso significou a saída do Estado no oferecimento de serviços fundamentais para a população. Ao sair dos serviços essenciais para a população, o Estado deixou que as relações entre o indivíduo e as instituições, que ofereciam os serviços, se decidissem no mercado.

No caminho do Estado Mínimo, as empresas governamentais em setores fundamentais para a sociedade, passaram a ser leiloadas, se tornando privadas. Esse processo teve início no Brasil ainda antes da era Collor, mas foi incrementada no governo de Fernando Henrique Cardoso, quando foram vendidas por preços bem abaixo do mercado, para empresas estrangeiras, com financiamento do estado, por

intermédio do BNDES, banco de desenvolvimento, para implementar o desenvolvimento.

O Direito também irá enfrentar uma crise não da forma jurídica, mas sim da forma política, já que o Direito moderno mantém a característica de estar vinculado ao Estado. Assim, a crise se dará no âmbito da eficácia do Direito (SANTOS, 2005, p. 162), cujo conteúdo apesar de permanecer inalterado, o padrão da sua eficácia se altera de acordo com a mudança social, política e econômica.

2. PECULIARIDADES BRASILEIRAS

A análise do desenvolvimento histórico nacional é importante, pois revela as peculiaridades brasileiras. O que foi visto anteriormente são modelos teóricos, mas na realidade essas teorias tomam características específicas de cada país. Thompson que, em um artigo que se contrapõe a Perry Anderson, sobre a concepção de modelos de análise, no qual sua intenção foi demonstrar noção de “tipicidade”, ou seja, as características do desenvolvimento, em cada país, têm suas peculiaridades, “é impossível sequer compreender as origens do capitalismo inglês se esquadriarmos, com os olhos parisienses” (THOMPSON, 2001, p. 88). Assim, passamos a esquadrihar, mesmo que em breve notas, as peculiaridades do desenvolvimento histórico brasileiro.

No Brasil o Estado de bem estar social não possui a mesma intensidade que ele teve nos países europeus, que diante de organizações de trabalhadores estabelecidas teve que dar ao proletariado melhores condições de trabalho e salários mais condizentes. Se bem que o trágico do pouco dessa forma de Estado presente na sociedade brasileira, na verdade beneficiou os mais ricos diante da universalização dos serviços sociais que torna o Estado prisioneiro das leis que criou.

Daí, a transformação do Estado de bem estar social em Estado neoliberal não significou um choque nas relações sociais. Por outro lado, sob a bandeira da destruição da corrupção e do uso indevido da verba pública, lutando contra as mordomias federais, Collor chega ao poder com a intenção de desconstruir relações que mantinham ainda o Estado sob o domínio de uma oligarquia agrário exportadora, prometendo a modernização do Estado. Tomou posse com a promessa de acabar com a mordomia brasileira cortando os salários estrondosos de verdadeiros marajás que dominavam a capital federal e a pretensão de renovar a indústria brasileira.

Após ele, entra Fernando Henrique Cardoso que defendia a diminuição do Estado, forçando a privatização de diversas empresas estatais. Petras (1999) nos informa como funciona o processo de privatização das empresas segue a mesma cartilha: as empresas eram tomadas por partidos políticos e ofereciam péssimos serviços a população, ou seja, havia todo um processo de desconstrução do serviço público promovido basicamente pelos próprios administradores, tornando as empresas inoperantes e deficitárias devido a diversas decisões políticas que a tornavam curral político de algum partido de base do governo. Devido a esse fato ficavam a preço de mercado extremamente barato e as vendas se davam com dinheiro de empréstimo do BNDES, banco público de financiamento de empresas. Petras (1999) coloca essa prática como sendo uma estratégia dos políticos com a finalidade de rifar as empresas.

Um bom exemplo de como o Direito legitimou estas transformações políticas e econômicas foi a privatização do antigo Sistema Telebrás¹, na Constituição Federal de 1988 previa o monopólio para o Estado da prestação dos serviços em telefonia, mas logo no início do primeiro mandato de FHC foram aprovadas duas Emendas Constitucionais (EC nº 06/95 e EC nº 08/95), que possibilitavam à iniciativa privada a

¹ Dilma, no início de seu mandato, quis aumentar o juros e reduzir o crédito, mas sua experiência durou muito pouco.

exploração do setor; seguindo-se, posteriormente, da promulgação da Lei Geral da Telecomunicação em 1997, para regulamentar o setor de telefonia.

Esse processo de privatização não foi interrompido no governo Lula nem no governo Dilma, é claro que nesses dois últimos governos não se fala em privatização, mas o processo se dá da mesma forma, mesmo o financiamento do banco do Estado segue o mesmo processo. Aliás, muitas das políticas econômicas do governo FHC foram dadas continuidades no governo de Lula, como foram as privatizações que já estavam em andamento, ou mesmo a reforma previdenciária aprovada no ano de 2003. Alguns autores como Petras (2005) e Alaniz (2012) demonstram que o governo de Lula não foi uma ruptura com o neoliberalismo de FHC, pois o partido petista já vinha desde a década de 90 alterando sua ideologia de esquerda e caminhou a passos largos para a direita, a partir de acordos com organismos internacionais e a publicação da Carta aos brasileiros, editada em 2002 antes das eleições, na qual se compromete com o desenvolvimento econômico e com as reformas tributárias, previdenciárias e trabalhistas, além de prometer programas de distribuição de renda.

E é o que procura fazer, contudo seus programas sociais são irrisórios (ALANIZ, 2012; PETRAS, 2005). E, ao apontar as perspectivas para além de 2004, Petras acredita que este modelo adotado pelo governo Lula “resultará em desencanto das massas com promessas não cumpridas” (PETRAS, 2005, p. 102). Mas vale lembrar que Petras analisa somente os dois primeiros anos do mandato, e não chegou a analisar anos posteriores, nos quais é evidente que esta tragédia não ocorreu, muito pelo contrário, Lula veio a ser reeleito em primeiro turno e, ainda, fez sua sucessora, a atual presidente Dilma Rousseff.

Acreditamos que este alto índice de aprovação se deva à inserção da classe pobre ao consumo, não através da melhoria das condições de vida, mas sim pelo incentivo ao crédito e aos juros baixos. Este discurso nada mais é do que uma política

compensatória, como aponta Alaniz (2012, p. 73), pois além de inserir a população pauperizada no consumo através do crédito, eleva os indicadores de desemprego e formalização das relações de trabalho, mas que não significam um real aumento em postos de trabalho, pois não são incentivos à produção industrial.

Hoje o governo de Dilma representa a continuidade das políticas implantadas por Lula. Principalmente, quanto aos programas sociais, que apesar de aumentarem em número, em investimentos foram reduzidos e, quanto aos incentivos ao consumo (crédito, juros baixos e redução do Imposto de Produtos Industrializados)¹. Além disso, uma nova onda de privatizações pelo país, como é o caso do setor de aviação.

Percebemos que todas essas políticas não romperam com a lógica neoliberal, de redução da intervenção do Estado na economia, mantendo-se em áreas de prioridade como saúde, educação e segurança. Assim, ao contrário de Sader (2010, p. 28), para o qual o governo foi “resgatado pelas políticas sociais”, caracterizando uma ruptura com o modelo neoliberal, justamente por implantar essas políticas, para nós não há ruptura alguma, somente a cooptação da classe pauperizada através de programas sociais (que tiveram muito poucos investimentos do governo, sendo somente propaganda para inglês ver) e inserção ao consumo pelo fornecimento de crédito. Este demonstra a capacidade de adaptação ao crescimento do capital como Bernstein propôs e Rosa Luxemburgo tentou refutar, ao dizer que este “reproduz todos os antagonismos fundamentais do mundo capitalista, acentua-os, precipita o desenvolvimento, fazendo correr o mundo capitalista para a sua própria supressão” (LUXEMBURGO, 2010, p. 32). Mas, por enquanto, o crédito tem se mostrado como um dos fatores de crescimento econômico e cooptação dos interesses divergentes.

* O presente trabalho é desdobramento de resumo apresentado na forma de pôster no XXI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito — CONPEDI, realizado entre os dias 31 de outubro e 03 de novembro, na Universidade Federal Fluminense, Niterói, Rio de Janeiro.

Sustentamos, então, o Estado como aparato ideológico que sustenta as relações de poder, independente de o governo apresentar políticas econômicas e sociais que visem à distribuição de renda, pois como verificamos não existe hoje qualquer prática que possa fazer frente aos instrumentos instituídos e assimilados pelo capital. Estado, Direito, partidos políticos, sindicatos fazem parte de uma estrutura cuja conformação será determinada pelas relações de produção, hoje caracterizada pela exploração do trabalho humano e pela dominação do poder econômico da classe dos possuidores dos meios de produção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALANIZ, Erika Porceli. *A política pública de formação para economia solidária no Brasil (2003-2011): análise de um projeto PROESQ/PNQ executado pela Rede Abelha/RN e do CFES nacional*. 2012. 273 f. Tese (Doutorado em Educação. Área de Concentração: Estado, Sociedade e Educação) - - Faculdade de Educação da Universidade de São Paulo.
- LUXEMBURGO, Rosa. *Reforma ou revolução*. Tradução de Lívio Xavier. 2ª reimp. São Paulo: Expressão Popular, 2010.
- PASUKANIS, E. B.. *Teoria geral do Direito e marxismo*. Trad., apres. e notas Paulo Bessa. Rio de Janeiro, Renovar, 1989.
- PETRAS, James. *A armadilha neoliberal e alternativas para a América Latina*. São Paulo: Xamã, 1999.
- PETRAS, James. *Brasil e Lula: ano zero*. Tradução Aleksandra Piasecka-Till. Blumenau: Edifurb, 2005.
- SADER, Emir; GARCIA, Marco Aurélio (org). *Brasil, entre o passado e o futuro*. São Paulo: Editora Perseu Abramo: Boitempo, 2010.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o Direito e a política na transição paradigmática*. Vol. 1. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.
- TOMAZI, N. DA. *Iniciação à Sociologia*. São Paulo: Atual, 2000.
- THOMPSON, E. P. *As peculiaridades dos ingleses e outros artigos*. Campinas: Editora Unicamp, 2001.

HABEAS DATA, LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO, E COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE COMO MEIOS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDOS*

Delton R. S. Meirelles**

Gil de Souza Von der Weid***

Francis Noblat****

RESUMO

A publicidade constitui tema central nos estudos sobre a legitimidade da atuação do Estado na sua atuação administrativa e na intervenção das relações privadas, especialmente quando se passou a contestar sua legitimação apenas pela sua autoridade ou dominação burocrático-racional. A partir da primeira metade do século XX, diversos governos tiveram que se adaptar ao novo cenário de abertura democrática de suas instituições, para se justificarem como instância representativa perante a sociedade civil. Isto se torna mais relevante quando nos

**Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Adjunto e Coordenador do curso de Direito da Universidade Federal Fluminense. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense — PPGSD/UFF. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual — IBDP. Coordenador do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Bolsista de Iniciação Científica da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro — FAPERJ. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

****Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica — PIBIC/CNPq/UFF. Pesquisador em formação do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos — INCT-InEAC/UFF. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

voltamos aos países latinoamericanos. Reconstituídos após regimes ditatoriais, suas estruturas político-burocráticas foram remodeladas para atender às exigências e expectativas da comunidade internacional, e de seus nacionais. No caso brasileiro, a publicidade ganhou força nos debates constituintes, quando uma nova ordem constitucional tornou-se necessária como consolidação de um processo de redemocratização iniciado com a Lei nº 6.683/1979, Lei de Anistia. Duas décadas depois, os debates em torno da publicidade ganham novas luzes, promulgada a Lei de Acesso à Informação, e criada a Comissão Nacional da Verdade. Mais do que apenas divulgar as ações governamentais, a publicidade passa a ser reconhecida no seu sentido de efetivo acesso e controle de dados referentes aos cidadãos, bem como para a construção de um espaço público legítimo em oposição ao patrimonialismo tradicional da nossa cultura político-administrativa. Neste prisma, a presente pesquisa busca lançar luzes no atual contexto de abertura e publicização de informações, como meio de efetivação de garantias constitucionalmente conferidas, à luz das leis nº. 9.507/1997 — disciplinadora do processo de Habeas Data —; 12.527/2011 — reguladora do acesso à informação, que lhe disciplina um procedimento administrativo próprio —; e, 12.528/2011 — que cria a Comissão Nacional da Verdade — ponderando, ainda, os meios para sua materialização.

Palavras-Chave: *Princípio da Publicidade; Lei de Acesso à Informação; Habeas Data; Comissão Nacional da Verdade.*

ABSTRACT

The principle of publicity is a central concept in the studies of state, government and politics. Studies about the legitimacy of state on its administrative actions, and its intervention on

private relations are also key concepts for this matter, especially when taking regard the questioning of its authority or its rational-bureaucratic domination. Through the XXth century, many governments had to adequate theirs political structure to fit this new scenario of institutional and democratic opening, to justify themselves as a representative instance. This scenario gets an especial relevance, as we look upon the Latino American countries. After decades of dictatorial regimes, the Latino American governments had to reconstruct their political structures to comply with the exigencies of the international community and the expectations of its citizens. On the Brazilian scenario, the principle of publicity enter the public agenda when, after a process of re-democratization started with the promulgation of Law nº 6.683/1979, the Brazilian Amnesty Law, the implementation of new constitutional order became necessary. Two decades later, new lights are shed on the principle of publicity with the promulgation of the Brazilian Access to Information Law, and the creation of the Brazilian National Commission for the Truth. Much more than divulge governmental actions, the principle of publicity is recognized as a tool on the effective access and control of any data regarding the life of the citizen, as well as on the construction of a legit and transparent public space. On this context, the present research intends to cast light on the current context of the Brazilian initiative to openly and publicly divulge their governmental records. Analyzing the Brazilian Laws n. 9.507/1997 — Brazilian Habeas Data Law —; n. 12.527/2011 — Brazilian Access to Information Law —; and n. 12.528/2011 — creating the Brazilian National Commission for the Truth — we try to understand their promulgation as an effort to turn effective the Brazilian constitutional warranty of publicity.

Keywords: *Principle of Publicity; Brazilian Access to Information Law; Habeas Data; Brazilian National Commission for the Truth.*

INTRODUÇÃO

O *habeas data* é a ação constitucional, de natureza mandamental, que objetiva a tutela do direito de acesso, retificação, ou aditamento de informações pessoais, constantes em registros ou bancos de dados públicos, de entidades governamentais, ou de caráter público.

Sua disposição foi introduzida com a Constituição de 1988, que trazia no inciso LXXII, de seu artigo 5º, os seguintes termos

Art. 5º [...] LXXII – conceder-se-á "habeas-data": a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;¹ (BRASIL, 1988)

Esta inovação — não sem propósito —, muito como a própria razão de ser daquela então recém-introduzida Constituição, vem em resposta às restrições impostas

¹ “Há que se distinguir a garantia constitucional do *habeas data* do dispositivo constitucional previsto no art. 5º, inc. XXXIII, do texto. Este dispositivo determina que ‘todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’. Diversamente do *habeas data*, este dispositivo tutela o direito à informação de interesse particular, coletivo ou geral. Assim, o alcance do direito à informação tutelado é mais amplo, se comparado com o alcance do direito à informação amparado pelo *habeas data*, que se atém à pessoa do impetrante. Por outro lado, ainda que mais amplo o direito à informação tutelado pelo inc. XXXIII do art. 5º, há menção expressa neste dispositivo à possibilidade de negar o acesso às informações sob alegação de que seu sigilo é ‘imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’. Vale dizer, embora o direito à informação assegurado tenha maior alcance, permite-se o sigilo, com fundamento na vaga escusa de que o mesmo é ‘imprescindível à segurança da sociedade e do Estado’. No caso do *habeas data*, por sua vez, inadmissível é a negação do acesso às informações relativas à pessoa do impetrante. Há o dever jurídico de prestar as informações, sem qualquer escusa, seja de que natureza for. Não pode haver sigilo para com o titular de informações e dados, tendo em vista que o direito às informações sobre a pessoa é incondicionado. (PIOVESAN, 1998, pp. 98/99).

durante décadas de um regime de excessão, de supressão de direitos — neste caso, da personalidade, e à publicidade — e à cidadania, como um todo. Como nos diz Moreira,

No Brasil, durante os governos discricionários que se sucederam ao longo de duas décadas, razões bem fundadas fizeram surgir, ou aumentar, uma inquietação relativamente nova, ou quando menos revestida de nova forma. Informações aleatoriamente colhidas, em fontes de discutível idoneidade e por meios escusos, não raro manipuladas sem escrúpulos, viram-se incorporadas a registros oficiais ou paraoficiais e passaram a fornecer critérios de avaliação para a imposição de medidas punitivas ou discriminatórias. Tais critérios eram insuscetíveis de objeção e discussão, até pelo simples e óbvio fato de que os interessados não tinham acesso aos dados constantes dos registros. Ninguém pode sequer tentar demonstrar a falsidade ou incorreção de algo que ignora em que consiste.² (1998, p. 127)

² E, continua, “O problema tem ligação manifesta com o da preservação ao direito à intimidade: na coleta e armazenamento indiscriminado de dados atinentes a uma pessoa, à revelia dela e sem controle de sua parte, não há como deixar de ver uma invasão da privacidade. A rigor, porém, o que avulta aqui é uma idéia mais particularizada, suscetível de expressão sintética nos seguintes termos: a ninguém se deve negar o conhecimento do que outros sabem ou supõem saber a seu respeito, nem a possibilidade de contestar a exatidão de tais noções e, sendo o caso, retificar o respectivo teor, principalmente quando a utilização dos elementos coligidos seja capaz de causar dano material ou moral.” (MOREIRA, 1998, p. 127/128)

De indubitável inspiração democrática, a ação constitucional veio acrescer ao rol de meios de tutela e efetivação de garantias e direitos fundamentais — no caso à publicidade. Contudo, apesar de disposta na Constituição, a edição de sua lei regulamentadora — Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997 —, veio a efeito apenas anos mais tarde.

Passadas mais de duas décadas, a Lei de Acesso à Informação, Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, traz uma nova disciplina para o direito constitucionalmente garantido de acesso à informação, “previsto no inciso XXXIII do art. 5º¹, no inciso II do § 3º do art. 37² e no § 2º do art. 216³ da Constituição Federal”, como mesmo dispõe seu artigo 1º (BRASIL, 2011).

Sua disciplina, felizmente, traz evidentes avanços ao exercício do direito à informação e à publicidade, ampliando conceitual e procedimentalmente seus meios de acesso, assim como os número de órgãos e entidades impelidos à prestar e publicizar seus

dados⁴. Inobstante, propõe uma cultura de transparência à Administração Pública, louvável iniciativa, como mesmo dispõe seu art. 3º,

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública.⁵ (BRASIL, 2011).

¹ “Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;” (BRASIL, 1988). Cf., ainda, n. 1.

² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: [...] II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;” (BRASIL, 1988).

³ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, [...]§ 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.” (BRASIL, 1988).

⁴ Citemos, neste caso, o art. 2º da Lei 12.527/2011, “Art. 2º Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, às entidades privadas sem fins lucrativos que recebam, para realização de ações de interesse público, recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Parágrafo único. A publicidade a que estão submetidas as entidades citadas no caput refere-se à parcela dos recursos públicos recebidos e à sua destinação, sem prejuízo das prestações de contas a que estejam legalmente obrigadas.” (BRASIL, 2011).

⁵ Digno de nota, igualmente, seu “Art. 41. O Poder Executivo Federal designará órgão da administração pública federal responsável: I - pela promoção de campanha de abrangência nacional de fomento à cultura da transparência na administração pública e conscientização do direito fundamental de acesso à informação; II - pelo treinamento de agentes públicos no que se refere ao desenvolvimento de práticas relacionadas à transparência na administração

Não obstante, no que tange ao meio de exercício, a Lei 12.527/2011 disciplina o procedimento para a requisição, acesso e reprodução das informações pleiteadas à Administração Pública — compreendida em sentido amplo, como mesmo expõem os incisos I e II, do parágrafo único do art. 1º¹ (BRASIL, 2011).

A seu turno, a Lei 12.528/2011 — promulgada simultaneamente à Lei 12.527/2011 — com a finalidade de examinar e esclarecer as graves violações de direitos humanos praticadas no período [da Ditadura Militar], a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional.” (BRASIL, 2011b), institui a Comissão Nacional da Verdade. Em complementação à esta iniciativa, de não apenas dar acesso às informações, mas de se mostrar responsável perante a sociedade brasileira — frente às omissões perpetradas durante quase duas décadas pelo Poder Público, no que tange à esta responsabilização de índole pública pelo Estado — tem-se a Comissão Nacional da Verdade atuando para a construção de não apenas esta cultura de abertura e publicização, de acesso democrático à informação, mas na construção de, igualmente, uma memória — reconhecida, igualmente, como direito constitucionalmente assegurado.²

pública; III - pelo monitoramento da aplicação da lei no âmbito da administração pública federal, concentrando e consolidando a publicação de informações estatísticas relacionadas no art. 30; IV - pelo encaminhamento ao Congresso Nacional de relatório anual com informações atinentes à implementação desta Lei.” (BRASIL, 2011).

¹ “Art. 1º [...]Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei: I - os órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo, incluindo as Cortes de Contas, e Judiciário e do Ministério Público; II - as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (BRASIL, 2011). Cf. n. 6.

²Cf. n. 5.

Partindo desta contextualização, e sendo certo que cada uma das leis dispõe sobre a garantia e direito constitucional de acesso à informação — especialmente ao determinar um procedimento específico para sua efetivação e exercício, e uma Comissão para a divulgação e abertura de arquivos de interesse público e humanitário — buscamos refletir sobre o atual contexto de abertura democrática e publicização pelo qual passa o Brasil.

1. OBJETIVOS

Busca-se, com o presente trabalho analisar as Lei nº 9.507/1997, disciplinadora do processo de *habeas data* — garantia instituída pelo art. 5º, LXXII, da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) —; a Lei nº 12.527/2011, reguladora do acesso à informação constitucionalmente garantido (BRASIL, 2011a); e, a Lei nº 12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, 2011b) — ponderando, a partir de suas proposições, os meios disponíveis à efetivação das garantias constitucionais de publicidade e acesso à informação. Deste modo, ao compararem-se cada um dos respectivos diplomas, dado seu contexto histórico-político, propomo-nos a refletir sobre o atual contexto de abertura e publicização pelo qual passa o Brasil, e do desafio de dar vazão às expectativas democráticas que circundam a promulgação e atuação das Leis de Acesso à Informação, e Comissão Nacional da Verdade.

2. METODOLOGIA

No que tange à metodologia, podemos distinguir dois momentos: em um primeiro momento, partindo-se de uma análise bibliográfica, de um estudo doutrinário, busca-se caracterizar e definir os direitos e garantias da publicidade e do acesso à informação, e, as bases teóricas que circundam a promulgação das Leis nº 9.507/1997, 12.527 e 12.528/2011, assim como delimitar os contextos históricos em que se inserem cada uma destas leis.

Em um segundo momento, concluída esta primeira etapa de embasamento teórico, passaremos à efetiva análise dos diplomas das Leis de nº 9.507/1997, 12.527 e 12.528/2011, de modo a ponderar as ferramentas lançadas por cada uma das leis, individualmente, na busca da efetivação dos direitos e garantias fundamentais ao acesso à informação e à publicidade, refletindo sobre suas proposições comparativamente, e a partir dos momento histórico em que se inserem.

Contudo, sendo certo que ambas as Leis nº. 12.527 e 12.528/2011 — Lei de Acesso à Informação, e Lei que implementa a Comissão Nacional da Verdade, respectivamente — ainda são demasiadamente recentes, grande parte da análise de seus dispositivos — e, portanto, as possíveis projeções sobre suas aplicações — se dará de forma prospectiva (posto que ainda inviável uma análise jurisprudencial sobre as mesmas), de modo a tentar-se projetar as possíveis interpretações e desdobramentos a partir dos entendimentos já consolidados da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

3. RESULTADOS OBTIDOS E DISCUSSÃO

Até o presente momento, analisadas apenas as Leis nº 9.507/1997, Lei do *Habeas Data*, e Lei nº 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação, podemos extrair algumas ponderações. No momento, nos parece bem evidente que, onde a Lei 9.507/1997 se havia omitido sobre as minudências do procedimento para a requisição e acesso à informações, a Lei 12.527/2011 se faz clara. Com efeito, não há, na lei regulamentadora do *habeas data*, em linhas gerais, disposição que não sobre os prazos de resposta da autoridade pública — arts. 2º à 4º (BRASIL, 2011a) —, e da possibilidade de impetração após denegado o acesso — arts. 7º e 8º (BRASIL, 2011a). E neste sentido, a Lei de Acesso à Informação é bem explícita;

A seu turno, ao dispor sobre o procedimento recursal à recusa na prestação de informações, a Lei 12.527/2011 estabelece, diferentemente da Lei 9.507/1997, a possibilidade de recurso, ainda em âmbito administrativo, aos órgãos de cúpula da administração pública

— especialmente às Controladoria-Geral da União, e à recém-criada Comissão Mista de Reavaliação de Informações, para os casos de sigilo, como mesmo dispõe seu art. 16¹ (BRASIL, 2011a). A Lei de Acesso à Informação, deste modo, à margem do disposto na Lei 9.507/1997, imprime uma nova lógica ao procedimento de requisição e acesso a seus dados por parte dos cidadãos.

O que, propramente, nos leva à nossa questão inicial questão: se a Lei 12.527/2011, em suas disposições, atribui as competências ordinária e recursal, no âmbito da administração pública federal, para o exercício do direito de acesso à informação, que hipóteses restariam, neste caso, para a impetração do *habeas data*?

Isto é, sendo certo que, a toda recusa na prestação de informações, por parte de qualquer órgão da administração pública federal, caberá recurso, em última instância, à Controladoria-Geral da União — esta com status de Ministério (BRASIL, 2011a) —; e, caso de classificadas as informações, aos respectivos Ministro de Estado, ou Comando, no caso

¹ “Art. 16. Negado o acesso a informação pelos órgãos ou entidades do Poder Executivo Federal, o requerente poderá recorrer à Controladoria-Geral da União, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias se: I - o acesso à informação não classificada como sigilosa for negado; II - a decisão de negativa de acesso à informação total ou parcialmente classificada como sigilosa não indicar a autoridade classificadora ou a hierarquicamente superior a quem possa ser dirigido pedido de acesso ou desclassificação; III - os procedimentos de classificação de informação sigilosa estabelecidos nesta Lei não tiverem sido observados; e IV - estiverem sendo descumpridos prazos ou outros procedimentos previstos nesta Lei. § 1º O recurso previsto neste artigo somente poderá ser dirigido à Controladoria-Geral da União depois de submetido à apreciação de pelo menos uma autoridade hierarquicamente superior àquela que exarou a decisão impugnada, que deliberará no prazo de 5 (cinco) dias. § 2º Verificada a procedência das razões do recurso, a Controladoria-Geral da União determinará ao órgão ou entidade que adote as providências necessárias para dar cumprimento ao disposto nesta Lei. § 3º Negado o acesso à informação pela Controladoria-Geral da União, poderá ser interposto recurso à Comissão Mista de Reavaliação de Informações, a que se refere o art. 35.” (BRASIL, 2011).

das forças armadas (BRASIL, 2011a); ainda restaria alguma competência aos juízes e desembargadores federais para o julgamento do *habeas data*?¹

Igualmente, no que tange aos Judiciário, Conselho Nacional do Ministério Público — de modo que, como mesmo disposto no § 2º², do art. 19, da Lei de Acesso à Informação, lhe cabem a seus órgãos de cúpula o julgamento dos recursos, em última instância, das decisão denegatórias (BRASIL, 2011a) —, e Legislativo — que, por mais que ainda se virão a regulamentar em seu âmbito as competências recursais, à luz do art. 18³, da Lei 12.527/2011 (BRASIL, 2011a), é de se imaginar que se siga a mesma disciplina atribuída aos demais poderes —, não aplicaríamos a mesma lógica anterior? Onde, do mesmo modo, já não mais restaria competência aos órgãos da justiça comum ao julgamento do *habeas data*?

Ou seja — e, assim, retornamos, mais uma vez às nossas indagações iniciais —, (por mais que não se observem prejuízos ao cidadão, em um primeiro momento, nos cabe, inobstante, questionar) ao estimular, ou, propriamente, determinar o controle interno do procedimento ao acesso à informação, não se estaria impingindo um controle interno em detrimento da judicialização?

¹ Posto que, como mesmo definem a Constituição, em seus arts. 102 e 105, e a Lei 9.507/1997, em seu art. 20, a competência originária para julgamento de *habeas data*, contra atos de Ministro de Estado, é do Superior Tribunal de Justiça — e, assim, em grau de recurso, do Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1988).

² “Art. 19. [...]§ 2º Os órgãos do Poder Judiciário e do Ministério Público informarão ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente, as decisões que, em grau de recurso, negarem acesso a informações de interesse público.” (BRASIL, 2011).

³ “Art. 18. Os procedimentos de revisão de decisões denegatórias proferidas no recurso previsto no art. 15 e de revisão de classificação de documentos sigilosos serão objeto de regulamentação própria dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público, em seus respectivos âmbitos, assegurado ao solicitante, em qualquer caso, o direito de ser informado sobre o andamento de seu pedido.” (BRASIL, 2012.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por se encontrar ainda em fase de desenvolvimento, cremos que ainda há muito o que ser feito, e muito a que ser discutido no que tange ao presente trabalho.

Sendo certo que, ambas as Leis nº. 12.527/2011, e 12.528/2011 são extremamente recentes, ainda nos resta muito o que refletir sobre, especialmente considerando os objetivos a que ambas as lei se propõem. Estes temas que — ainda que não tratem exatamente sobre as graves violações aos direitos humanos ocorridas no período da Ditadura Militar —, mostram-se relevante por inaugura uma nova perspectiva sobre a busca de direitos fundamentais, e na limitação da atuação do Judiciário — e, em última instância, do próprio Estado.

Inobstante, buscamos poder contribuir, com a discussão que aqui se incita, com este trabalho hercúleo que é o da construção e efetivação dos direitos ao acesso à informação, à publicidade, e à memória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20. Ago. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm>. Acesso em 20. Ago. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em 20. Ago. 2012.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº. 12.528, de 18 de novembro de 2011*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528 .htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm)>. Acesso em 20. Ago. 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Habeas Data brasileiro e sua lei regulamentadora*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 124/147.

PIOVESAN, Flávia. *O Habeas Data e seus pressupostos à luz da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.507/1997*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Habeas Data*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, pp. 94/106.

RACIONALIZAÇÃO BUROCRÁTICA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DO DASP A PARTIR DE MAX WEBER

Luana Thaysa Piola¹

RESUMO

Considerada por Max Weber como a gênese do Estado Moderno (ocidental), juntamente com o capitalismo, a racionalização burocrática (advinda da dominação racional-legal) prevista nos tipos puros de dominação legítima mostra-se importante ao passo em que compreendemos que toda relação histórica (de dominação) contempla elementos que podem ser analisados com base em seus três tipos de dominação: 1) *dominação tradicional*; 2) *dominação carismática* e 3) *dominação racional-legal*, que para Weber é o instrumento conceitual específico a ser utilizado na análise sociológica para apreender o elemento individualizante que qualifica a ação social no seu condicionamento histórico, analisaremos então, de forma sucinta, como os desdobramentos da dominação racional-legal (um dos conceitos sociológicos fundamentais da teoria weberiana), por tratar-se *naturalmente* do tipo mais próximo da estrutura moderna do Estado, possibilitaram as transformações ocorridas no Brasil durante o governo de Getúlio Vargas, tomando como problemática o Estado Novo, exatamente por se tratar de uma ordem administrativa e jurídica, pautada na calculabilidade e previsibilidade o que implica na impessoalidade do ato

¹Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Cenecista de Joinville – FCJ – 2o ano. e-mail: Luana.thaysa@gmail.com. Este trabalho é fruto do grupo de estudos *Temas de teoria do Estado e Direito Administrativo (2011)* coordenado pelo Prof. Msc. Mauricio Mesurini da Costa, que atuou como orientador do artigo. Também, o trabalho conta com o auxílio da bolsa de iniciação científica prevista no artigo 171 da Constituição do estado de Santa Catarina.

administrativo do Estado, analisando desta forma, como o DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público, criado pelo decreto-lei 579/38), que tinha por finalidade a busca um modelo de gestão com rigor técnico, teve importância para a racionalização burocrática no Brasil.

Palavras-chaves: *Max Weber; Dominação Racional-Legal; Estado Novo; Burocracia Estatal.*

RESUMEN

Considerado por Max Weber como la génesis del Estado moderno (West), junto con el capitalismo, la racionalización burocrática (que surge de la dominación racional-legal) dentro de los tipos puros de dominación legítima demostrado ser importante mientras nos damos cuenta de que toda la relación histórica (dominación) incluye elementos que pueden ser analizados en función de sus tres tipos de dominación: 1) la dominación tradicional, 2) la dominación carismática y 3) la dominación racional-legal, que para la herramienta conceptual de Weber que se utiliza en el análisis sociológico concreto para captar el elemento que califica individualizar la acción social en su condición histórica, a continuación, analizar, de manera sucinta, ya que las consecuencias de la dominación racional-legal (uno de los conceptos sociológicos fundamentales de la teoría weberiana), porque es evidente que el tipo más cercano la estructura del Estado moderno, permitió a las transformaciones ocurridas en Brasil durante el gobierno de Getúlio Vargas, teniendo como problemática del Estado Nuevo, precisamente porque se trata de una base administrativa y legal, teniendo por característica la calculabilidad y previsibilidad que implica la impersonalidad del acto administrativo Estado, el análisis de esta manera, como el DASP (Departamento Administrativo de la Función Pública, creada por el Decreto-Ley 579/38), que tenía la intención de buscar un modelo de gestión con rigor técnico, era importante para la racionalización burocracia

en Brasil.

Palabras-llaves: Max Weber; Dominación Racional-Legal ; Estado Nuevo ; Burocracia Estatal.

INTRODUÇÃO

O presente estudo mostrará que toda relação histórica de dominação contempla elementos que podem ser analisados através do seu sistema compreensivo de conceitos, nos utilizando aqui dos três “tipos puros” de dominação legítima que segundo Max Weber contempla: 1) *dominação tradicional*; 2) *dominação carismática* e 3) *dominação racional-legal*, desta última cabe especial análise por tratar-se *naturalmente* do tipo mais próximo da estrutura moderna do Estado, muito embora a presente análise não conseguirá, e nem tem a pretensão, de dar conta de toda a riqueza do esquema teórico weberiano.

Convém ressaltar que o trabalho se reservará a análise dos conceitos weberianos e como seu método tipológico serviu de influência para as transformações ocorridas no Brasil *especialmente* com o governo Vargas, analisando a criação do DASP como expressão formal do domínio racional, mostrando a operosidade universal e prática do método tipológico weberiano.

1. CONCEITOS - OS TIPOS PUROS DE DOMINAÇÃO LEGÍTIMA

Max Weber¹ (1864-1920) é provavelmente um dos autores mais influentes e

¹“Max Weber nasceu e teve sua formação intelectual no período em que as primeiras disputas sobre a metodologia das ciências sociais começavam a surgir na Europa, sobretudo em seu país, a Alemanha. Filho de uma família da alta classe média, Weber encontrou em sua casa uma atmosfera intelectualmente estimulante. Seu pai era um conhecido advogado e desde cedo orientou-o no sentido das humanidades. Weber recebeu excelente educação secundária em línguas, história e literatura clássica. Em 1882, começou os estudos superiores em Heidelberg, continuando-os em Göttingen e Berlim, em cujas universidades dedicou-se simultaneamente à economia, à história, à filosofia e ao direito. Concluído o curso, trabalhou na Universidade de Berlim, na qualidade de livre-docente, ao mesmo tempo que servia como

conhecido no âmbito das ciências sociais. Não apenas a sociologia e a ciência política moderna o têm como referência constante, mas também o direito, a economia, a administração e até a filosofia mobilizam várias de suas interpretações e ideias.

Para finalidade da presente análise, verificaremos os conceitos que compreendem os tipos puros de dominação propostos por Weber em sua sociologia da dominação.

A "dominação", como conceito mais geral e sem referência a algum conteúdo concreto, é um dos elementos mais importantes da ação social. Sem dúvida, nem toda ação social apresenta uma estrutura que implica dominação. Mas, na maioria de suas formas, a dominação desempenha um papel considerável, mesmo naquelas em que não se supõe isto à primeira vista.¹ A dominação só é possível em uma lógica de submissão, em uma relação onde há legitimidade e ela é reconhecida².

assessor do governo. Em 1893, casou-se e, no ano seguinte, tornou-se professor de economia na Universidade de Freiburg, da qual se transferiu para a de Heidelberg, em 1896. Dois anos depois, sofreu sérias perturbações nervosas, que o levaram a deixar os trabalhos docentes, só voltando à atividade em 1903, na qualidade de co-editor do *Arquivo de Ciências Sociais (Archiv für Sozialwissenschaft)*, publicação extremamente importante no desenvolvimento dos estudos sociológicos na Alemanha. A partir dessa época, Weber somente deu aulas particulares, salvo em algumas ocasiões, em que proferiu conferências nas universidades de Viena e Munique, nos anos que precederam sua morte, em 1920." WEBER, Max. **Textos Selecionados**. Trad. Maurício Tragtenberg. 2a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 6 - 7.

¹ Weber, Max, **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999, p. 187

²sendo assim a legitimidade de uma ordem pode ser garantida: I. De modo puramente íntimo e, claro está, 1. puramente afetivo: por devotamento sentimental; 2. axiológico-racional: pela crença na sua validade absoluta

Por dominação temos o poder de "fazer-se triunfar" sobre algo ou alguém e *todo o pormenor (com a exceção de alguns conceitos) pertence à sociologia da denominação e do direito*.³ Salientando que os tipos de dominação weberianos, são tipos ideais, e como tal

*"queremos sublinhar desde logo a necessidade de que os quadros de pensamentos que aqui abordamos, "ideais" em sentido puramente lógico, sejam rigorosamente separados da noção do dever ser, do "exemplar". Trata-se da construção de relações que parecem suficientemente motivadas para a nossa imaginação e, conseqüentemente, "objetivamente possíveis"*⁴

E por assim serem, dificilmente aprisionam a realidade dentro de um tipo apenas, porém, é em sua forma pura que poderemos contrastá-la com a realidade com vistas a verificar, numa dada formação social, o quanto tem ela de carismático, de tradicional ou de racional.⁵

enquanto expressão de valores supremos vinculatórios (morais, estéticos ou quaisquer outros); 3. religioso: pela fé que se tem na dependência que há entre a posse de um bem salvífico e a sua observância; II. Também (ou apenas) por meio das expectativas de consequências externas específicas, por conseguinte, por uma situação de interesses; mas por expectativas de índole particular. WEBER, Max. **Conceitos Sociológicos Fundamentais**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da beira interior, 2010, p. 63.

³WEBER, Max. **Conceitos Sociológicos Fundamentais**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da beira interior, 2010, p. 69.

⁴WEBER, Max. **Metodologia das Ciências Sociais**, 2 vols. Trad. Augustin Wernet; Introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001, p. 138 - 139.

⁵AMORIM, Aluizio Batista de. **Elementos de Sociologia do Direito em Max**

Com efeito, a mudança de um tipo predominante para outro, ou para parte de outro, não significa uma alteração de um tipo de dominação visto que possuem mecanismos próprios de defesa interna, porém quando os dominadores deixam de corresponder aos “padrões” que justificam a sua dominação, torna-se necessário a transição para outro tipo que justifique e dê fundamento a legalidade de sua conduta, sendo assim, podemos analisar as tendências pelas quais um sistema de dominação pode sofrer em direção a outro¹. Para Weber existem três tipos puros de dominação, a vigência de sua legitimidade pode ser:

1. *de caráter racional: baseado na crença na legitimidade das ordens estabelecidas e do direito de mando daqueles que, em virtude dessas ordens, estão nomeados para exercer a dominação (dominação legal, ou*
2. *de caráter tradicional: baseada na crença cotidiana na santidade das tradições vigentes desde sempre e na legitimidade daqueles que, em virtude dessas tradições, representam a autoridade (dominação tradicional) ou, por fim,*
3. *de caráter carismático: baseada na veneração extracotidiana da santidade, do poder heróico ou do caráter exemplar de uma pessoa e das ordens por esta reveladas ou criadas (dominação carismática)*²

Analisaremos a seguir detalhadamente o que compreende o raciocínio para com

Weber. Florianópolis: Insular, 2001, p. 115.

¹AMORIM, Aluizio Batista de. **Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001, p. 116.

²AMORIM, Aluizio Batista de. **Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001, p. 113

a dominação racional-legal, por se tratar *naturalmente* do tipo mais próximo a estrutura moderna do Estado.

1.1. Dominação Racional-legal

Pautado na ideia de Estado, caracterizado pela *impessoalidade*, a legitimidade nesse caso vem do próprio sistema, é o Estado burocrático. Assim é o império pela lei, única forma possível para a criação do direito, visto que cria uma situação na qual a dominação possa ser racionalmente legitimada, fato do qual, outras formas de legitimação desencorajam o surgimento do direito racional.

O direito racional formal não surgiu apenas por atender às necessidades burguesas de um direito “calculável”. Na verdade, ele surge como resultado desta necessidade em conexão às necessidades da administração patriarcal de uma organização racional.³ A burocracia tem segundo Max Weber, sua fonte de legitimidade no poder racional-legal. As organizações burocráticas são, em seu tipo ideal, sistemas sociais racionais que se fundamentam nos seguintes pressupostos: 1. especialização das funções; 2. formalismo e hierarquia de autoridade; 3. sistema de normas; e, 4. prevalência da impessoalidade. Weber define claramente o caráter impessoal da burocracia, quando diz que nela não há lugar para elementos que escapem ao cálculo, como o amor ou o ódio⁴.

2. O ESTADO NOVO E O MÉTODO TIPOLOGICO

Tomando como problema o regime do Estado Novo⁵ no Brasil (1937-1945) que

³TRUBEK, David M. **Max Weber Sobre Direito e Ascensão do Capitalismo**. Revista Direito GV: 151 - 186 | JAN- JUN 2007V.3 N. 1 | p.33.

⁴ALMEIDA, Cristiane Roque de. **O Tipo Ideal de Burocracia Weberiana** (Síntese publicada na Revista Acadêmica UNIF AN)

⁵“Foi em meio a ideologia que mobilizavam multidões que surgiu o Estado

foi “o momento de apogeu de vários pensadores autoritários brasileiros como Francisco Campos, Azevedo Amaral além de Oliveira Viana”¹, vamos aqui procurar refletir sobre os motivos e finalidades que levaram a “implantação” do Estado Novo, nas palavras de Francisco Campos²

*“O Estado Novo nasceu como uma imposição da ambiência social e política que vínhamos vivendo. (...) O Estado era uma “terra de ninguém” mais ou menos ao alcance dos imperialismos estaduais, que medravam e cresciam à custa da unidade espiritual e política da Nação. Era imperioso remover os obstáculos que impediam a ação, imediata e eficaz, necessária para recompor e restaurar aquela unidade.”*³

Novo no Brasil (1937-45) (...) O “novo” aqui representava o ideal político que encontrava uma “via” que se afastasse tanto do capitalismo liberal quanto do comunismo, duas doutrinas políticas que, desde meados do século XIX e mais intensamente a partir da revolução soviética, competiam entre si no sentido de oferecer um a nova alternativa política e econômica para o mundo. Havia em ambas a ambição de corrigir os problemas do capitalismo: desigualdade social, crises, insegurança econômica, conflito de classes e de interesses.” ARAUJO, Maria Celina Soares D’. **O Estado Novo** - Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 8.

¹ARAUJO, Maria Celina Soares D’. **O Estado Novo** - Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p.13.

²Francisco Campos foi um jurista de rara competência. Conhecedor profundo da Ciência do Direito dominava os princípios fundamentais da legislação brasileira e do exterior. Ministro da Justiça foi o principal coordenador da feitura do arcabouço jurídico em que se apoiou o Estado Novo, incluindo a Carta Constitucional de 37 (do qual foi quase autor exclusivo) e da reforma dos principais Códigos e Leis da época. CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 5.

³CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal, 2001, p. 316

Desta maneira justifica-se a imposição de um governo controlador, admitindo como ensinava a teoria de Keynes, pós-crise de 1929, que o Estado podia e *devia* intervir no mercado, surgindo dessa teoria duas frentes: aos adeptos do liberalismo prevalecia o “princípio das liberdades individuais e de livre iniciativa, enquanto para a direita e esquerda prevaleceram os ideais do intervencionismo estatal, em termos econômicos e sociais”⁴, de fato, o último predominou no Brasil durante o período do Estado Novo e será objeto de nossa análise. Convém ressaltar que,

*“assim como Max Weber identificou que a dominação burocrática era a “sombra inescapável das democracias de massa”, Campos constatou que a sombra da democracia de massa era o líder carismático. ‘As massas encontram-se sob a fascinação da personalidade carismática. Esta é o centro da integração política’.”*⁵

Desta forma Vargas governou: do líder carismático ao “ditador”, com a finalidade de modernizar o Brasil, além de trazer consigo a burocratização, ou melhor, a tentativa de implantação de um modelo burocrático.

⁴ARAUJO, Maria Celina Soares D’. **O Estado Novo** - Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p.8.

⁵ MESURINI, Mauricio da Costa; DIRSCHNABEL, Leandro *et al.* **A democracia antiliberal de Francisco Campos**. Anais do II Seminário Nacional Sociologia e Política. UFPR. Curitiba, 2010.

<<http://www.seminariosociologiapolitica.ufpr.br/paginas/anais/1.html>>, acesso em 05.08.2012.p. 5

3. A TENTATIVA DE IMPLANTAÇÃO DE UM MODELO BUROCRÁTICO

Codato observa que a modernização e a racionalização do Estado Novo com o processo de remodelamento da administração pública tiveram *como alfa e ômega a criação do DASP*¹ que foi previsto na Constituição de 1937, suas atribuições eram as seguintes² 19: 1) Realização de estudos detalhados de repartições, departamentos e estabelecimentos públicos para determinar as modificações a serem feitas em vários campos: dotação orçamentária, distribuição, processos de trabalho, relações entre os órgãos e relações com o público. 2) Fiscalizar a execução do orçamento, juntamente com o presidente da República. 3) Organizar anualmente a proposta orçamentária a ser enviada à Câmara dos Deputados; cuidar da organização dos concursos públicos para cargos federais do Poder Executivo; aperfeiçoamento dos servidores civis da União; auxílio ao presidente no exame dos projetos de lei submetidos à sanção e fixação de padrões para os materiais usados nos serviço público.³

¹O DASP foi previsto na constituição de 37 e criado no início do Estado Novo, em 38, controlava o sistema administrativo (controlavam, inspecionavam, apresentavam relatórios, auxiliavam o Presidente da República e outras coisas) sendo os ministérios subordinados a ele nesse ponto somente, sua criação foi a busca de um modelo de gestão com rigor técnico pautado na impessoalidade e na autonomia o que tem por essência a influência de Francisco Campos na constituição de 37 e Weber com a racionalização-formal, e a burocracia que segundo ele é a única forma eficaz de dotar a administração publica e privada.

²Além de para o aperfeiçoamento da máquina pública, além de elaborar a proposta orçamentária do governo e prestar assessoria ao presidente da República. O decreto-lei 579/38, assinado pelo então presidente Getúlio Vargas, criou o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), cumprindo as exigências da Constituição

³Para maiores informações sobre os dados históricos, o site dos servidores possui material disponível, para acesso vide: [www.servidor.gov.br/institucional/historico_DASP .htm](http://www.servidor.gov.br/institucional/historico_DASP.htm)

*“Fruto de uma experiência pioneira, o DASP foi parte de uma iniciativa de reforma e planejamento que inaugurou uma nova feição dos órgãos estatais no Brasil, somente a partir dele organismos planejadores e fiscalizadores de caráter técnico-burocrático ganharam terreno e importância.”*⁴

De fato, a criação do DASP teve por busca um modelo de gestão com rigor técnico pautado na impessoalidade e na autonomia o que tem por essência a influência de Francisco Campos na constituição de 37 e Max Weber com a racionalização-formal e a burocracia, que segundo ele, é a única forma eficaz de dotar a administração publica e privada, afirmando-se deste modo, a importância de uma ordem político-administrativa e o papel eminentemente político dos mecanismos institucionais do Estado Novo.⁵

Como exemplo, no Estado Novo, predominava-se o domínio legal, com traços de patrimonialismo (que é um dos tipos puros de dominação tradicional), mostrando a operosidade universal e prática do método tipológico weberiano ⁶ mesmo quando sofrem modificações em direção á outro tipo-ideal justamente por deixar de corresponder aos padrões iniciais deixando de corresponder ao que legitima a sua dominação, acabando por declinar em direção a outro.

⁴BARIANI, Edson. **DASP: Entre a norma e o fato**. Capítulo de tese de doutoramento (em andamento) em sociologia pela FCL/UNESP-Araraquara-SP: Bariani, Edison. *Guerreiro Ramos e a redenção sociológica; capitalismo e sociologia no Brasil*. Araraquara-SP, 2004, p.1.

⁵CODATO, Adriano. **Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado**, Revista Dois pontos: Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, p. x-y, outubro, 2008.p.1

⁶AMORIM, Aluísio Batista de. **Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber**. Florianópolis: Insular, 2001, p. 115

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste estudo foi analisar, primeiramente, os conceitos weberianos, mostrando sua importância para o desenvolvimento do chamado “Estado Moderno” e através de sua “sociologia da dominação” conseguir entender que toda relação histórica contém elementos que podem ser analisados através dela, como exemplo utilizado: o Estado Novo, onde verificamos, predominava-se o “império pela lei” o domínio racional-legal, com traços de patrimonialismo (que é um dos tipos puros de dominação tradicional), mostrando a operosidade universal e prática do método tipológico weberiano, e como vimos à burocracia tem segundo Max Weber, sua fonte de legitimidade no poder racional-legal.

Weber via na racionalização uma crescente transformação das associações em instituições organizadas de maneira racional com relação a fins, e o manto tornou-se uma prisão de ferro, uma crescente transformação dos modos informais e tradicionais em instituições organizadas racionalmente, impessoalmente e legalmente, temia a sociedade moderna como um sistema que esmagaria o espírito humano ao tentar regular todas as esferas da vida social, preocupava-se com os efeitos desumanizantes da burocracia e suas implicações no destino da democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Aluizio Batista de. *Elementos de Sociologia do Direito em Max Weber*. Florianópolis: Insular, 2001.

ALMEIDA, Cristiane Roque de. *O Tipo Ideal de Burocracia Weberiana*. Síntese publicada na Revista Acadêmica UNIFAN.

ARAUJO, Maria Celina Soares D'. *O Estado Novo*- Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

ARGÜELLO, Katie Silene Cárceres. *O Ícaro da Modernidade: Direito e Política em Max Weber*. São Paulo: Acadêmica, 1997.

BARIANI, Edson. *DASP: Entre a norma e o fato*. Capítulo de tese de doutoramento em sociologia pela FCL/UNESP - Araraquara-SP: Bariani, Edison. Guerreiro Ramos e a redenção sociológica; capitalismo e sociologia no Brasil. Araraquara-SP, 2004.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*. Brasília: Senado Federal, 2001. CASTRO, Alexander; COSTA, Maurício Mesurini da. *A racionalidade do Direito no Estado constitucional: uma aproximação entre Max Weber e Luigi Ferrajoli*. Terceiro seminário de direito alternativo, Florianópolis: CESUSC, 2007.

CODATO, Adriano. *Quando o Brasil era moderno: o Estado antes da crise do Estado*, Revista Dois pontos: Curitiba, São Carlos, vol. 5, n. 2, p. x-y, outubro, 2008.

MESURINI, Mauricio da Costa; DIRSCHNABEL, Leandro et al. *A democracia antiliberal de Francisco Campos*. Anais do II Seminário Nacional Sociologia e Política. UFPR. Curitiba, 2010.

QUINTANEIRO, Tânia; BAROBOSA, Maria Lígia de Oliveira e OLIVEIRA, Márcia Gardênia. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2a ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

TRUBEK, David M. *Max Weber Sobre Direito e Ascensão do Capitalismo*. Revista Direito GV: 151 - 186 | JAN-JUN 2007.

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, 6a ed. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi e Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Pioneira, 1989.

WEBER, Max. *Ciência e Política: Duas Vocações*. Trad. Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 2a ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1972.

WEBER, Max. *Conceitos Sociológicos Fundamentais*. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da beira interior, 2010.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; Revisão técnica de Gabriel Cohn - Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

WEBER, Max. *Metodologia das Ciências Sociais*, 2 vols. Trad. Augustin Wernet; Introdução à edição brasileira de Maurício Tragtenberg. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2001.

WEBER, Max. *Textos Seleccionados*. Trad. Maurício Tragtenberg. 2a ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

GT MOVIMENTOS SOCIAIS E TERCEIRO SETOR

A CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA SUBJETIVIDADE NO MUNDO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

Andrea Cristina Martins¹

Daniel Francisco Rossi²

RESUMO

Este artigo pretende apresentar uma discussão acerca da construção de uma nova subjetividade no mundo do trabalho contemporâneo, tendo como foco os catadores de materiais recicláveis. A pesquisa objetiva analisar o trabalho dos catadores como alternativa de geração de trabalho e renda e o surgimento de uma nova subjetividade marcada pela liberdade e não subordinação. A análise utilizará a perspectiva multidisciplinar e tem como metodologia a pesquisa bibliográfica e a coleta de dados. Como marco teórico foi utilizado a teoria marxista, entendendo que a sociedade dividida em classes, e o pensamento gramsciano no que tange os conceitos de hegemonia e intelectuais orgânicos. A pesquisa aponta o surgimento de uma nova

¹ Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professora da Universidade Positivo. Coordenadora do Projeto Geração de Renda da Escola de Negócios da Universidade Positivo. Advogada e consultora com atuação no Terceiro Setor. andreamartins2004@hotmail.com

² Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Engenharia de Produção da Universidade Federal de Santa Catarina. Coordenador de Pós-Graduação Ibpx - Uninter. danielrossi2005@hotmail.com

subjetividade, com base na manutenção da autonomia na atividade da coleta e com a não identificação do assalariamento como a única forma de pertencimento e reconhecimento social. Como considerações finais, e com base na análise de David Harvey, aponta-se que na sociedade pós-moderna, apesar da necessidade da presença de valores sociais e de um controle psicológico para que haja o “controle do trabalho”, os mesmos não estão presentes o suficiente para dar sustentação a esse sistema de produção, como se verifica com os catadores que defendem a liberdade como um valor no mundo do trabalho.

Palavras-chave: *Catadores de materiais recicláveis, trabalho, subjetividade.*

ABSTRACT

This article presents a discussion about the construction of a new subjectivity in the contemporary world of work, focusing on the pickers of recyclable materials. The research aims to analyze the work of the pickers of recyclable materials as an alternative source of employment and income and the emergence of a new subjectivity marked by freedom, not subordination. The analysis uses a multidisciplinary approach, bibliographic research and the methodology to data collection. As a theoretical framework was used Marxist theory, understanding that society is divided into classes, and thought of Gramsci regarding the concepts of hegemony and organic intellectuals. The research points to the emergence of a new subjectivity, based on the maintenance of autonomy in the work activity and with no identification of the wages system as the only way of belonging and social recognition. As conclusion, and based on the analysis of David Harvey points out that in postmodern society, despite the need for the presence of social values and a psychological control so there is the "job control", they are not present enough to give support to this production system, as is the case with the pickers of recyclable materials who defend freedom as a value in mute work.

Key-words: *pickers of recyclable materials, labor, autonomy, work, subjectivity.*

1. A CONSTRUÇÃO OBJETIVA DO TRABALHADOR NO CONTEXTO CAPITALISTA

Na sociedade capitalista o trabalho assume a forma assalariada, marcado pela divisão de classes e pela legitimidade da propriedade privada. Assim, o trabalho assalariado passa a ser parte de um processo de dominação de classe e de subordinação ao capital. Para Marx e Engels (2001, p. 23) entende-se “por proletário, a classe dos operários assalariados modernos que, não possuindo meios próprios de produção, reduzem-se a vender a força de trabalho para poderem sobreviver”. Isto é, o trabalhador depende da venda de sua força de trabalho para poder sobreviver na sociedade capitalista, trabalhar para o outro que será o dono do produto decorrente de sua força de trabalho.

O trabalho despersonaliza-se, o contrato de trabalho é a expressão legal dessa formalização e impessoalidade. O capital não se compromete com o trabalhador, o empregador compra a força de trabalho e o trabalhador deve assumir a responsabilidade pela sua própria subsistência. O poder de mando é do capital, o qual é o detentor das opções de investimento e de criação de postos de trabalho, e ao trabalhador cabe a venda de sua força de trabalho, no entanto, dialeticamente, o capital depende do trabalho para sua reprodução.

Segundo Braverman (1987, p. 133-134) ao tratar sobre o processo de habituação do trabalhador ao sistema capitalista, destaca:

Mas por baixo dessa aparente habituação continua a hostilidade dos trabalhadores às formas degeneradas de trabalho a que são obrigados, como uma corrente subterrânea que abre caminho à superfície quando as

condições de emprego permitem, ou quando a tendência capitalista a maior intensidade de trabalho ultrapassa os limites da capacidade física e mental. Renova-se em gerações sucessivas, exprime-se no incontido sarcasmo e repulsa que grandes massas de trabalhadores sentem por seu trabalho, e vem à tina repetidamente como um problema social exigente de solução.

A institucionalização do assalariamento se dá com o suporte jurídico do Estado, pois há a necessidade de organização da classe trabalhadora sem a perda do reforço ao modo de produção capitalista. De acordo com Harvey (2011, p. 60) o Estado não tem um papel fixo nessa relação, “se o trabalho é bem organizado demais e muito e poderoso num determinado local, a classe capitalista procurará comandar o aparato estatal para que este atenda a seus interesses”.

O reflexo da luta de classes na formação das normas jurídicas é analisado de forma crítica por Miaille (1994, 135) ao afirmar que o Estado é “lugar e cerne de uma luta de classes”.

Para Harvey (2011) ao tratar sobre as transformações político-econômicas do capitalismo, após discutir as conseqüências da modernidade na formação da sociedade contemporânea, aponta duas áreas de dificuldade para o sucesso do sistema capitalista, sendo elas, a fixação de preços dentro de um sistema anárquico do mercado e a segunda, que deriva da necessidade de controle do emprego da força de trabalho para garantir a adição no valor da produção.

Ao detalhar esse segundo fator para a permanência viável do sistema capitalista, qual seja, o controle sobre a força de trabalho, Harvey (2000, p.119) afirma:

A familiarização dos assalariados foi um processo histórico bem prolongado (e não particularmente feliz) que tem se renovado com a incorporação de cada nova geração de trabalhadores à força de trabalho. A disciplinação da força de trabalho para os propósitos da acumulação do capital – um processo a que vou me referir, de modo geral, como “controle do trabalho” – é uma questão muito complicada.

E continua a explicação, Harvey (2000, p.119):

Ela envolve, em primeiro lugar, alguma mistura de repressão, familiarização, cooptação e cooperação, elementos que tem de ser organizados não somente no local de trabalho como na sociedade como um todo. (...) A educação, o treinamento, a persuasão, a mobilização de certos sentimentos sociais (a ética do trabalho, a lealdade aos companheiros, o orgulho local ou nacional) e propensões psicológicas (a busca da identidade através do trabalho, a iniciativa individual ou a solidariedade social) desempenham um papel e estão claramente presentes da formação de ideologias dominantes cultivadas por meios de comunicação de massa, pelas instituições religiosas e educacionais, pelos vários setores do aparelho do Estado, e afirmadas pela simples

articulação de sua experiência por parte dos que fazem o trabalho. Também aqui o “modo de regulamentação” e torna uma maneira útil de conceituar o tratamento dado aos problemas da organização da força de trabalho para propósitos de acumulação do capital em épocas e lugares particulares.

Desta forma, percebe-se que o assalariamento vai sendo construído a partir de uma estruturação social, jurídica e política onde pessoas passam a depender da venda de sua força de trabalho para sua subsistência. Esse processo de proletarização traz também a desmobilização da força de trabalho, o enfraquecimento das instituições sindicais, à disputa pelos postos de trabalho, além do interesse do trabalhador pelo consumo, como está acontecendo na atualidade.

Lafargue (1999) faz uma crítica ao assalariamento, apontado como um fator de embrutecimento dos trabalhadores e como uma das piores formas de escravidão. Essa crítica mostra que o assalariamento é uma forma de modalidade laboral criado com vistas a atender aos interesses do capital.

Com as mudanças constantes na contemporaneidade e a intensificação da globalização o mercado de trabalho vai sofrendo profundas transformações. Segundo Harvey (2000, p. 143):

O mercado de trabalho, por exemplo, passou por uma radical reestruturação. Diante da forte volatilidade do mercado, do aumento da competição e do estreitamento das margens de lucro, os patrões tiraram proveito do enfraquecimento do poder sindical e da grande

quantidade de mão-de-obra excedente (desempregados ou subempregados) para impor regimes ou contratos de trabalho mais flexíveis.

A flexibilidade no mercado de trabalho, passa a ser uma constante, seja na idéia de flexibilização das leis trabalhistas existentes, seja na flexibilidade das modalidades laborais, o surgimento de novas formas de trabalho, como o empreendedorismo e as formas de trabalho autônomo, se apresentam como opções ao trabalhador, quando, no entanto, são opções ao capital para desoneração dos encargos trabalhistas.

Essa constatação feita por Harvey (2011), da necessidade da presença de valores sociais e de um controle psicológico para que haja o “controle do trabalho” dentro de um contexto pós-moderno, onde os sentimentos sociais, como os valores da ética, a lealdade, o orgulho nacional e, os elementos psicológicos, como a identidade através do trabalho e a solidariedade, não estão presentes o suficiente na sociedade contemporânea para dar sustentação a esse sistema de produção, mas ao mesmo tempo, o que todos almejam é renda para o consumo.

2. CONSTRUÇÃO SUBJETIVA DO TRABALHADOR NO SISTEMA CAPITALISTA

Atualmente, há uma tendência de crise no reconhecimento da condição de trabalhador, que se coloca a partir do ataque aos direitos do trabalhador pela ideologia neoliberal e pelas conseqüências da intensificação das relações sociais, incluindo as relações produtivas e econômicas.

As alterações no campo material vão contribuir para a alteração da subjetividade do trabalhador, segundo Antunes (2006, p. 42):

Essas transformações, presentes ou em curso, em maior ou menor escala, dependendo de inúmeras condições econômicas, sociais, políticas, culturais, etc., dos diversos países aonde são vivenciadas, afetam diretamente o operariado industrial tradicional, acarretando metamorfoses no ser trabalhador.

Os impactos da modernidade no campo das relações do trabalho estão delineando um novo sujeito histórico não mais atrelado ao trabalho assalariado, como formação de uma identidade. Rizek (1998, pp. 15-16) ao prefaciá a obra de Robert Castel - As metamorfoses da questão social-, aponta a necessidade de estudar e compreender esse novo sujeito histórico:

O fim das cristalizações históricas experimentadas de fato, ou reivindicadas como horizonte, é o que caracteriza o momento contemporâneo, situação de transitoriedade que clama por diagnósticos precisos, na medida em que os indícios de transformação já estão desenhados. O processo de degradação dos eixos que se constituíam nos pilares da sociedade salarial vem pondo em xeque modos de socialização e formas de integração com base no trabalho, vem revertendo identidades, filiações, formas de coesão e de solidariedade.

A subjetividade pode ser compreendida conforme afirma Marx (1998) nas teses sobre Feuerbach que “a essência humana não é uma abstração inerente ao indivíduo singular. Em realidade, é o conjunto das relações sociais.”

É essa subjetividade, fruto de uma construção histórica, social, cultural vem sofrendo alterações. A realidade externa interfere na construção interna do sujeito, o modo como ele se percebe enquanto sujeito histórico. A relação de construção da subjetividade se dá de forma dialética, de acordo com Aita e Facci (2011, p. 43):

A gênese da subjetividade se dá conforme o sujeito se apropria das relações sociais. Cada indivíduo faz isso de forma única, o que não significa dizer da gênese da subjetividade está no interior do sujeito. A subjetividade se constitui conforme o sujeito internaliza, subjetiva, as relações sociais eu estão externas a ele, num processo dialético entre o interno e o externo.

Na sociedade contemporânea, considerada como sociedade de consumo, o trabalhador deixa de ser aquele que apenas produz os bens para ser aquele que também os consome. Essa é a constatação de Melman (2003, p. 118) que estuda sobre a construção de uma nova economia psíquica ao afirmar que:

(...) o que vemos nos dias de hoje é precisamente isso: não há mais mestre, em nossas culturas, o patrão é o gozo. De tal modo que assistimos, se você me permite esse comentário irônico, a uma estrondosa vitória proletária que Marx não havia previsto: a proletarização

do conjunto da sociedade. Todos proletários! Todos servidores! Todos cativos, obedientes diante do gozo!

A busca pelo prazer é a busca pelo consumo, ambos se refletem na formação da subjetividade do trabalhador e na sua busca por renda e conseqüente consumo.

A nova sociedade criada pelo capitalismo é a sociedade do consumo e os trabalhadores querem ter renda para poder consumir e se inserir na sociedade mesmo que através de um trabalho precarizado. No entanto, mesmo assumindo outras formas de trabalho, se mantêm a subordinação dos trabalhadores de forma indireta, pois mesmo sendo autônomo ou empreendedor está vinculado à lógica do capital. Corroborar com esse pensamento, Tavares (2002, p. 114):

Transformar empregos em serviços com pretensão de generalizar o trabalho improdutivo, é uma tentativa ingênua de negar a mais-valia, porque sendo o trabalho produtivo nuclear, negá-lo significaria a negação do próprio sistema, em que produtivo e improdutivo coexistem em uma relação dialética.

Os trabalhadores formais estão sendo transformados em pequenos empresários, mesmo que com a manutenção das relações de subordinação. Para Tavares (2002, p. 113): “A estratégia é transformar trabalhadores em pequenos empresários, com o que se quer uma sociedade capitalista sem antagonismo de classes”. Essa forma de estratégia do capital mascara o imaginário do trabalhador, que hoje não se reconhece como trabalhador.

Castel (1993, p. 33) ao tratar das metamorfoses da questão social, vai explicar o surgimento na sociedade contemporânea de novos sujeitos, os “supranumerários” que são constituídos por pessoas ou grupos de pessoas inúteis para o processo produtivo, “mas os “supranumerários” nem sequer são explorados, pois para isso, é preciso possuir competências conversíveis em valores sociais. São supérfluos”. Bauman (2005) ao fazer a análise da modernidade e das consequências do capitalismo e do consumo, vê o surgimento de um novo sujeito histórico, fazendo uso de uma metáfora do “refugo”. Para Bauman, a civilização moderna produz muito mais lixo devido ao aumento da produção e do consumo, mas, segundo ele, também produz o “lixo humano”, ao qual denomina refugo, que é aquele sujeito que não podendo ser consumidor, está sobrando na sociedade.

3. A ANÁLISE DOS CATADORES DE MATERIAIS RECICLÁVEIS

No Brasil, os catadores de materiais recicláveis surgem a partir de origem complexa, podendo citar alguns fatores como: uma sociedade dividida em classes, o aumento do consumo, a diversidade de novos produtos e embalagens, a exclusão social, a precarização das relações de trabalho, o desemprego, a preocupação de conservação e preservação ambiental e o surgimento da indústria da reciclagem. Essa nova categoria pode ser explicada por Castel (1998) como os “supranumerários” ou por Bauman (2005) como os “refugos” que são sujeitos sem qualificação para o mercado de trabalho, sem renda, e assim sem valor para o sistema capitalista.

A busca pela inclusão e reconhecimento desses trabalhadores no Brasil vem se realizando através do incentivo ao associativismo e/ou cooperativismo, que possibilita a inclusão desse trabalhador na produção de trabalho e geração de renda. Segundo Dal Ri (1999, p.64):

O associativismo representa uma reação a um estado de coisas, e continua crescendo por vários motivos, tais como: aumento do desemprego nos mais diversos setores da economia, necessidade das pessoas se organizarem para ter mais força para enfrentar o mercado, propiciar um ambiente de trabalho menos competitivo e mais solidário. A relevância está exatamente no fato do associativismo trazer uma nova idéia de organização, a idéia de uma grande família trabalhando em prol de todos os membros.

Essa dinâmica é a condição em que estão inseridos os catadores de materiais recicláveis, pois apesar de excluídos do consumo e da renda, estão incluídos em um ciclo produtivo, qual seja o ciclo da reciclagem. Corroborando com esse pensamento, Gonçalves (2003, p. 103): “Portanto, a rigor o catador não pode ser considerado um excluído (enquanto estado permanente), pois ele é um elo incluído em uma cadeia produtiva, ainda que de forma marginalizada, e possa, com isso, sofrer rupturas sociais em outras dimensões da vida em sociedade.”

O que acontece atualmente em relação aos catadores de materiais recicláveis é que as políticas públicas de inclusão desses trabalhadores se dão através de programas de geração de trabalho e renda com incentivo ao associativismo e cooperativismo. Essas formas coletivas de organização do trabalho estão permitindo a inserção desses trabalhadores que não desejam a subordinação na estrutura laboral e também o desenvolvimento do empoderamento desses trabalhadores que começam a formar uma consciência de classe e da sua importância no ciclo produtivo, pois a autogestão exige também a busca pelo conhecimento para a gestão do empreendimento e das pessoas.

Desta forma, iniciam um processo de organização através do Movimento Nacional de Catadores de Materiais Recicláveis e um diálogo com o Estado para a busca de suas reivindicações e uma nova hegemonia.

Essa forma de inclusão social vem, em conjunto com outros fatores, surtindo efeitos sociais, políticas e culturais.

Bauman (2005) ao apontar em sua análise da sociedade pós-moderna o surgimento, das figuras metafóricas dos refugos, não vai além da constatação e das causas do surgimento desses indivíduos. No entanto, Gramsci (2000) irá perceber na sociedade capitalista moderna, a relação orgânica entre a sociedade política e a sociedade civil - destacando as funções ideológicas na formação da hegemonia – e manutenção da ordem social. Relacionado ao conceito de hegemonia, Gramsci estabelece o conceito de classe subalterna, segundo Monal (2003) para Gramsci, não há distinção entre as expressões classe ou grupo, quando se trata do conceito de subalterno.

O termo subalterno reflete as contradições entre as classes, isto é, demonstra que há uma classe dominante e uma classe subalterna, e demonstra que a classe subalterna é a classe que não detêm o poder - o domínio - pois existe outra classe, a classe dominante, detentora do poder.

Para Monal (2003, p. 198): “O subalterno não só constitui um sujeito ativo, mas trata-se também (...) de forjar uma consciência teórica e política e uma capacidade de autocrítica que permita ao subalterno superar suas próprias fraquezas e insuficiências”.

As classes subalternas têm um papel fundamental na sociedade analisada por Gramsci, pois será através dessa classe que a luta pela hegemonia e pelo consenso se dará, através da criação de consciência política de luta pela melhoria da sociedade em geral. Para Monal (2003, p. 198): “Somente este caminho levará à unidade que dá força política e permite a iniciativa, favorecendo também a ação com eficácia e com

resultados capazes de desembocar na autonomia desses grupos subalternos, conduzindo-os a sucessos e à vitória” Segundo Monal (2003, p. 192):

Para Gramsci, assim como para Marx, a sociedade civil é onde se dão e se chocam diversas contradições, entre as quais as lutas de classes e de diversos grupos e camadas sociais. Como Gramsci observou, a sociedade civil é o local das lutas pela hegemonia, bem como o local onde, sob certas condições, é possível obter consenso.

Para compreender essa alteração que está acontecendo com os catadores de materiais recicláveis e o papel da classe subalterna é necessário rever o conceito de intelectual para Gramsci (2000, p. 43) “por intelectuais, cabe entender não somente essas camadas sociais tradicionalmente chamadas de intelectuais, mas em geral toda a massa social que exerce funções de organização em um sentido amplo; seja no plano da produção, da cultura ou da administração pública.” Gramsci afirma que todas as classes têm seus intelectuais, pois entende a sociedade dividida em classes e na sociedade civil uma tensão permanente na disputa por interesses, muitas vezes antagônicos. Os intelectuais orgânicos são aqueles que são provenientes das classes que pertencem e envolvidos nos interesses classistas irão procurar lutar pelos mesmos.

De acordo com SCHLESNER (2001, p.3):

O intelectual orgânico do proletariado é o organizador e dirigente político, nascido das lutas políticas das classes dominadas; sua ação “não pode mais consistir na

eloqüência, motor exterior e momentâneo dos afetos e das paixões, mas num imiscui-se ativamente na vida prática, como construtor, organizador, 'persuasor permanente', a partir da sua atuação política, irá apontar as contradições que perpassam o social, desmistificar o poder e as relações de dominação, despertar a consciência crítica e autônoma; criar um mesmo "clima cultural" que prepare a nova hegemonia.

No caso dos catadores de materiais recicláveis, o papel dos intelectuais orgânicos que se formam dentro dos grupos autogestionários, com apoio de movimentos sociais e do próprio poder público ao incentivar esse modelo de organização, passam a lutar pela emancipação dessa categoria de trabalhadores. Essa nova subjetividade está vinculada a formação de uma nova forma de perceber a realidade, de se perceber como sujeito histórico e passar a lutar pelos seus interesses. Esse papel desenvolvido pelos intelectuais orgânicos também passam a criar uma consciência de classe.

O que se evidencia com os catadores de materiais recicláveis são os valores da autonomia e da liberdade, que demonstra o desinteresse em manter uma relação de trabalho subordinada.

O assalariamento não é o principal interesse dos catadores de materiais recicláveis, o que se verifica da evolução histórica é que o assalariamento para se instalar na sociedade moderna precisou de outras instituições e de um ordenamento jurídico que garantisse a sua existência, o que tem sido alterado na sociedade contemporânea.

A manutenção da autonomia na atividade da coleta é um valor defendido por esses trabalhadores. Podemos pensar que essa valoração pela autonomia é um elemento da subjetividade dessa nova organização do mundo do trabalho.

É nesse campo complexo das relações sociais que o catador ao defender sua autonomia (percebe-se que o assalariamento não representa mais o modelo ideal de trabalho), busca também a proteção para sua atividade.

A proteção previdenciária é a reivindicação central desses trabalhadores, porque estão em constantes riscos de acidente, ferimentos e doenças, além dos danos permanentes causados pelo esforço realizado diariamente. No entanto, é a luta pela sobrevivência que aponta a necessidade de proteção legal, pois o catador obtém renda enquanto está na coleta, se por motivo de perda da capacidade laboral não puder realizar a coleta dos materiais recicláveis, ficará sem renda para sua subsistência.

No caso específico dos catadores de materiais recicláveis, que por muitas gerações estão realizando essa atividade como forma de geração de renda, percebe-se que não está havendo essa manutenção da "habituação" do trabalhador ao sistema capitalista.

A organização dos catadores de materiais recicláveis em arranjos coletivos contribui como uma das formas na construção da subjetividade desses trabalhadores e o caminho para a construção da luta política. Os catadores de materiais recicláveis ao questionarem a organização social formada pela desigualdade e pela exclusão de muitos de seus integrantes, e ao reivindicarem além de melhores condições de trabalho, melhores condições de vida, trazem a tona os problemas estruturais da sociedade capitalista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AITA, Elis Bertozzi e FACCI, Marilda Gonçalves Dias. *Subjetividade: uma análise pautada na Psicologia histórico-cultural*. Psicologia em revista, Belo Horizonte, v. 17, n.1, p. 32-47, abr. 2011.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?: ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez; Campinas, SP: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 2006.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1987

CASTEL, Robert. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

DAL RI, Neusa Maria. *Economia solidária: o desafio da democratização das relações de trabalho*. São Paulo: Arte & Ciência, 1999.

GONÇALVES, Pólita. *A reciclagem integradora dos aspectos ambientais, sociais e econômicos*. Rio de Janeiro: DP&A, Fase, 2003.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*(v.3). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Loyola, 2000.

_____. *O enigma do capital: e as crises do capitalismo*. São Paulo: Boitempo, 2011.

LAFARGUE, *O Direito à preguiça*. São Paulo: Hucitec; Unesp, 1999.

MARX, Karl. Teses sobre Feuerbach. In: Marx, Karl & Engels, Friedrich. *Aideologia alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARX, Karl, ENGELS, Friedrich. *Manifesto do partido comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

MELMAN, Charles. *O homem sem gravidade: gozar a qualquer preço*. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Editorial Estampa, 1994.

MONAL, Isabel. Gramsci, a sociedade civil e os grupos subalternos. In: COUTINHO, Carlos Nelson. *Ler Gramsci, entender a realidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.p. 189 a 200.

RIZEK, Cibele Saliba. Prefácio à obra de Robert Castel. *As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

TAVARES, Maria Augusta. *A centralidade do trabalho produtivo no capitalismo contemporâneo*. Temporalis/Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social. Brasília: ABEPSS, 2002.

SCHLESENER, Anita Helena. *Hegemonia e cultura:Gramsci*. Curitiba: Editora UFPR, 2001.

A EXPERIÊNCIA DO BANCO COMUNITÁRIO DE DESENVOLVIMENTO DA CIDADE ESTRUTURAL NA REALIZAÇÃO DO DIREITO À CIDADE

Diego Nepomuceno Nardi¹

RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise acerca das relações entre Bancos Comunitários de Desenvolvimento (BCD) e a realização do Direito à Cidade. Para tanto, lança mão de pesquisa qualitativa para colher dados da experiência de construção de um BCD protagonizada pelos moradores da Cidade Estrutural, Distrito Federal. Discute-se, tomando por base o marco teórico de *O Direito Achado na Rua*, as possibilidades de emancipação no espaço urbano a partir do Banco Comunitário da Cidade Estrutural, fazendo, para tanto, uma análise do contexto no qual tal iniciativa surge e apresentando as expectativas dos moradores engajados na construção do BCD.

Palavras chaves: Banco Comunitário de Desenvolvimento, Direito à Cidade, Economia Solidária.

ABSTRACT

The paper presents an analysis on the relation between Community Development Banks (CDB) and the realization of the Right to the City. Therefore, it uses qualitative research methods to gather data on the experience of building a CDB started by the residents of Cidade Estrutural, Distrito Federal. It is discussed, based on the theoretical framework of *The Law Found in the Street*, the possibilities of emancipation in the

urban space that are brought by this initiative through the analysis of the context in which it arises, while presenting the expectation of the inhabitants engaged in building the CDB.

Key words: Community Development Bank, Right to the City, Solidarity Economy.

¹ Estudante de graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Membro do Programa de Educação Tutorial em Direito da UnB (PETDir-UnB).

INTRODUÇÃO

Brasília é uma terra de desigualdades¹. Desde seus primórdios a força centrífuga afastou seus pioneiros de direitos básicos como direito à moradia, excluindo-os do plano piloto da nova capital. Porém, a história da Vila Estrutural, ao menos em seu início, nos anos sessenta, não é a história de tantas outras ocupações. É certo que ela reflete em alguma medida a privação do acesso ao centro, da marginalização, mas, diferente de tantas outras, ela permaneceu e, aos poucos, por meio de muita luta e resistência, viu seus moradores alcançarem o tão desejado direito à moradia, porém não o direito à cidade.

Área de alto valor imobiliário pela localização, próxima ao centro político do país e ao coração industrial do Distrito Federal, os moradores da Vila Estrutural foram (e ainda são) constantemente interpelados com violência, e essa violência até hoje deixa marcas. Antes, eram marcas de sofrimento e opressão, mas, hoje, são cada vez mais marcas de orgulho. A violência vem perdendo espaço para a história e memória da luta protagonizada pelos moradores.

Porém, a região e seus moradores ainda são privados de diversos direitos². Conscientes da precariedade de sua condição, da privação de direitos a qual são

¹ Segundos dados do IPEA, em 2009, a proporção da renda apropriada pelos indivíduos pertencentes ao grupo dos 50% mais pobres da distribuição, de acordo com a renda domiciliar per capita no Distrito Federal, era de 10,47%, enquanto tal proporção em relação aos integrantes do grupo dos 1% mais ricos era de 12,17%. Em âmbito nacional, os valores eram, respectivamente, 15,49% e 12,11%.

² Segundos dados de 2011, a Cidade tem 52,6% da população com Ensino Fundamental incompleto e apenas 0,5% com Ensino Superior completo. A região contava, até o começo de Maio/2012, com apenas dois centros de Ensino Fundamental. No dia 4 daquele mês, foi inaugurado o primeiro centro de ensino infantil, com capacidade para 320 alunos, número que contrasta

submetidos, a comunidade organiza-se com o intuito de fazer valer suas demandas, interpelando o Estado e, mesmo diante da recusa por parte deste, construindo mecanismo inovadores, que os possibilitem concretizar seus desejos por melhores condições de vida, assim como realizar seus projetos de vida de forma autônoma, travando uma luta pela cidade que hoje ali se desenvolve. Uma luta cujo protagonista é a própria comunidade, voltando-se para ela mesma, a partir de uma visão que acredita a autonomia do grupo para realizar seus direitos.

A luta sobre a qual o presente trabalho se debruça é a luta protagonizada pelos moradores em torno da criação do Banco Comunitário de Desenvolvimento da Cidade Estrutural (BE), que, além de ferramenta para o desenvolvimento local da comunidade e para permitir o direito a ter direitos, é, também, a possibilidade de criação de esferas públicas e democráticas como importantes instâncias de mediação nas relações entre Estado, economia e sociedade (A. Silva, 1994).

Parte-se do pressuposto teórico³ de que uma determinada globalização, entendida como globalização perversa ou hegemônica⁴, vem privando as periferias

com uma população que supera muito provavelmente os 40.000 habitantes. Em relação à renda per capita, na região o valor é de, aproximadamente, R\$ 352,00 (ou 0,6 salários mínimos), enquanto a média do Distrito Federal é de 23 salários mínimos. Ademais, a cidade possui problemas de saneamento, saúde e segurança, além de insuficiências nos canais de comunicação entre a administração e a comunidade.

³ Em decorrência de limitações em relação ao tamanho do presente artigo, preferi focar na exposição dos resultados obtidos a partir da pesquisa empírica ao invés de focar-me na discussão dos pressupostos teóricos, os quais são amplamente debatidos em artigo que aguarda publicação na primeira edição da Revista do Programa Tutorial de Educação em Direito da Universidade de Brasília (PETDir – UnB).

⁴ Parte-se da definição de globalização apresentada por Milton Santos e Boaventura de Sousa Santos.

urbanas e seus/suas moradores/as do direito à cidade^{1,2}, sobretudo através da transformação da cidade em mercadoria³, o que acaba por gerar segregação e impossibilidade de assunção do protagonismo na construção do espaço urbano pelas comunidades das periferias. Todavia, a partir de movimentos de resistência (no presente trabalho, movimentos de resistência ligados à Economia Solidária)⁴, essa mesma periferia tem mostrado que almeja assumir tal protagonismo reconquistando os

¹ Ver Maricato (2000).

² Em relação ao direito à cidade adoto a definição de Harvey (2012), com base em Lefebvre (2008 e 1991), segundo a qual tal direito é, ao mesmo tempo, um grito (ou denúncia) e uma demanda. O grito refere-se a uma resposta à dor existencial da vida cotidiana da cidade. Já a demanda refere-se ao imperativo de encarar tal crise claramente em sua essência, para, assim, criar uma vida urbana alternativa que seja menos alienada, mais cheia de significados e lúdica, sendo, também, conflituosa e dialética, aberta para se tornar, para encontros e à busca perpétua de novidade icognoscível, que é aquele elemento que existe e que, no entanto, não conseguimos apreender, porém é essencial para as relações sociais e para a singularidade ou até mesmo pela utopia que se busca e se tenta realizar.

³ Conforme Elias e Medeiros Filho (2010, p. 4), “A cidade é reduzida a objeto do mercado e do Estado técnico-burocrático, sendo suprimida como obra – conceito que em Lefebvre significa participação simultânea, criação conjunta de um locus comum, de (com)unidade. Torna-se mais agudo o uso do espaço como instrumento de dominação econômica e política: como mercadoria, é submetido à busca do lucro por meio de atividades como o turismo e a especulação imobiliária, que empurram as classes populares para a periferia; politicamente, o Estado reforça esse processo de apartação, dado o seu interesse em afastar do centro a presença do proletariado e subproletariado, cuja presença massiva poderia não apenas comprometer certas atividades econômicas (como o turismo), mas representar uma ameaça à “ordem pública”.

⁴ Ver Picolotto (2008), Portilho (2009), Milton Santos (2007 e 2012), Boaventura de Sousa Santos (2001, 2005 e 2012), Ferreira (2007), Vanden (2007).

espaços públicos removidos para além da vida localizada e, com isso, reconquistar a “capacidade de gerar e negociar sentidos” (Bauman, 1999, p.8).

2. MARCO TEÓRICO E METODOLOGIA

2.1. Marco Teórico: O Direito Achado na Rua

A pesquisa geradora do presente artigo buscou, a partir da experiência do Banco Comunitário da Cidade Estrutural, compreender as implicações entre Bancos Comunitários de Desenvolvimento e a efetivação de direitos, sobretudo a realização do Direito à Cidade.

O marco teórico utilizado na formulação e condução da pesquisa foi a de O Direito Achado na Rua⁵. Por meio de seu protagonismo nos espaços públicos identificados pela “rua”, os movimentos sociais engajam-se na formação de opiniões, na construção de alternativas criativas para concretização da justiça social e na luta por direitos que se revelam como o processo mesmo através do qual o Direito se atualiza (ou deveria) enquanto expressão da liberdade, afinal, “o Direito não é coisa fixa, parada, definitiva e eterna, mas um processo de libertação permanente” (Lyra Filho, 2006, p. 82).

⁵ Expressão cunhada por Roberto Lyra Filho, “*O Direito Achado na Rua* pretende ser uma reflexão sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos, expressão de identidade dos movimentos sociais e de suas experiências para a criação de direitos enquanto possibilidade: 1) de determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos ainda que contra legem; 2) de definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e de elaborar sua representação teórica como sujeito coletivo de direito; 3) de enquadrar os dados derivados destas práticas sociais e criadora de direitos e estabelecer novas categorias jurídicas”. (Sousa Junior e Costa, 2008)

A identificação dessas lutas¹ é primordial em um contexto dominado por aquilo que Boaventura de Sousa Santos (2011, p. 6) denomina enquanto razão indolente e que, por meio de uma de suas formas, a razão metonímica², promove uma compreensão parcial do mundo uma vez que, para garantir seu domínio e a expansão das relações hegemônicas, ela “tem de se afirmar autoritariamente como totalidade e impor homogeneidade às partes que a compõem” (idem). Assim, há um desperdício da experiência que, apesar de nos cercar, não é valorizada pelo fato de estar fora da totalidade imposta. Buscando recuperar a experiência desperdiçada, Sousa Santos propõe uma crítica da razão metonímica, que é realizada por meio daquilo que designa enquanto *Sociologia das Ausências*³.

¹ O pesquisador que tem o Direito enquanto objeto de pesquisa deve buscar identificar as lutas que anunciam a emergência de novos direitos, que apontam para direitos não garantidos ou, até mesmo, que indicam o Antidireito, que legitima as relações de exploração e opressão acima mencionadas. Além disso, o Direito relaciona-se não com a lei, mas, antes, com a realização da Justiça Social, entendida enquanto “atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação duma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem” (idem, p. 86). Assim, a pesquisa deve atentar-se para compreensão do Direito enquanto “positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais” (idem, p. 88), identificando essas lutas e, a partir delas, produzir conhecimento que acrescente algo ao processo por meio do qual o Direito se faz, adotando uma concepção que não enxerga o Estado como único agente capaz de produzir e concretizar o Direito, mas que dá enfoque primordial à sociedade enquanto sua real origem (Sousa Junior e Costa, 2008).

² A razão metonímica busca impor uma homogeneidade “entre o todo e as partes” (idem), não cogitando a possibilidade destas existirem fora da relação com a totalidade. Ao afirmar que “não existe nada fora da totalidade que seja ou mereça ser inteligível, a razão metonímica afirma-se como uma razão exaustiva e completa, muito embora seja apenas uma das lógicas de racionalidade que existem no mundo” (Santos, 2011, p. 6)

³ Conforme definição do autor, “trata-se de uma investigação que visa demonstrar que o que não existe é, na verdade, ativamente produzido³ como

Por intermédio da *Sociologia das Ausências* busca-se relevar a produção dessas não-existências, possibilitando que as experiências produzidas como ausentes possam ser libertadas, tornando-se presentes, o que significa “serem consideradas alternativas às experiências hegemônicas” (idem, p. 15), libertando as práticas sociais “do seu estatuto de resíduo” (idem, p. 18)⁴.

Dentro dessa perspectiva, procurei compreender por qual direito lutavam os/as moradores/as da Cidade Estrutural ao iniciarem a construção de um Banco Comunitário de Desenvolvimento, buscando, a partir da compreensão dos/as indivíduos/as engajados/as em tal processo, identificar as demandas ali suprimidas e as práticas por eles/as desenvolvidas para tornar plenos os direitos aos quais não possuem acesso.

Diante do pouco tempo de atuação que o Banco Estrutural possui, apenas 5 meses (sua inauguração ocorreu em 5 de junho de 2012, porém, deve-se mencionar que a articulação para sua construção é anterior, remetendo à agosto de 2011), não foi possível identificar se os anseios da comunidade ao construí-lo puderam ser alcançados, porém foi possível identificar parte desses anseios, assim como delineamentos iniciais que demonstram as possibilidades transformadoras que ele pode possibilitar na vida daquela cidade. Trata-se, em relação a esse ponto, de uma *Sociologia das Emergências*, trabalhando com o *Ainda-Não* enquanto conceito que remete às possibilidades do futuro que se inscrevem no presente e o dilatam, representando capacidades e possibilidades transformadora que a prática social possui

não existentes, isto é, como uma alternativa não credível ao que existe” (Santos, 2011, p. 12).

⁴ A *Sociologia das Ausências* aproxima-se da proposta de trabalho teórico-prático de *O Direito Achado na Rua*, que busca a compreensão do direito em sua práxis social, assumindo que o direito “se faz, nesse processo histórico de libertação” (Lyra Filho apud Costa, 2012, p. 138), nascendo “na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos” (idem).

e que podem ser cultivadas (Sousa Santos, 2011). Com isso, por meio da descrição dessa prática protagonizada pelos moradores da Estrutural, foi possível “identificar neles as tendências de futuro (o *Ainda-Não*) sobre as quais é possível atuar para maximizar a probabilidade de esperança em relação à probabilidade da frustração” (idem, p. 25). Portanto, por um lado, busquei identificar a experiência social que ali se manifesta e, por outro, compreender as expectativas sociais em torno dessa experiência, identificando as pistas ou sinais que se revelam a partir da prática transformadora associada à construção de um Banco Comunitário de Desenvolvimento.

Assim, as perguntas da pesquisa são: a) Quais os direitos reivindicados e efetivados pela comunidade da Estrutural na construção de um Banco Comunitário?; b) O Banco Comunitário da Estrutural é uma ferramenta para realização dos direitos almejados pela comunidade?

2.2. Metodologia

Para responder a primeira pergunta e parte da segunda, lancei mão da exploração de campo por meio de pesquisa qualitativa. Para tanto, realizei entrevistas com base em questionários semiestruturados visando obter dados que me possibilitassem responder às perguntas de pesquisa a partir da fala dos membros/as do Conselho Gestor do Banco Comunitário da Estrutural.

As entrevistas semi-estruturadas ¹ foram realizadas com o grupo de moradores/as que estiveram participando ativamente da construção do Banco

Estrutural, os/as quais se inserem em uma coletividade maior de agentes engajados na construção de um modelo de economia mais justo a partir dos princípios da Economia Solidária. Para determinar esse grupo busquei amparo em minhas observações de campo e de minha participação nos espaços de deliberação do BE, o que me possibilitou identificar um grupo de seis pessoas que, desde o início, estiveram presentes de forma constante nas reuniões do Conselho Gestor do Banco, além de terem contribuído de forma significativa para o estabelecimento da iniciativa na comunidade. Vale mencionar que entrevistei apenas moradores/as da Estrutural, desconsiderando aqueles integrantes que não moram na localidade. Tal decisão funda-se na opção por buscar compreender os significados subjetivos que a prática da

sigla CG (conselho gestor) seguida do número que identifica cada qual, 1 a 6. Por fim, houve acordo de que os resultados seriam comunicados à comunidade, o que venho fazendo à medida que construo o presente trabalho, além de momento futuro, já marcado, para uma explanação mais ampla com a comunidade seguido de debate, buscando utilizar os dados coletados para construir ações que ajudem na realização das expectativas almejadas pela comunidade através da construção do BE. O instrumento de pesquisa para realização das entrevistas, para além de uma breve descrição pessoal do/a entrevistado/a, contém perguntas que visam a compreensão da conjuntura daquela comunidade, a identificação dos laços dos/as entrevistados/as com a Cidade Estrutural, além da compreensão desses/as indivíduos/as sobre Economia Solidária, Banco Comunitário de Desenvolvimento e suas expectativas em relação à construção do BE. Tentei, aqui, alcançar a compreensão dos/as moradores/as sobre a realidade na qual se inserem, portanto em nenhum momento foi pretensão minha avaliar aquela realidade com o intuito de fornecer um parecer a partir da minha percepção sobre ela. Trata-se de trabalho exploratório, com finalidade de evidenciar a experiência ali desenvolvida, ressaltando eventuais direitos pelos quais aquela comunidade luta.

¹ As entrevistas foram realizadas entre maio e junho de 2012 na própria Cidade Estrutural. Cada entrevista durou, em média, 30 minutos. Houve consentimento oral por parte dos/as entrevistados/as sobre a gravação delas, além da garantia de anonimato. Por isso, serão eles/as identificados/as pela

construção do BE possui para a comunidade que é diretamente afetada pela realidade daquela localidade. É claro que os resultados não podem ser generalizados para a totalidade de moradores/as da Cidade Estrutural, porém são expressivos da coletividade articulada em torno do Banco Estrutural e do movimento da Economia Solidária.

Em relação à segunda pergunta, o curto tempo de atuação do Banco Estrutural não me possibilitou uma análise mais complexa ou detalhada sobre o alcance daquela prática no empoderamento da comunidade, porém foi possível delinear conquistas iniciais e traçar tendências futuras. Obtive esses dados por meio da participação nos espaços de decisão do banco, em seu funcionamento, acompanhando as atividades das Agentes de Desenvolvimento do Banco e outras atividades realizadas pela comunidade em torno da iniciativa. Tratou-se de observação participante¹ registrada no diário de campo.

Para análise dos dados coletados por meio das entrevistas, lancei mão da metodologia de análise de conteúdo temática.

Compreendendo o Direito enquanto processo de libertação permanente, ou seja, “aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e

¹ Em relação à atividade de observação, ela se desenvolveu a partir de abril de 2012, quando fui apresentado aos/às integrantes do Banco Estrutural. Desde então, minha rotina semanal incluía, ao menos, duas idas àquela localidade com o intuito de me envolver com as atividades do Banco Estrutural, buscando apreender a prática ali desenvolvida, ajudando os/as moradores/as nas demandas apresentadas, e, simultaneamente, registrando minhas observações. Desde o início deixei claro que meu envolvimento, para além de interesse em ajudar a e aprender como construir aquela iniciativa, estava relacionado com a elaboração do presente trabalho acadêmico. Após retornar da Estrutural, passava a relatar, em forma de narrativa, todos os acontecimentos que havia presenciado, além de estabelecer relações entre fatos passados e leituras que havia realizado. Tais relatos são a principal fonte para os dados que apresentarei abaixo.

grupos ascendentes” (Lyra Filho, 2006, p. 86), a categoria de movimentos sociais possuem especial importância para O Direito Achado na Rua, por serem eles os protagonistas das lutas sociais por meio das quais a liberdade é conquistada. Assim, ao analisar o conteúdo das entrevistas realizadas procurei categorizar os depoimentos tendo por base os conceitos de movimento social² apresentados por Sousa Junior e Alberto Melucci.

Enquanto movimento contestador, busquei identificar o que os/as moradores/as da Cidade Estrutural estavam contestando a partir da construção de um Banco Comunitário de Desenvolvimento e de toda ressignificação das relações econômicas que essa prática traz consigo. O que se contesta? Por que se contesta? Essas duas perguntas me guiaram na categorização daquilo que denomino *contexto*, responsável pela construção de uma conjuntura política da realidade daquela comunidade tendo por base as entrevistas e a observação participante.

Por meio do movimento de contestação, os movimentos sociais configuram um conjunto de práticas sociopolítico-culturais que, conforme mencionado, almejam a realização de um processo de mudança. Tal realização inscreve-se nas expectativas que os/as indivíduos/as engajados de forma coletiva possuem na realização de práticas emancipatórias. O que se espera do Banco Comunitário? Quais transformações são possíveis por meio do Banco Comunitário? Foram essas perguntas que me guiaram em uma segunda categorização dos depoimentos para identificar *expectativas*.

²Para Sousa Junior (2008, p. 266), são eles “formas de ação coletiva de natureza contestadora, solidarística e propositiva” configurando um conjunto de “práticas sociopolítico-culturais que visam à realização de um projeto de mudança”. Já para Alberto Melucci, citado por Sousa Junior (2008, p. 261), os movimentos sociais são “formas de ação coletiva baseadas na solidariedade, desenvolvendo um conflito e rompendo os limites do sistema em que ocorre a ação”.

Compreender o contexto que impele um movimento contestatório, evidenciando seus motivos, nos possibilita identificar processos de explorações e opressões que contradizem o Direito enquanto “modelo avançado de legítima organização social da liberdade”. Situações muitas vezes silenciadas e ocultadas que, quando identificadas, possibilitam que o movimento possa concentrar esforços na superação das opressões. Identificar *contexto* e *expectativas* possibilita compreender os direitos que são sistematicamente negados a um determinado grupo, carência de direitos ou a emergência de novos direitos. Afinal, quais os direitos reivindicados e conquistados pela comunidade da Estrutural na construção de um Banco Comunitário?

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Bancos Comunitários de Desenvolvimento e o Banco Comunitário da Estrutural: uma abordagem a partir da observação participante

Criado em 1998, o primeiro Banco Comunitário de Desenvolvimento (BCD) no Brasil foi construído pelos moradores do Conjunto Palmeira, um bairro pobre na periferia de Fortaleza. Sua criação foi resultado de quase duas décadas de protagonismo dos moradores em torno da “Associação dos Moradores do Conjunto Palmeiras” (ASMOCOMP) que, diante de um preocupante cenário de desemprego entre os moradores, assim como de baixa renda familiar, decidiu implementar uma rede de solidariedade entre produtores e consumidores da comunidade. Tal rede materializou-se no Banco Palmas, cujo objetivo, conforme estabeleceu a própria comunidade, é “garantir micro-créditos para produção e consumo local, a juros muito baixos, sem exigência de consultas cadastrais, comprovação de renda ou fiador”.

Conforme Arroyo e Schuch (2006, p. 78), “o lugar do crédito (...) é o de instrumento na estratégia de desenvolvimento da sociedade como um todo”, o qual, na perspectiva da construção de uma economia solidária e popular ganha “natureza

sistêmica cuja aplicação dialoga com a realidade em suas múltiplas facetas: social, econômica, política, ambiental e cultural, não se limitando à bancarização da miséria”. Assim, o financiamento solidário realizado através do microcrédito tem a finalidade de possibilitar que o Banco Palmas, assim como outros Bancos Comunitários de Desenvolvimento possam cumprir seu objetivo maior, qual seja, promover e financiar o desenvolvimento das localidades onde se encontram, através da construção de redes de solidariedades entre os moradores que são, também, produtores e consumidores, e, com isso, promover um projeto de economia que se organiza a partir do trabalho e não do capital, comumente denominada de Economia Solidária¹².

¹ Conforme definição estabelecida no II Encontro da Rede Brasileira de Bancos Comunitários: “Bancos comunitários são serviços financeiros solidários, em rede, de natureza associativa e comunitária, voltados para a geração de trabalho e renda na perspectiva de reorganização das economias locais, tendo por base os princípios da economia solidária. Seu objetivo é promover o desenvolvimento de territórios de baixa renda, através do fomento à criação de redes locais de produção e consumo, baseado no apoio às iniciativas de economia solidária em seus diversos âmbitos, como: empreendimentos socioprodutivos de prestação de serviços, de apoio à comercialização (bodegas, mercearias, mercadinhos, lojas e feiras solidárias), organizações de consumidores e produtores”.

² Conforme define França Filho e Laville, “a economia solidária pode ser definida como uma outra economia que se gesta em diferentes partes do mundo a partir de iniciativas, sobretudo de natureza cooperativista e associativista, oriundas da sociedade civil e dos meios populares. Tais iniciativas assumem diferentes configurações, desde aquelas que criam o seu próprio circuito de produção e consumo, alimentando cadeias sócio-produtivas autônomas e, em alguns casos, fortemente baseadas em relações não monetarizadas, até outras que empreendem relações mais permanentes com o mercado e desenvolvem diferentes tipos de parcerias com os poderes públicos. As formas assumidas por esta economia também variam de acordo com as diferentes regiões e países: de cooperativas de produção e prestação de serviços em países latino-americanos, até cooperativas sociais, as sociedades cooperativas de interesse público, as empresas sociais ou os

Enquanto iniciativa que apoia e se insere dentro do contexto da Economia Solidária, os BCDs são criados por iniciativa da própria comunidade de forma autônoma. Tal fato é fundamental na caracterização dessas iniciativas que são gestadas dentro dos territórios a partir da vontade da própria comunidade que passa a questionar a condição à qual está submetida, uma vez que evidencia seu surgimento enquanto fruto da mobilização da comunidade que busca ser protagonista de sua própria emancipação de forma coletiva. Assim, os BCDs são ferramentas construídas pelos territórios para possibilitar os meios materiais para efetivação de direitos através do desenvolvimento local que é impulsionado pela articulação comunitária em torno de laços de solidariedade.

Ademais, os BCDs são geridos pela própria comunidade que integra seus quadros administrativos, formulando e conduzindo políticas de crédito, assim como planejando ações para captação de recursos e para o fomento da produção e consumo local através da administração e controle da circulação de moeda social e, também, através da realização de atividades voltadas para conscientização da população do território sobre a importância do apoio ao desenvolvimento local por meio de um consumo consciente, de práticas econômicas solidárias e do fortalecimento do sentimento de pertencimento dos moradores em relação ao Banco Comunitário. A estrutura administrativa é estabelecida por cada comunidade de acordo com suas

sistemas de trocas locais, entre outros, em países europeus”(ANO, PÁGINA). O presente trabalho não pretende discutir o conceito de Economia Solidária e todas as divergências que existem acerca das possíveis definições. Para o propósito pretendido – apresentar e debater o papel de BCDs no desenvolvimento das localidades com foco na experiência do Banco Estrutural – basta uma compreensão do núcleo comum que diz respeito aos princípios em torno dos quais as relações de produção e troca são construídas. Vale mencionar que a economia solidária possui campo fértil naquilo que é camado de economia popular, ou seja, “o segmento base do conjunto da economia; é aquela que atende às demandas imediatas da população e possui giro local”.

necessidades e aspectos locais, porém, de forma geral, há o estabelecimento de espaços onde os membros da comunidade podem manifestar sua vontade em relação aos rumos do banco, exercendo controle sobre as decisões tomadas por instâncias inferiores onde não há participação ampla da comunidade por questões de praticidade.

Nesses espaços de participação ampla que se promove a construção de uma nova cultura política pautada pela participação daqueles que não permanecem apenas enquanto beneficiários das políticas promovidas pelo BCD, mas se constituem enquanto seus idealizadores e gestores, possibilitando, na construção da vontade da comunidade, a sua efetiva participação através de uma postura ativa e solidária voltada para emancipação. Trata-se da “materialização de um espaço público voltado às necessidades locais” (Garcia, 2011, p. 2), espaço esse que “assume particular importância na circulação de pessoas, bens e/ou mercadorias, ideias ou utopias, e na comunicação estabelecida através de encontros, conversas e discussões, tanto formais como informais” evidenciando a democraticidade das relações de sociabilidade construídas em torno dos BCDs, possibilitando que as localidades recuperem os espaços públicos que são removidos para além do seu alcance¹. Recuperam os lugares de encontros, protestos e reivindicações onde podem construir de forma coletiva e solidária seus projetos de vida e propor um novo modelo de desenvolvimento.

Portanto, em seu aspecto político, que merece ênfase, os BCDs são iniciativas que visam, sobretudo, à promoção de sociabilidades entre os/as habitantes dos territórios onde se encontram através da construção de uma rede associativa que

¹ Segundo Bauman (1999, p. 8), ser local em um mundo globalizado “É sinal de privação e degradação social. Os desconfortos da existência localizada compõem-se do fato de que, com os espaços públicos removidos para além do alcance da vida localizada, as localidades estão perdendo a capacidade de gerar e negociar sentidos e se tornam cada vez mais dependentes de ações que dão e interpretam sentidos, ações que elas não controlam (...)”.

estimula a criatividade e solidariedade tendo por base uma estrutura organizacional pautada por relações horizontais que incitam o compartilhamento de “significados comuns ou próximos a respeito da vida comunitária ou do bem comum e público” (Martins, 2012, p. 18)¹.

Cabe ressaltar que os BCDs, em sua origem, manifestam o simbolismo associativo que reflete a existência do social não a partir de uma visão individualista, como aquela baseada no mercado, ou holística, como aquela centrada no Estado, mas sim enquanto algo que deve ser compreendido através de uma tendência dos indivíduos de “se associarem de algum modo em torno de funções simbólicas que dão sentido à vida comunitária e associativa” (idem), negando “toda tentativa de limitar as motivações humanas apenas à moral do interesse e do egoísmo e de privilegiar a economia de mercado como instância privilegiada na produção do bem-estar social” (Martins, 2005, p. 50).

Os indivíduos não se articulam visando a produzir lucro através de uma ação utilitarista de satisfação dos desejos próprios pautada por interesses egoístas; o que eles buscam é retirar o social do mercado, evidenciando o fato de que “a invenção do social apenas ocorre a partir da solidariedade entre os indivíduos” (idem, p. 60), os quais passam a encarar as relações de produção e troca não como uma atividade

desvinculada da vida social, mas como parte integrante dela e que tem na solidariedade seu fundamento maior, superando a lógica binária do sistema de trocas equivalentes que pauta o mercado (dar-pagar), bem como aquele da reciprocidade que é característico do Estado (receber-devolver). O social baseia-se em um sistema de trocas não equivalentes marcado pela lógica “dar-receber-retribuir”, característico do sistema da dádiva² ou dom, na qual “o valor da relação em si é tido como mais relevante que o valor das coisas ou dos usos” (idem, p. 60). Não significa dizer que o mercado e o Estado não funcionem com suas regras próprias, mas sim que o social não é conformado por eles, sendo, em realidade, parte dessa totalidade que denominamos sociedade, que é o resultado “ambivalente como essas diferentes lógicas – irredutíveis entre si – participam na montagem do jogo social” (idem, p. 62)³.

Põe-se em evidência o fato segundo o qual as relações sociais assumem papel importante na tomada de decisão dos indivíduos em suas ações “economicamente orientadas”, as quais não se desenvolvem para além da sociedade. Ao contrário de

² Ver Marcel Mauss (1974).

³ Conforme Caillé (2000, p. 21) citado por Martins (2005, p. 62): “a dádiva pode também ser lida como um anti-paradigma pois visa restituir sem finalidade pré-fixada os sentidos do simbolismo, da aliança, da associação e do político (...). Um (anti)paradigma que, contra as representações individualistas e holistas, busca legitimar novas significações da sociedade a partir de movimentos de ordens, desordens e contextualizações inevitáveis mas sempre fugidios e imprevisíveis (...). Trata-se de um pensamento que se inspira no movimento da vida e que se apoia numa pluralidade de lógicas, inclusive aquela do interesse (mercado) e da obrigação (Estado) mas que prioriza, na constituição do vínculo social, não uma ou outra lógica, mas todas simultaneamente, gerando um movimento paradoxal e incerto de interesse e desinteresse, de liberdade e de obrigação centrado no valor da relação”. Adiante, Martins (idem), citando Godbut (1996, p. 174), prossegue afirmando que “a dádiva parece veicular um terceiro tipo de valor que se poderia chamar valor do vínculo, que exprime a intensidade da relação entre os parceiros do dom”.

¹ Essa comunhão de significados é fundamental para uma prática associativa que, tal qual aquela proposta pelos BCDs e outras iniciativas que se inserem no escopo da Economia Solidária, visa à promoção de uma cultura política que valorize a democracia participativa vislumbrada a partir da “participação coletiva na política como prática cultural, ou, mais precisamente, a democracia participativa como cultura do dom, da aliança e da solidariedade em torno do bem comum e, no caso das sociedades modernas, do bem público” (idem) através de uma ação não-intencional, mas fruto da vivência coletiva em torno desses conceitos compartilhados, os quais “articulam as representações sobre a dignidade, sobre o viver junto e sobre o respeito peculiar aos direitos” (Taylor, 2005, p. 25).

banir as relações de sociabilidade primárias, a outra economia proposta pelos BCDs e pelas demais iniciativas da Economia Popular e Solidária evidenciam como as tais relações que se fundam na solidariedade não são incompatíveis com práticas econômicas, mas devem ser construídas, também a partir delas, assumindo, conforme dito anteriormente, que o valor da interação não está apenas na satisfação dos interesses, mas sobretudo na construção de sociabilidades que formam redes indispensáveis para o sucesso dessas iniciativas e para recuperar o social da conformação que, principalmente, o mercado impõe¹ diante da crise do Estado Providência que deu ensejo para implantação da agenda política neoliberal.

Em seu aspecto socioeconômico, profundamente relacionado com o político acima descrito, os BCDs voltam-se para “o incremento da produtividade sistêmica do território” (Garcia, 2011, p. 2), através das ferramentas que lhe são próprias: o crédito popular e a moeda social. Tal incremento é indispensável para viabilizar as condições materiais necessárias para que a comunidade possa realizar seus projetos de vida

¹ Conforme França Filho (2008, p. 225), “a compreensão da natureza singular das práticas de rede da economia solidária supõe uma desconstrução da concepção habitual sobre o fato econômico que o identifica com a noção de mercado ou troca mercantil. Ao menos duas implicações problemáticas podem ser constatadas em decorrência dessa definição, indicando seu caráter reducionista. A primeira diz respeito ao pressuposto da escassez, que caracteriza a realidade e meio ambiente econômico, *a priori*, por meio da ênfase sobre a noção de recursos raros. A segunda é relativa à visão de natureza humana, cujo comportamento reduz-se a uma questão de escolha racional, como se o próprio da ação e conduta humana fosse proceder sempre a um cálculo utilitário de consequências”. A Economia Popular e Solidária, conforme França Filho, corresponde a uma noção de economia plural, abarcando “uma pluralidade de formas de produzir e distribuir riquezas” (idem), articulando economia mercantil, economia não mercantil (fundada no princípio da redistribuição através da verticalização das relações de troca possibilitadas e realizadas pelo Estado) e economia não monetária, a qual se relaciona com a dádiva, fundada no princípio da reciprocidade (idem).

coletivos e individuais, possibilitando, por meio da construção de redes associativas que vão desde a localidade até um nível mais global, a construção de “valores e experiências de uma economia de novo tipo, solidária, que atravessa todas as dimensões do processo econômico” (Arroyo & Schuch, 2006, p. 78).

Em relação ao projeto de desenvolvimento impulsionado por essa outra economia na qual se inserem e a qual propagam os BCDs, pode-se afirmar que ele se identifica com aquilo que França Filho (2008) denomina de via sustentável-solidária².

É dentro dessa lógica de desenvolvimento que assume a premissa de uma saída coletiva que o aspecto político e socioeconômico dos BCDs se confundem. Sua atuação é pautada por uma construção conjunta da oferta e demanda, estimulando a criação de atividades ou ofertas de serviços com base nas “demandas reais, expressas pelos moradores em seu local” (França Filho, 2008, p. 223)³.

Assim, demanda e oferta deixam de ser conceitos abstratamente considerados, articulando produtores e consumidores através de um “análise integrada dos custos e benefícios para a qualidade de vida da população de uma determinada região,

² Para França Filho, a via sustentável solidária parte da premissa de que “em termos de combate à pobreza ou promoção do desenvolvimento local, as saídas ou soluções não podem ser individuais, ou seja, baseada numa suposta capacidade empreendedora individual. Mas, ao contrário, considera-se que as razões para o problema da falta de trabalho encontram motivos, sobretudo, de natureza estrutural. Logo, suas soluções de enfrentamento devem ser coletivas” (idem, p. 223) dando ênfase aos territórios, apostando na capacidade deles de “serem sustentáveis, mesmo aqueles mais carentes” que devem ter as ações e estratégias endogenamente articuladas, valorizadas “a partir da ideia de que todo local, bairro ou comunidade (...) pode ser portador de soluções para os seus próprios problemas” (idem).

³ Nas palavras de França Filho (2008, p. 223), “tal economia estimula (...) no território, um circuito integrado de relações socioeconômicas que envolvem produtores e/ou prestadores de serviços em articulação com consumidores e/ou usuários de serviços, numa lógica de rede de economia solidária”.

envolvendo o conjunto dos fatores, e assegurando que a própria base natural e produzida de riqueza seja mantida ou aumentada” (Dowbor *apud* Garcia, 2011, p. 15). Tal análise é fundamental para identificar as potencialidades e carências do território, possibilitando a reversão de quadros de subutilização dos fatores e um eficaz direcionamento “dos investimentos e dos esforços de organização econômica e social” (idem). Trata-se, enfim, da “apropriação social do capital no intuito de gerar forças endógenas para o desenvolvimento territorial” (Garcia, 2011, p. 24).

Em termos específicos, o crédito popular assume o papel de meio para possibilitar o desenvolvimento da localidade, permitindo a articulação entre consumo e produção realizada pelos BCDs. No âmbito de tal postura, conforme França Filho (2008, p. 227), os ajustes entre produção e consumo ocorrem “por meio de debates públicos concretos no espaço associativo, num exercício de democracia local, em que os próprios moradores planejam e decidem sobre a oferta de produtos e/ou serviços (ou seja, a criação das atividades socioeconômicas), em função das demandas efetivas identificadas precedentemente por eles próprios”.

Já a moeda social, por sua vez, tem a função de estimular a circulação de “dinheiro” na própria comunidade,

ampliando o poder de comercialização local, aumentando a riqueza circulante na comunidade, gerando trabalho e renda. Desta forma a Moeda Social torna-se componente essencial nas estratégias dos bancos comunitários. Os créditos em “reais” podem ajudar no crescimento econômico do bairro ou município gerando novas riquezas. Mas são as moedas sociais que asseguram

*o desenvolvimento ao favorecer que essa riqueza gerada circule na própria comunidade*¹ (PALMAS, 2012).

Uma vez que é tão somente meio de troca, a moeda social incentiva a circulação local que gera riquezas, e na circulação evidencia-se o aspecto inclusivo do modelo de desenvolvimento perseguido, que visa não à acumulação privada de riquezas, mas a ampliação do consumo e do giro, “conferindo equilíbrio imediato entre produto e moeda e evitando fatores inflacionários e de especulação artificial” (Arroyo & Schuch, 2006, p. 54).

Além disso, a moeda social origina-se de um pacto de confiança entre os membros da comunidade o que lhe confere a potencialidade de “estreitar os vínculos com o território e ampliar o sentimento de pertencimentos entre os moradores” (Garcia, 2011, p. 14). Os processos de decisão sobre o nome das moedas, bem como os próprios nomes, colocam em evidência tal característica. Sua subsistência, a qual está diretamente relacionada à coesão da comunidade e à confiança nas atividades desenvolvidas pelo Banco, depende da efetiva participação da população nos espaços de decisão, gestão e fiscalização.

Sem a promoção de uma cultura política inclusiva que seja capaz de construir “espaços de encontro propícios à recomposição de universos cognitivos e simbólicos” (Gaiger, 2011, p. 297) e de “forjar dispositivos institucionais voltados à participação direta” (idem) que incentivem a formação de redes associativas pautadas pela solidariedade, os BCDs não seriam capazes de alcançar os objetivos que almejam. Neles, o político e o econômico se confundem em uma relação recíproca de dependência: as experiências coletivas de superação da pobreza, desemprego e

¹ Retirado de: <http://www.bancopalmas.org.br/oktiva.net/1235/secao/23739> (acessado em 16.08.2012)

subdesenvolvimento levam à criação daquilo que França Filho e Laville (2011, p. 378) denominam de “espaços públicos de proximidade” por aglutinarem agentes sociais que atuam em uma mesma localidade, que são responsáveis pela democratização da economia. Tais espaços, portanto, dependem do êxito das iniciativas que visam a promover o desenvolvimento do território, bem como dos/as agentes envolvidos. No entanto, essas iniciativas só são possibilitadas na medida em que esses espaços são criados e ocupados, possibilitando a construção de redes associativas indispensáveis à construção de uma outra economia.

Portanto, os BCDs, ao se constituírem enquanto ferramenta para o desenvolvimento dos territórios onde se encontram através de uma democratização da economia, carregam em si a possibilidade de serem catalisadores para mudanças profundas, incentivando e, por que não, financiando processos emancipatórios ao possibilitar que os indivíduos excluídos do sistema financeiro tenham acesso às condições materiais necessárias para realização de seus projetos de vida de forma coletiva a partir da perspectiva de desenvolvimento da comunidade, ao mesmo tempo em que a fortalece, devolvendo seus espaços públicos de participação, e, conseqüentemente, reforçando o social através da organização sociopolítica e econômica visando à promoção da solidariedade e a efetivação do direito à cidade.

3.2. O Banco Comunitário da Estrutural e a realização do direito à cidade a partir da perspectiva dos moradores envolvidos na construção da iniciativa: contexto e expectativas

Para construção de uma conjuntura da realidade da Cidade Estrutural que possibilitasse lançar luz sobre o contexto no qual o movimento de criação do BE se realiza, fiz uso da seguinte pergunta ao realizar as entrevistas: Quais são os pontos positivos e negativos da Cidade Estrutural?

Além disso, buscando compreender a dinâmica de consumo na localidade, perguntei aos entrevistados/as sobre como realizavam suas compras no dia-a-dia. As perguntas foram: a) Realiza compras na Cidade Estrutural?; b) O que compra na Cidade Estrutural?; c) Qual a razão para não comprar na Estrutural? (em caso de resposta negativa à pergunta “a”); e d) Onde você e sua família realizam compras quando não realizadas na Cidade Estrutural.

A primeira pergunta, em relação aos pontos positivos e negativos, possibilitou obter alguma compreensão acerca do que os/as indivíduos/as diretamente ligados à construção do BE possuem da realidade daquela comunidade, identificando situações de exclusão que os motivaram a engajarem-se em tal prática. O segundo grupo de perguntas possibilitou compreender a dinâmica do consumo naquela localidade, afinal a construção de um BCD está diretamente associada à transformação dessa dinâmica. Abaixo, apresento os resultados obtidos.

Em relação ao conjunto das entrevistas (seis), houve unanimidade entre os/as entrevistados/as em relação à ausência de canais de comunicação entre a administração pública e a comunidade. Ficou claro que há um sentimento de abandono por parte dos/as entrevistados/as que definem a Cidade Estrutural com termos como “curral político” (CG2), “cidade visada politicamente” (CG6), afirmando que a localidade apenas é lembrada de 4 em 4 anos, durante o período eleitoral. Durante tal período, conforme colocou uma das entrevistadas, “são prometidos mundos e fundo” (CG5) que não se concretizam. Além das entrevistas, em conversas com outros/as moradores/as, percebi que se tratava de uma visão abrangente entre aqueles com os quais tive a oportunidade de conviver. Um dos líderes comunitários chegou a dizer que a Cidade Estrutural não existia no mapa, aparecendo apenas quando era necessário, por parte dos políticos, conquistar votos ali.

Tal abandono é reforçado pela opinião de que a Administração Local não representa os verdadeiros interesses da comunidade. Essa visão não se limita aos/às entrevistados/as. Não foram raras as conversas nas quais os moradores demonstravam sua insatisfação com a falta de apoio da administração regional e distrital na construção do Banco Estrutural, assim como insatisfação com a própria administração que, segundo eles, muito pouco faz pela comunidade. Reflexo desse sentimento são as associações de moradores que se proliferam pela comunidade, além da organização local de uma prefeitura comunitária.

Além do abandono, houve críticas em relação à infraestrutura da comunidade, sobretudo em relação à educação e segurança. Os/as entrevistados/as reconhecem que houve melhora significativa na qualidade de vida nos últimos anos com o processo de urbanização, fazendo questão de afirmar que a Estrutural é hoje uma cidade. Porém, identificam carências diversas que necessitam ser sanadas e que, todavia, não são pontos de atenção por parte do poder público. Reconhecem que o direito à moradia foi uma conquista, mas que ainda falta muito para que possam ter uma vida com qualidade.

Quatro entre os/as seis entrevistados/as afirmaram que o custo de vida na Cidade Estrutural estava aumentando. Alguns/as moradores/as, inclusive, deixavam claro que muitas pessoas que estavam ali no começo da ocupação da localidade já haviam saído em decorrência da impossibilidade de se manterem ali, ou, diante da possibilidade de venderem seus lotes por quantia elevada, preferiam abandonar a certeza da moradia para se arriscar com o dinheiro da venda em mãos. Não me foi possível obter dados suficientes (e não consistia o foco da presente pesquisa) para confirmar a hipótese de que a localidade atravessa um processo de gentrificação, porém há indícios de tal ocorrência e há uma clara preocupação por parte dos/as

moradores/as engajados na construção do Banco Estrutural em garantir renda, trabalho e preços menores aos/às moradores/as da comunidade.

Em relação aos pontos positivos, mencionada em todas as entrevistas é a melhoria na qualidade de vida por meio da urbanização da Cidade, do aumento do número de escola, construção de postos policiais e inauguração do centro de saúde. Há também uma compreensão positiva em relação ao convívio em comunidade, afirmando que a Cidade Estrutural assemelha-se a uma cidade do interior, onde todos se conhecem, onde “as relações de amizade são maiores que nas cidades grandes” (CG6), havendo uma cooperação entre os/as moradores/as nos problemas do cotidiano.

Portanto, as características que podem marcar a definição do *contexto* no qual a prática de construção de um BCD se desenvolve na Cidade Estrutural são, em relação aos aspectos negativos, o abandono político, ausência de canais de participação e comunicação entre comunidade e administração pública, desinteresse por parte do poder público com o desenvolvimento da comunidade, além do aumento do custo de vida refletido nos elevados preços dos bens de consumo. Em relação aos aspectos positivos, há percepção de uma melhoria na qualidade de vida da comunidade nos últimos anos, além da existência de relações de colaboração entre os moradores, os quais possuem uma convivência próxima.

Para identificar as *expectativas* tentei obter informações sobre o entendimento dos/as moradores/as engajados na construção do BE acerca do conceito de Economia Solidária, Banco Comunitário de Desenvolvimento, além de perguntar para eles/as quais os objetivos do BE e quais as mudanças que eles/as esperavam que tal iniciativa trouxesse para a comunidade. As perguntas realizadas foram: a) Qual seu entendimento sobre Economia Solidária?; b) Qual seu entendimento sobre Banco Comunitário de Desenvolvimento?; c) Quais os objetivos do Banco Comunitário de Desenvolvimento da Estrutural?; d) Quais as mudanças que você acredita que o Banco

Estrutural pode trazer para sua vida?; e e) Quais as mudanças que você acredita que o Banco Estrutural pode trazer para cidade?.

Em relação ao entendimento sobre Economia Solidária, há uma percepção geral de que sua função maior é possibilitar um desenvolvimento coletivo da Cidade Estrutural a partir da redução das desigualdades socioeconômicas: “Lutar por uma igualdade” (CG5), “colocar todos em um mesmo patamar, trabalhar juntos, pensar juntos” (CG1), “preocupação com o meio ambiente, preocupação humana, com o ser humano mesmo” (CG4). Além disso, há uma associação entre Economia Solidária e desenvolvimento da localidade. Conforme definição dos entrevistados, Economia Solidária “é uma forma de utilização do dinheiro em prol de uma localidade pelos próprios moradores da localidade” (CG6); é “a possibilidade de mudança de vida através da circulação de dinheiro dentro da comunidade” (CG3); Economia Solidária “é se preocupar um pouco com o outro, estar ali do lado ajudando, auxiliando e ensinando (...). Não para só dar, dizer toma, toma, toma, mas para estar ali ensinando uma forma de que a pessoa possa evoluir não só a ela, evoluir alguém mais, alguma pessoa do lado. Economia Solidária é isso, melhorando para mim, para você e, enfim, acaba melhorando para comunidade” (CG2).

Já no que concerne ao entendimento sobre Bancos Comunitários de Desenvolvimento, há uma clara associação entre a compreensão apresentada e a circulação da moeda social por ele introduzida. Assim a compreensão confunde-se com os objetivos, referindo-se, sobretudo, a circulação das riquezas dentro da comunidade que ali permanecem, desenvolvendo-a: “A moeda vai circular só dentro da cidade, o que vai acontecer? A cidade vai se desenvolver mais, porque o dinheiro vai ficar aqui dentro, não vai pra fora” (CG4); “O melhor fato do Banco Comunitário é essa moeda social. Essa moeda vai forçar esse dinheiro que te falei a ficar girando aqui dentro. (...) se esse dinheiro gira aqui dentro, vai melhorar tudo. Melhora condições de

vida, o crescimento da comunidade vai ser melhor” (CG4); “O objetivo principal do Banco Comunitário é desenvolver a comunidade” (CG5); “O Banco Comunitário vai fazer com o que o dinheiro gire dentro da comunidade, aumentando o consumo aqui dentro, gerando empregos (...)” (CG2); “Quando eu falo na economia, ele vem para fazer com que o dinheiro fique na comunidade, fazendo com que ela se desenvolva, mexa nas estruturas da comunidade, abre portas de emprego, enfim” (CG1).

Ademais, é claro que o objetivo central almejado na construção de um Banco Comunitário é o desenvolvimento da comunidade, conforme foi possível perceber com as falas dos/as entrevistados/as. Almejam não apenas o desenvolvimento a partir da oferta de crédito na comunidade, mas por meio de ações de capacitação junto com a comunidade, criação de oportunidades de emprego, esperando que seja ele catalisador de ações que possibilitem mudanças profundas nas estruturas da comunidade da Cidade Estrutural: “A gente tem mais objetivo de buscar projetos, não só para que depois a comunidade se desenvolva e o banco não morra, mas para que o Banco possa crescer, se estabelecer, ter firmeza, confiança da comunidade e credibilidade para futuramente dizermos: “Isso aqui veio através do Banco Comunitário, nós temos um esgoto através do Banco Comunitário, temos uma cidade melhor através do Banco comunitário” (CG2); “O Banco Comunitário mexe com tudo. Quando falo em educação, oficinas, parcerias com universidade, cursos técnicos, coisas que ele pode trazer, eu falo de tudo quando falo em Banco Comunitário” (CG1); “O Banco Comunitário tem um objetivo de desenvolvimento local, mas na verdade ele mexe com tudo na comunidade. A partir do Banco Comunitário podem surgir inúmeras ideias e questões para o desenvolvimento local, para o modo de viver das pessoas” (CG1).

Fato que merece ser evidenciado é que ao perguntar aos/às entrevistados/as qual seria a melhoria que o Banco Estrutural traria para suas vidas, todos/as responderam seguindo um mesmo padrão. Ao invés de associar o desenvolvimento a

sua vida individual, por meio de conquistas pessoais, colocaram o desenvolvimento da coletividade como prioridade, afirmando que as melhorias para si seriam consequência das melhorias que o Banco traria para a comunidade como um todo.

O referido desenvolvimento da comunidade foi apontado como a expectativa principal em relação às melhorias que o BE poderia trazer para a Cidade Estrutural. Tal desenvolvimento consiste em um processo amplo, abarcando melhorias em diversos campos da vida daquela cidade, desde transporte, passando por saúde, incremento do comércio, e na educação, representando uma verdadeira expansão de direitos e liberdades. Mais uma vez a moeda social e sua circulação foram apontadas como principal ferramenta para consecução do almejado desenvolvimento. Conforme dito por um dos entrevistados: “Acho que [o Banco Estrutural] traz muitas melhorias, principalmente se der certo. Meu Deus, se essa moeda girar aqui dentro como a gente espere que gire, vai trazer muitas melhorias. Melhorar o comércio. Se melhorar o comércio daqui, melhora muitas coisas, porque gera impostos, gerando impostos, começa a gerar melhorias, melhora a saúde, educação, transporte, melhora tudo.”¹ (CG4)

¹ Após escutar tal resposta, buscando esclarecimento, perguntei: “Como assim gerar impostos?”, e a resposta foi a seguinte: “Se eu compro aqui, o que eu gasto aqui não gera imposto é aqui dentro. Se eu comprar em Taguatinga, não vou gerar imposto em Taguatinga? Meus impostos não ficam é lá. Se essa moeda começa girando aqui dentro, a gente começa a comprar mais com moeda social. Começa a girar mais dinheiro aqui dentro, o que vai acontecer? Vai gerar melhorias. Por que melhora... quanto mais pobre o lugar, quanto menos dinheiro gira dentro de uma sociedade, menos essa sociedade tem de melhorias, de transformação. Não é isso?” (CG4). O termo imposto também foi utilizado como sinônimo de riquezas, as quais seriam geradas a partir da circulação da moeda.

Conforme outro entrevistado: “Bom eu acredito que melhorando minha comunidade, melhora minha vida. Porque, assim, eu vou ter uma cidade mais iluminada, uma cidade bem mais arrumada, porque você sabe que as vezes o perigo está ali no beco, em uma rua que não é calçada e o Banco Estrutural pode proporcionar isso para a comunidade” (CG2).

Adiante, falando sobre as melhorias do BE para a Cidade Estrutural o mesmo entrevistado relata que tal iniciativa “vai trazer o desenvolvimento local mesmo, a infraestrutura que vai melhorar, as condições das pessoas também”. Ao definirem tal desenvolvimento os entrevistados CG1, CG2 e CG3 assim se expressaram: “Desenvolvimento a gente fala de algo que é pouco e quer se expandir. Quando eu falo em desenvolvimento, eu falo na questão financeira, social, educação da saúde. O Banco Comunitário tem que vir com ideias firmes e que toquem onde há dificuldade na comunidade. Estratégias e planos para desenvolver um trabalho que seja eficaz. Quando eu falo na economia, ele vem para fazer com que o dinheiro fique na comunidade, fazendo com que ela se desenvolva, mexa nas estruturas da comunidade, abre portas de emprego, enfim, tudo mais. Quando falo na questão social, eu também falo das cooperativas que se reúnem, trabalham juntas, não importando a diferença de nível de estudo das pessoas que trabalham juntas. Quando falo na questão da saúde, eu falo que o banco pode trazer para nós aqui na comunidade médicos... é.... é.... enfim, tudo. O Banco Comunitário mexe com tudo” (CG1); “O que é desenvolvimento? Melhoria, crescimento. Enfim, progressão, progredir na vida é desenvolver alguma coisa. Apesar de ter dois sentidos. O sentido d’eu [...] desenvolver alguma coisa, então a comunidade se desenvolver. Eu acho que esse desenvolvimento que você me perguntou é esse aí, crescer, ver a comunidade com melhorias, com estabilidade, mais infraestrutura. Enfim, relacionada a crescimento” (CG2); “A moeda vai circular só dentro da cidade, o que vai acontecer: a cidade vai se desenvolver mais, porque o

dinheiro vai ficar aqui dentro, não vai para fora. A comunidade vai se desenvolver mais, a comunidade vai ganhar, a própria cidade e todo mundo ganha com isso” (CG3).

Por fim, há uma expectativa por parte dos/as entrevistado/as s, assim como de um grupo mais amplo de pessoas envolvidas na construção do banco, de que ele se torne catalisador dessas mudanças. Com os espaços públicos de proximidade criados, há esperança de que a comunidade possa se articular de forma efetiva na superação de seus problemas a partir de propostas construídas coletivamente, além de possibilitar a abertura de um fórum onde a voz da comunidade possa ser ouvida pelas autoridades públicas.

Portanto, no que concerne às *expectativas* dos/as indivíduos/as engajados na construção do banco, integrantes de uma coletividade de moradores da Cidade Estrutural que intentam a construção de uma economia mais justa naquela localidade, há clara esperança de que o BE seja ferramenta para o desenvolvimento local, melhorando a qualidade de vida dos/as moradores/as da Cidade Estrutural, gerando renda, trabalho, fortalecendo o comércio local a partir dos princípios da Economia Solidária, além de ser ferramenta para ampliação das conquistas já alcançadas por aquela comunidade, possibilitando que sejam eles protagonistas do desenvolvimento e construção da Cidade Estrutural.

4. CONCLUSÃO: POSSIBILIDADES EMANCIPATÓRIAS ATRAVÉS DO BANCO COMUNITÁRIO DA ESTRUTURAL

Associando *contexto* com *expectativas*, a vontade de se constituírem enquanto protagonistas do próprio processo de desenvolvimento e de conquista e realização de direito aparenta ser uma resposta ao referido abandono político ao qual é submetida a

coletividade de moradores/as da Cidade Estrutural engajados na promoção de um desenvolvimento pautado por práticas que se inserem na lógica da Economia Solidária.

Tal abandono, que resulta na falta da possibilidade de participação e voz perante ações tomadas pelo poder público em relação à comunidade, assim como marginalização em relação ao mercado formal e suas instituições tradicionais, busca ser superado por meio da criação “de esferas públicas e democráticas como importantes instâncias de mediação nas relações entre Estado, economia e sociedade” (Silva, 1994, p. 16). Assim, retomando o raciocínio iniciado anteriormente, a prática ligada à implementação do Banco Estrutural é a possibilidade de construção de um local de encontros, protestos e reivindicações, simbolizando a solidariedade e experiências coletivas que visam a reconstrução das relações sociais a partir de uma ótica de inclusão orientada ao desenvolvimento da localidade.

A prática da construção do Banco Estrutural reflete a opção daquele grupo de pessoas em assumir uma postura radical em relação ao direito à cidade, entendido enquanto superação da crise do habitar por meio de uma postura que vê a cidade como um lugar para ser e não apenas para estar, uma postura que busca revolucionar a cidade, transformando-a a partir dos seus valores de uso, transformando-a em um lugar de co-habitação, de espaços não homogeneizados onde a diferença seja a marca da prática social do urbano. É a postura de construir meios para que o protagonismo que desejam se realize e, com isso, possam atingir as expectativas que almejam na construção de relações econômicas mais justas voltadas para o desenvolvimento da Cidade Estrutural.

Ao invés de aceitarem permanecer ao bel prazer dos ventos políticos, há uma intenção clara na construção de algo que potencialize possibilidades, ocupando espaços livres da cidade. Assumir o protagonismo na construção do espaço urbano é

assumir a cidade enquanto obra, buscando o reconhecimento de si no espaço urbano e do reconhecimento do espaço urbano em si.

Como é possível ler nas paredes do Ponto de Memória da Cidade Estrutural (museu organizado pelos próprios moradores para relembrar e contar a história de luta e conquistas da comunidade):

Esta sala acolhe a memória dos moradores e das moradoras da Estrutural, memória que se traduz num objeto, numa foto, pedaços de nós mesmos que lembram momentos tristes, momentos sofridos, momentos de lutas, de resistências, de alegrias. Os objetos aqui expostos eternizam nossas experiências e vivências e nos remetem aos dias idos, às lutas por um lugar de morar, por um lugar nosso, marcado por nossas histórias. Os nossos objetos estão expostos no altar das nossas memórias, para que os nossos descendentes saibam do seu passado e da importância deste lugar, que hoje é a nossa casa no mundo.

Conforme afirma Gaston Bachelard (2000, p. 17),

todo espaço verdadeiramente habitado traz a essência da noção de casa. (...) a casa abriga o devaneio, a casa protege o sonhador, a casa nos permite sonhar em paz (...). A casa na vida do

homem afasta contingências, multiplica seus conselhos de continuidade. Sem ela, o homem seria um ser disperso. Ela mantém o homem através das tempestades do céu e das tempestades da vida. Ela é corpo e alma. É o primeiro mundo do ser humano. Antes de ser “atirado ao mundo”, como o professam os metafísicos apressados, o homem é colocado no berço da casa. E sempre, em nossos devaneios, a casa é um grande berço.

Ao assumirem que a Estrutural é sua casa no mundo, os/as moradores/as exteriorizam que é ali que se sentem agasalhados, ali que buscam e realizam seus sonhos, realizando-se. Portanto, a marca distintiva da busca coletiva para realização de suas expectativas, superando o abandono ao qual são submetidos, é edificar a casa na qual habitam, estabelecendo uma identificação que lhes foi roubada pela alienação que a ausência de protagonismo na construção do espaço urbano gera. É valorizar o local, as experiências endógenas que são paulatinamente descaracterizadas por um processo de globalização que busca uma totalidade homogênea, suprimindo o diferente, impondo um único ritmo à vida e uma única racionalidade às relações sociais.

Pode-se dizer que ao questionamento em relação a quais os direitos reivindicados pela Comunidade da Estrutural na construção de um Banco Comunitário, uma das respostas possíveis é que buscam afirmar seu direito à cidade, o direito a serem agentes da construção de um espaço urbano que se identifique com seus modos de vida, com suas necessidades, com suas demandas. Direito que busca ser concretizado por meio da construção de alternativas a modelos que buscam aprofundar ainda mais as contradições das cidades. Por isso, ao proporem uma ressignificação das

relações econômicas buscam a inclusão de uma camada significativa daquela população que não possui espaço nos circuitos formais da economia e que se vê obrigada a abrir mão de seus direitos mais básicos para sobreviver.

No fim, buscam ser autores de suas próprias narrativas, “construídas na base da dignidade e não do dinheiro, por meio de ações criativas e da autodeterminação de agrupamentos formados por relações horizontais” (Coutinho, 2011, p. 125), superando os desconfortos da existência localizada, reconquistando os espaços de decisão onde podem exercer uma postura cidadã ativa de forma coletiva. Querem ser ouvidos/as, mesmo que isso signifique ouvir a si mesmo enquanto coletividade e realizar suas expectativas apesar do apoio dos poderes públicos.

Enfim, conforme salienta Boventura de Sousa Santos (2001, p. 180), por meio da construção de um Banco Comunitário de Desenvolvimento na Cidade Estrutural, os agentes engajados buscam uma “mudança global dos processos de socialização, de construção cultural e dos modelos de desenvolvimento, exigindo transformações concretas, imediatas e locais”. Exigências que se direcionam a ele próprios enquanto movimento organizado que busca repensar o próprio conceito de cidadania, assumindo a postura de protagonistas na construção de sua própria realidade e na efetivação de seus direitos, criando espaços para reivindicar perante a sociedade e o Estado suas demandas e, principalmente, criando espaços para a articulação comunitária, buscando trazer de volta para as localidades os espaços de decisão que lhes foram retirados, engajando-se na assunção de uma postura ativa no que concerne ao protagonismo na construção do espaço urbano. E é a possibilidade de tal protagonismo que busca ser efetivada por intermédio dos Banco Comunitário da Cidade Estrutural que lhe caracteriza como uma valiosa ferramenta na realização do direito à cidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

BACHELARD, Gaston. *A poética do espaço*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

COSTA, Alexandre Bernardino; SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. O Direito Achado na Rua: uma idéia em movimento. In: COSTA, Alexandre Bernardino et al. *Série o Direito Achado na Rua*, Vol. 4, Introdução Crítica ao Direito à Saúde. Brasília: CEAD/UnB, 2008.

ELIAS, Gabriel Santos; MEDEIROS FILHO, João Telésforo. *A Luta pelo Passe Livre sob a Perspectiva do Direito à Cidade no Distrito Federal*. Brasília: VI Encontro Anual da ANDHEP, 2010.

FERREIRA, Alvaro. *A Produção do Espaço: Entre Dominação e Apropriação: Um Olhar Sobre Movimentos Sociais*. In: Scripta Nova, Vol. XI, nº. 245, 2007. Disponível em: <http://www.ub.edu/geocrit/sn/sn-24515.htm>. Acesso em: 17/05/2012.

FRANÇA FILHO, Genauto Carvalho de. *A Via Sustentável-Solidária no Desenvolvimento Local*. In: O&S, Vol. 15, nº. 45, pp. 219-233, 2008.

FRANÇA FILHO, Genauto Carvalho de; LAVILLE, Jean-Louis. Impasses, avanços e deságios da ação pública em Economia Solidária: uma perspectiva comparada Brasil-França. In: GEORGES, Isabel P. H.; LEITE, Marcia de Paula (Org.). *Novas Configurações do Trabalho e Economia Solidária*. São Paulo: Annablume, FAPESP, 2009.

GAIGER, Luiz Inácio. A Presença Política da Economia Solidária: Considerações a partir do primeiro Mapeamento Nacional. In: GEORGES, Isabel P. H.; LEITE, Marcia de Paula (Org.). *Novas Configurações do Trabalho e Economia Solidária*. São Paulo: Annablume, FAPESP, 2009.

GARCIA, Daniel Bruno. *Bancos Comunitários de Desenvolvimento: Um Estudo Sobre a Implementação dos Banco Comunitários Ligados ao Movimento de Moradia no Município de São Paulo*. Dissertação de Mestrado, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2010.

HARVEY, David. *Rebel Cities: from the right to the city to the urban revolution*. Londres: Verso, 2012.

HESPAHNA, Pedro. From the Expansion of Market to the Metamorphosis of Popular Economis. In: *RCCS Annual Review*. Coimbra: Vol. 2, 2010. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/annualreview/index.php?id=3226>. Acesso em: 18/04/2012.

LEFEBVRE, Henry. *Espaço e Política*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.

_____. *O Direito à Cidade*. São Paulo: Ed. Moraes, 1991.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito?* São Paulo: Brasiliense, 2006.

MARICATO, Ermínia. As ideias fora do lugar e o lugar fora das idéias. In: Maricato, Ermínia et al (Org.). *A Cidade do Pensamento Único: Desmanchando Consenso*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

MARTINS, Paulo Henrique. O Dom como Fundamento de uma Cultura Democrática e Associativa. In: PORTUGAL, Silvia; MARTINS, Paulo Henrique (Org.). *Cidadania, Políticas Públicas e Redes Sociais*. São Paulo: Annablume, 2011.

MARTINS, Paulo Henriques. *A Sociologia de Marcel Mauss: Dádiva, simbolismo e associação*. In: Revista Crítica de Ciências Sociais, 73, pp. 45-66, 2005.

MAUSS, Marcel. *Ensaio sobre a Dádiva*. In: Sociologia e Antropologia. São Paulo: EPU, 1974.

MELO NETO SEGUNDO, João Joaquim de. Prefácio. In: ARROYO, João Cláudio Tupinambá; Schuch, Flávio Camargo. *Economia Popular e Solidária: A alavanca para um desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2008. P. 13-17.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (Org.). *Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

PICOLOTTO, Everton Lazzaretti. *Novos Movimentos Sociais Econômicos: Economia Solidária e Comércio Justo*. In: Outra Economia, V. II, nº. 3, 2008. Páginas. 74-92.

PORTILHO, Fátima. *Novos Atores no Mercado: Movimentos Sociais Econômicos e Consumidores Politizados*. In: Política & Sociedade, Vol. 8, nº 15, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Globalizations*. In: Theory, Culture & Society, 2006, 23, p. 393-399. Disponível em: <http://tcs.sagepub.com/cgi/content/abstract/23/2-3/393>. Acesso em: 15/05/2012.

_____. *Los Nuevos Movimientos Sociales*. In: Universidade de Coimbra, OSAL, Setembro de 2001. Páginas 171-184.

_____. *Produzir para Viver: Os Caminhos da Produção Não Capitalista*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

_____. *Sociologia das Ausências*. Disponível em: http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/sociologia_das_ausencias.pdf. Acesso em: 14/05/2011.

SANTOS, Milton. *Metamorfoses do Espaço Habitado*. São Paulo: EdUSP, 2012.

_____. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

SILVA, Ana Amélia da. Esfera Pública e Sociedade Civil: Uma (Re)Invenção do Possível. *São Paulo em Perspectiva*. São Paulo. Volume 8. 61-67, 1994.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua – Experiências Populares Emancipatória de Criação do Direito*. Data da defesa: 16/06/2008. 338 páginas. Tese de Doutorado – Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

VANDEN, Harry E. *Social Movements, Hegemony, and New Forms of Resistance*. In: *Latina American Perspectives*, Vol. 34, nº. 2, 2007, pp. 17-30.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL E MOVIMENTOS SOCIAIS: DO MOVIMENTO 15-M À CONCENTRAÇÃO DO 25-S NA ESPANHA¹

Nuria Belloso Martín²

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é analisar um dos novos movimentos sociais, conhecido popularmente por "indignados", mas também chamado de 15-M, que teve suas origens em 15 de maio de 2011, na Espanha.

Refletir-se-á sobre diversos fatores (políticos, econômicos, sociais, jurídicos) que levaram a um apelo através dos fóruns sociais na internet, de modo que milhares de cidadãos concentraram-se e acamparam durante mais de um mês no local chamado "Puerta del Sol", celebrando, diariamente, discussões e debates para apresentar suas próprias propostas ao governo. Estas idéias foram promovidas pela desobediência civil em relação ao governo nacional, das forças de segurança do Estado e de outras entidades presentes no local das manifestações.

Foram convidados a participar desta manifestação cidadãos de todas as cidades da Espanha, de modo que, em pouco tempo, o movimento dos "indignados" chegou a alcançar um eco que excedeu as fronteiras nacionais. Desde então, estas manifestações e debates via redes sociais não têm fim.

¹ Revisão texto: Juliana Fontana. Bolsista FPI/Universidade de Burgos (Espanha); integrante do NEPAD/USP.

² Professora Titular (CA) em Filosofia do Direito. Diretora do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Burgos (Espanha). Diretora do Curso de Especialização em Mediação Familiar. Coordenadora do Máster Oficial em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade de Burgos.

A crise econômica que perdura na Espanha, simultaneamente com o movimento do 15-M vem consolidando-se. No último dia 25 de Setembro pode ser visto uma nova ação por parte de outra corrente: o "25-S, rumbo ao Congresso".

Trata-se de um tema muito atual, que contrapõe posições distintas da sociedade espanhola e da classe política. Há muitos cidadãos que cansados da impunidade das entidades bancárias e dos políticos – que estão depositando sobre os cidadãos os graves prejuízos da crise – criticam as decisões de um governo que não consideram capaz de representá-los.

Tentar-se-á definir o papel que a sociedade civil – desorientada por ter sido agredida em seus direitos e conquistas sociais – pode vir a desempenhar para recuperar um mínimo de essência da "democracia".

Palavras chaves: *sociedade civil – democracia – movimentos sociais – processo constitutivo*

ABSTRACT

The objective of the inquiry is to analyze one of the new social movements, known popularly "indignados", but also called of 15-M, what originated in 15 of May of 2011, in Spain.

One will consider if - á on several factors (political, economic, social, legal) what led to an appeal through the social forums of the Internet, so that they concentrated and camped citizens' thousands during more than one month in the called place "Puerta del Sol", celebrating, daily, discussions to present his proposals themselves. These were promoted by the civil disobedience regarding the national government and of the strength of security of the State and of other present entities in the place of the demonstrations.

They were invited participating of this demonstration, citizens of all the cities of Spain, so that, in a little time, the movement of 'indignados' came reaching an echo that exceeded national levels. From that time, the demonstrations and the discussions in the social nets have no end.

The economic crisis that lasts a long time in Spain, simultaneously with the movement of 15-M they come being consolidated. In the last one 25 of September can be seen an appeal, for part of another current: "25-S, I head to the Congress".

It the question is a very current subject, which has positions different from the Spanish society and from the political class. There are many citizens who, tired of the impunity of the bank entities and of the politicians who are depositing on the citizens the serious damages of the crisis, criticize the decisions of a government that do not consider ably to represent them.

One will try if á to define the paper what the civil society, thrown off course because of having being attacked in his rights and social conquests, can fulfill to recover a minimum of essence of the 'democracy'.

Key Words: *civil society – democracy – social movements – constituent process*

O livro de Stéphane Hessel, *Los Indignados*, deu nome ao movimento da Porta do Sol em Madrid, movimento ao que se somaram numerosas plataformas¹ e grupos sociais. Nesta obra se defende que a indiferença é a pior das atitudes e que há muitos motivos para estar indignados. "Temos uns governos que são manipulados pelo poder do dinheiro e a ditadura dos mercados internacionais o que constitui uma ameaça. Por isso se faz uma chamada a uma insurreição pacífica"².

¹ Segundo o dicionário da Real Academia Espanhola, o termo plataforma significa: um conjunto de pessoas, normalmente com representação, que dirigem um movimento reivindicativo. Igualmente pode ser compreendido como o programa ou conjunto de reivindicações ou exigências que representam um grupo político, sindical, profissional, etc. Disponível em www.rae.es. Acesso em 12 de novembro de 2012.

² HESSEL, S., *Indignez-vous!* París, editorial Indigène, 2010. Nesta obra se podem encontrar parágrafos tais como: "É verdade que as razões para estar indignados podem ver-se hoje menos claramente relacionadas ou o mundo se tornou muito complexo. Quem está fazendo o ordenamento, quem o decide? Não é sempre singelo diferenciar entre todas as correntes que nos governam. Não estamos lutando com uma pequena elite cujas atividades podem ser facilmente visíveis. Este é um mundo vasto, no qual temos uma sensação de interdependência. Vivemos em uma interconectividade como nunca antes. Mas neste mundo ainda há coisas intoleráveis. Para as ver, é bom e necessário olhar, procurar. Digo aos jovens, procurem pouco e isso é o que vão encontrar. A pior das atitudes é a indiferença, dizer 'Não posso fazer nada contra isso. Já me arrumarei isso para sair adiante'. Por te incluir a ti mesmo nisto, perde um dos elementos que fazem ao ser humano: a faculdade de indignar-se e o compromisso que é uma consequência do primeiro".[...] "Às pessoas jovem lhe digo: Olhem ao redor, encontrarão temas que justifiquem sua indignação — feitos sobre o tratamento de imigrantes, de imigrantes "ilegais", de ciganos. Encontrarão situações concretas que lhes levam a fortalecer sua ação cidadã. Procurem e encontrarão!"

A crise econômica se deixou sentir na Espanha com particular crueldade. Assiste-se a um recorte de direitos sociais, impossíveis de sustentar em um Estado de bem-estar que quebrou. A classe política e as instituições estão colocadas em descrédito ante a sociedade civil, fruto de suas corrupções urbanísticas e financeiras; resultando em um elevar de vozes reclamando pela recuperação da essência da cidadania¹ e da democracia. Estes movimentos e plataformas utilizaram, como principal via de comunicação, a internet e as redes sociais, que se converteram em poderosos instrumentos de convocatória².

1. UMA PERSPECTIVA EMPÍRICA DO MOVIMENTO 15 M (INDIGNADOS)

Nas ruas, dezenas de milhares de pessoas saíram a manifestar-se, concentrar-se ou acampar nas grandes cidades espanholas. A convocatória mais importante até o momento chegou a reunir em Madrid, entre 20.000 e 25.000 pessoas. A direita diz que é coisa da esquerda e vice versa. Outros a chamam antisistema. Da mesma forma pode-se constatar que no mundo muitos são os cidadãos que tomaram as ruas com gritos de liberdade, pedindo uma mudança que há anos se faz necessária. Na Espanha pedem uma democracia de verdade e que a classe política não lhes engane mais. Trata-se do movimento de 15 de maio de 2011, “os indignados”. O Movimento 15M é sólido, porém resulta complexo definir quem está detrás já que foi ampliando e trocando sua estrutura. Pode-se considerar sua origem através dos momentos gélidos

¹Vid. BELLOSO MARTÍN, N., y GORZECZEWSKI, C., *A necessária revisão do conceito de cidadania: Movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. EDUNISC, 2011. Acesso em: [HTTP://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html](http://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html)

²Vid. CASTELL, M., *La Era de la Información. Economía Sociedad y Cultura*. Vol. I y Vol. II. 2ª Reimpresión, Madrid, 1998.

das manifestações de “Juventude sem Futuro” em 7 de abril; convocada em 15 de maio por “Democracia Real Já (DRY)” e a sucessão espontânea de acampamentos em mais de dezoito cidades espanholas que deu forma ao Movimento 15M³.

Estas plataformas acusam os poderes políticos e econômicos de sua precária situação e exigem uma mudança de rumo:

- Convocamos a tod@s, em qualidade de ciudadan@s, a sair à rua nos dia 15 de Maio (de 2011), às 18 horas, sob o lema “Democracia Real JÁ”.
- “Não somos mercadoria nas mãos de políticos e banqueiros”.
- Ante o descontentamento social,
- o sofrimento individual, familiar e coletivo causado pela má e abusiva gestão de nossos representantes,
- o abuso e a fraude dos bancos e outras empresas,
- o sistema econômico,
- o aumento de demissões,
- a ausência de participação cidadã nas decisões econômicas, empresariais ou sociais, as privatizações de recursos públicos,
- a ausência de recursos reais e efetivos para cobrir as necessidades de cada espanhol/a, em 15 de maio, tomemos a rua!

³ “Se os cidadãos deste país querem ser escutados, este correio deve chegar a todo mundo”. Evento facebook: <http://www.facebook.com/event.php?eid=170278529687744>; Nossa página Web: <http://www.democraciarealya.es>; Nosso canal em youtube: <http://www.youtube.com/user/democraciarealya>; Também pode colaborar ativamente na organização participando de nosso foro: <http://democraciarealya.es/comunidad>.

“Estas são algumas das propostas que como cidadãos, consideramos essenciais para a regeneração de nosso sistema político e econômico. Opine sobre as mesmas e coloque as tuas idéias no fórum!”

1.1. Eliminação dos privilégios da classe política:

- a) Controle estrito do absentismo dos cargos eleitos em seus respectivos postos. Sanções específicas por abandono de funções.
- b) Supressão dos privilégios no pagamento de impostos, nos anos de contribuição e no montante das aposentadorias. Equiparação de salário dos representantes eleitos ao salário médio espanhol mais as diárias necessárias indispensáveis para o exercício de suas funções.
- c) Eliminação da imunidade associada ao cargo. Imprescritibilidade dos delitos de corrupção.
- d) Publicação obrigatória do patrimônio de todos os cidadãos em cargos públicos.
- e) Redução dos cargos de confiança.

2. CONTRA O DESEMPREGO:

- a) Distribuição do trabalho fomentando as reduções de jornada e a conciliação trabalhista até acabar com o desemprego estrutural (quer dizer, até que o desemprego descenda a 5%).
- b) Aposentadoria aos 65 anos e nenhum aumento na idade de aposentadoria até acabar com o desemprego juvenil.
- c) Bonificações para aquelas empresas com menos de 10% de contratação temporária.
- d) Estabilidade de emprego: impossibilidade de demissões coletivas ou por causas objetivas nas grandes empresas enquanto haja lucro, fiscalização às grandes empresas para assegurar que não contratem trabalhadores temporários que poderiam ser fixos.

- e) Restabelecimento do subsídio de 426€ para todos os desempregados de larga duração.

3. DIREITO À MORADIA:

- a) Expropriação pelo Estado das moradias construídas em stock que não se venderam para colocar no mercado em regime de aluguel protegido.
- b) Ajuda ao aluguel para jovens e todas aquelas pessoas com poucos recursos.
- c) Que se permita a entrega dos imóveis hipotecados com o respectivo cancelamento destas dívidas bancárias.

4. SERVIÇOS PÚBLICOS DE QUALIDADE:

- a) Supressão de gastos inúteis nas Administrações Públicas e estabelecimento de um controle independente de orçamentos e gastos.
- b) Contratação de pessoal da área de saúde até acabar com as listas de espera para atendimento.
- c) Contratação de professores para garantir o rateio de alunos por sala de aula, os grupos de aulas específicas e os grupos de reforço escolar.
- d) Redução do custo de matrícula em toda a educação universitária, equiparando os preços de Graduação e de Pós-graduação.
- e) Financiamento público para a pesquisa para garantir sua independência do mercado.
- f) Transporte público barato, de qualidade e ecologicamente sustentável: restabelecimento dos trens – que estão sendo substituídos pelo trem de alta velocidade/AVE – com os preços originários, barateamento dos abonos de transporte, restrição do fluxo de transporte particular no centro das cidades, construção de ciclovias.

g) Recursos sociais locais: aplicação efetiva da Lei de Dependência¹, redes de cuidadores locais municipais, serviços locais de mediação e tutela.

5. CONTROLE DAS ENTIDADES BANCÁRIAS:

- a) Proibição de qualquer tipo de resgate ou injeção de capital às entidades bancárias: aquelas entidades em dificuldades devem quebrar ou ser nacionalizadas para constituir-se em um banco público, sob o controle social.
- b) Elevação dos impostos aos bancos de maneira diretamente proporcional ao gasto social ocasionado pela crise gerada por sua má gestão.
- c) Devolução aos cofres públicos, por parte dos bancos, de todo capital público recebido.
- d) Proibição de investimento de bancos espanhóis em paraísos fiscais.
- e) Regulamentação de sanções aos movimentos especulativos e à má praxe bancária.

6. SISTEMA FISCAL:

- a) Aumento do tipo impositivo às grandes fortunas e entidades bancárias.
- b) Eliminação das SICAV.
- c) Recuperação do Imposto sobre o Patrimônio.

¹ Lei 39/2006, de 14 de dezembro, de Promoção para a Autonomia Pessoal e Atenção às pessoas em situação de dependência, ou seja, que necessitam ser acompanhadas ou assistidas em suas rotinas diárias. Documento BOE-A-2006-21990. Disponível em www.boe.es. Acesso em 13 de novembro de 2012.

d) Controle real e efetivo da fraude fiscal e da fuga de capitais a paraísos fiscais.

e) Promoção, a nível internacional, da adoção de uma taxa às transações internacionais (taxa Tobin).

7. LIBERDADES CIDADÃS E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA:

- a) Não ao controle da Internet. Abolição da Lei Sinde².
- b) Proteção da liberdade de informação e do jornalismo de investigação.
- c) Referendos obrigatórios e vinculantes para as questões de grande repercussão que modificam as condições de vida dos cidadãos.
- d) Referendos obrigatórios para toda introdução de medidas ditadas pela União Europeia.
- e) Modificação da Lei Eleitoral para garantir um sistema autenticamente representativo e proporcional, que não discrimine a nenhuma força política nem vontade social, onde o voto em branco e o voto nulo também tenham sua representação no legislativo.
- f) Independência do Poder Judicial: reforma da figura do Ministério Público para garantir sua independência, não à nomeação de membros do Tribunal Constitucional e do Conselho Geral do Poder Judicial por parte do Poder Executivo.
- g) Estabelecimento de mecanismos efetivos que garantam a democracia interna nos partidos políticos.

² A Lei 2/2011, de 4 de março, de Economia Sustentável (LES) é uma lei espanhola que teve sua origem na iniciativa legislativa aprovada pelo governo de José Luís Rodríguez Zapatero (PSOE) em 27 de novembro de 2009. O anteprojeto de lei consistia em um conjunto de medidas que pretendiam modernizar a economia espanhola principalmente em três setores: financeiro, empresarial e meio ambiental. O destaque polêmico a primeira versão do anteprojeto de lei, ante a opinião pública, foi a relativa regulamentação das webs e da proteção de propriedade intelectual. A denominação de “Lei Sinde” recaiu sobre o sobrenome da promotora do projeto de lei, Ministra da Cultura na época, Ángeles González Sinde.

8. REDUÇÃO DO GASTO MILITAR.

9. ELIMINAÇÃO DO SENADO

Noruega, Suécia e Dinamarca não têm Senado. Na Alemanha o número de integrantes que compõe o Senado são de 100 senadores e nos Estados Unidos o número é de um senador para cada Estado. Por que manter então, na Espanha, 260 senadores? Possibilitaria economizar três milhões e 500 mil euros cada ano. Eliminação da pensão vitalícia de todos os deputados e senadores.

Também se propõe eliminar todos os diplomatas, exceto um embaixador e um cônsul em cada país. Com tal medida, e reduzindo em 30% as partidas 4, 6 e 7 das Verbas Gerais do Estado (transferências a sindicatos, partidos políticos, fundações sem expressão e outras instituições), economizar-se-iam mais de 45.000 milhões de euros e não seria necessário alterar as aposentadorias nem os salários dos funcionários públicos, assim como reduzir em 6.000 milhões de euros em investimentos públicos. Com a metade do dinheiro que o Estado economizaria com essas medidas, acabaria a crise na Espanha.

O movimento social batizado como 15-M – revolução dos indignados ou “Spanish Revolution” – se realizou através de acampamentos e mobilizações por todo o território espanhol e que acabou por transpassar suas fronteiras para a Europa e América, foi em um primeiro momento convocado pela plataforma “Democracia real Já”¹.

¹ Ler mais em Suite101: Movimiento15 M ou "Spanish Revolution": suas propostas | Suite101.net <http://www.suite101.net/content/movimiento15-m-ou-spanish-revolution-suas-propostas->

O surgimento de um movimento “espontâneo” de protesto social causou sem dúvida surpresa, pois ninguém ao parecer o tinha previsto embora agora todos digam que o esperavam. As reações se movem entre o “isto não pode ocorrer aqui” embora se aplaudam movimentos semelhantes no Egito, Tunísia e China (todos por certo com governos de esquerdas e inclusive alguns membros da internacional socialista, o que deixo para algum analista mais sofisticado fazer tal digressão), e “os que sobem entusiasmados com o trem em marcha”, embora criticassem que o mesmo movimento tivesse sido impulsionado por jovens de direita que instalaram suas lojas em frente do Palácio de La Moncloa (já se sabe a famosa “doble vara de medir”²). As diversas petições poderiam resumir-se em dois tipos de reclamações que uniram aos concentrados: umas de natureza política e outras de tipo econômica³:

a) Reivindicações políticas:

Aqui o grau de consenso é bastante grande e inclusive com grande apoio externo. São muitos os que vêm denunciando os excessos de um sistema bipartidário, escassamente democrático em seu interior que distribui cargos e benefícios, pondo todo tipo de travas para que ninguém mais se some à festa: politização da justiça, politização dos bancos públicos, politização dos meios de comunicação, uma lei eleitoral em algum aspecto injusta e bastante rígida, uma lei de silêncio que impede a participação de outros partidos, uma corrupção consentida nos próprios e criticada só para os outros, uns candidatos selecionados por fidelidade e favores e não por sua

² O ditado pode ser traduzido como “dois pesos duas medidas”.

³ Na análise das reivindicações políticas e econômicas vamos seguir ao Gil IBÁÑEZ, A., “A propósito do Movimento 15M”. Uma sociedade dual? Em: www.hayderecho.es (acesso em 27.07.2011).

competência para representar e, vencendo as eleições governar... Pouco terá que dizer a este respeito, resulta claro que a evolução de nosso sistema democrático requer uma profunda revisão, e se este movimento serve para esta tomada de consciência, bem-vindo seja. Talvez se sente falta de uma crítica aos partidos nacionalistas e a chantagem permanente que submetem o governo da nação para conseguir ou aumentar privilégios, ou que estes antepõem o gasto de representação (por exemplo, embaixadas inúteis e a imposição de uma língua à força) acima do gasto em saúde e educação de seus próprios cidadãos. Até o momento, estes temas ainda não foram tratados de frente, supomos pelo perigo de que por aí o movimento comece a fragmentar-se.

b) Reivindicações econômicas:

Aqui, a confusão é ainda maior. Resulta claro que o movimento parte de um descontentamento social, dos efeitos da crise econômica e que sua mera existência implica em um fracasso – tanto dos partidos políticos como dos sindicatos – para canalizar essas demandas. Mas na hora do diagnóstico caem em generalizações um tanto superficiais. A culpa parece que é do capitalismo e a democracia real implicaria desfazer-se dele, dizem alguns, ou humanizá-lo, dizem outros. Não vamos entrar em uma análise histórica de como os excessos do capitalismo no século XIX (jornada de trabalho de crianças sem proteção social) levaram ao comunismo; e como os excessos deste (que determinou a quebra fiscal do modelo e a queda do muro) levaram a um novo impulso do neoliberalismo. Neste âmbito terá que ir com algo mais de cuidado: certamente o capitalismo tem seus excessos que terá de se combater, mas isso não quer dizer que os modelos de democracia real sejam os exemplos de Cuba ou da Coreia do Norte. O que terá de fazer aqui é separar o joio do trigo. Existem em Espanha políticas do mundo privado que não são aceitáveis: pagamento de *bonus* de valor expressivo a

diretores incompetentes enquanto se demitem técnicos competentes, práticas contratuais abusivas, bancos irresponsáveis com comportamentos delitivos, bancos com grandes lucros que não emprestam ao sistema produtivo, empresas com lucratividade que traçam seus projetos sem nenhuma autocrítica por sua gestão na Espanha, etc. Mas não nos equivoquemos, pois com este mesmo modelo há países que funcionam melhor que outros. E de fato quem emigra à países sérios muito provável que trabalhe mais (não mais horas), mas que também recebe mais e se sente mais valorizado. E em qualquer caso, para sustentar um modelo social é necessário um governo que saiba administrar a economia, portanto governantes competentes.

Esta plataforma alheia aos interesses partidários e sindicais coopera, por sua vez, com as mobilizações convocadas por outras organizações, sendo também apoiada por outras plataformas. Muitos (evidentemente desde a tendência de proteção e defesa de seus interesses) para desvirtuar este movimento social liderado por uma geração de jovens com um futuro muito incerto etiquetam este movimento como de atos impensados, sem finalidade e sem propostas claras. Está claro que é uma reação cidadã frente os avatares da política e a economia apoiada por gente de toda índole, classe, idade e ideologia que saiu às ruas para protestar por uma situação que considera injusta.

Como todo movimento que surge de uma reação social a pauta de reivindicações conjunta dos participantes – ou indignados – não reside em propostas pró ativas concretas, a não ser sobre tudo aquilo que não se deseja. O que se considera injusto ou que não se está disposto a tolerar. É um grito de indigestão dos afetados ante aqueles que propiciaram uma determinada situação político econômica. Basta ir às praças onde se realizam as concentrações e os acampamentos para ver que todos estão de acordo em que não se pode manter um sistema com a atual lei eleitoral, com a

imunidade dos bancos e demais responsáveis pela crise econômica e com eleições – sejam as que sejam – carregadas de candidatos acusados por crimes de corrupção.

Reunidos na Porta do Sol redigiram um acordo conjunto onde fixaram as bases de suas reclamações. Auto definidos como "um grupo de cidadãos de diferentes idades e extratos sociais" afirmaram sentir-se "zangados" ante sua falta de representação e "as traições que se levam a cabo com o nome da democracia". Advogaram por uma reforma da Lei eleitoral "que devolva à Democracia seu verdadeiro sentido: um governo dos cidadãos: uma democracia participativa".

"Não estamos aqui para reclamar simplesmente o acesso às hipotecas ou para protestar pelas insuficiências do mercado de trabalho", esclarecem para advertir que o movimento nasce 'da raiva', sentimento que gera "imaginação, força, poder cidadão". "A Democracia Real se opõe ao descrédito paulatino das instituições que dizem representá-los, convertidas em meros agentes de administração e gestão, a serviço das forças do poder financeiro internacional", sublinham, ao tempo que sustentam que a democracia atual emana de "corruptos aparelhos burocráticos" que impedem a participação cidadã.

"É preciso construir um discurso político capaz de reconstruir o tecido social, sistematicamente vulnerado por anos de mentiras e corrupção. Os cidadãos têm perdido o respeito aos partidos políticos majoritários, mas isso não equivale a perder nosso sentido crítico. Antes bem, não tememos à política. Tomar a palavra é política. Procurar alternativas de participação cidadã é Política", acrescentam. O manifesto assinala os culpados da situação atual, aqueles que com seu trabalho contribuem ao descrédito da política e ao rechaço e aborrecimento da sociedade: o FMI, a OTAN, a UE, as agências de qualificação e, já na Espanha, partidos como o Partido Popular (PP) e Partido Socialista Obreiro Espanhol (PSOE). "Não chamamos à abstenção, pedimos

a necessidade de que nosso voto tenha uma influência real em nossa vida", acrescentam.

10. UMA PERSPECTIVA TEÓRICA DO MOVIMENTO 15-M

Este movimento despertou o idealismo adormecido de alguns herdeiros do “maio do 68 francês”: o identificam com a reaproximação do espaço público por parte da sociedade civil. Mas, o que é realmente a sociedade civil? Os grupos antisistema, os imigrantes sem papéis, os ocupas¹, grupos todos estes que acabaram formando parte do acampamento dos indignados, são sociedade civil? Habermas define a sociedade civil como uma rede de associações e movimentos surtos de modo espontâneo que registram a ressonância dos problemas sociais no âmbito privado e a canalizam para o espaço público².

Aqui reside um dos grandes méritos que se atribuiu aos “indignados”: o de lhes configurar como um sujeito ativo da sociedade civil, que não se submete a condução que a administração realiza por meio dos ilustrados do saber, mas sim se fundamenta no contra poder e obtém desta maneira uma comunicação que discorre através de uma linguagem compreensível, mas sem trivializar os temas debatidos nem os argumentos que sustentam as decisões. Os movimentos sociais conseguem esclarecer os problemas e criar opções de participação cidadã que restaurem o papel legítimo do espaço público e da sociedade civil.

Denunciam que a via procedimental utilizada pelos políticos, operadores jurídicos, meios de comunicação, bancos e demais fracassou, e assim justifica que se translade o conflito a outro cenário. Algumas vozes se elevaram questionando-se a

¹ O termo ocupa pode ser compreendido como os sem teto, sem terras.

² HABERMAS, J., *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998, p.447 ss.

respeito de quem estava detrás deste movimento. Quais interesses verdadeiros apoiavam aos indignados. O que fomentava a suspeita a respeito do que se ocultava sob o aparente manto de reivindicação de uma democracia real. O certo é que gozaram da simpatia de muitos, já que suas propostas eram compatíveis com o “sentido comum” de qualquer cidadão. A organização dos acampamentos em comissões (culturas, relações internacionais, trabalho, serviço médico, biblioteca, etc.) assim como a solidariedade que se viveu nestas concentrações (vizinhos que colaboravam levando água e comida) e, especialmente seu lema de “não violência”, deixaram rasto. Cada dia celebraram assembleias para debater os diversos pontos de interesse. Adotaram a linguagem de signos dos surdos-mudos para contabilizar as votações nas multitudinárias reuniões. Do mesmo modo, ao ter levado para a rua as suas deliberações, os demais cidadãos se sentiam muito mais identificados com os indignados do que com os debates que a classe política celebrava – a porta fechada – no Congresso dos Deputados¹.

¹ Este fenômeno tirou a luz uma questão longamente debatida e ainda não fechada: A deliberação pública legitima as decisões políticas? As teorias empírico-normativas da legitimidade comunicativa apoiariam esta afirmação. Inclusive, tomando como ponto de referência a teoria habermasiana, permite ao Habermas defender-se de três objeções que revistam apresentar-se contra sua teoria: a da falsidade empírica, a da utopia impraticável e a do mascaramento ideológico. Mas esta postura exigiria contribuir com evidências de que a comunicação social alcança certas cotas de racionalidade discursiva. Por exemplo, terei que mostrar que os meios são capazes de contribuir a um debate de qualidade; e que a opinião pública não só pode ser representativa e racional, mas sim chega a exercer uma influência significativa sobre os processos de criação jurídica.

Como já sabemos, as características da sociedade civil e do espaço público podem variar em função de temas polêmicos ou de determinados acontecimentos. Neste caso concreto, a aguda crise econômica que se encontra na Espanha, o alto índice de desemprego dos jovens (40%), foi um dos detonantes do movimento dos indignados. O “acesso à agenda” já não ficou restringido a seus gestores, mas sim se abriu a todos aqueles que quiseram participar das assembleias cidadãs. Com a “sociedade em calma”, os movimentos sociais têm menos possibilidades de triunfar. Pelo contrário, a sociedade civil, em uma situação de crise, pode assumir mais facilmente um papel ativo e impulsor no espaço público, trocando o modo de solucionar os problemas. Como sublinha Bourdieu: “quem atua no cenário devem a influência que exercem nele à aprovação do público que ocupa a galeria”².

Convém destacar o importante papel desempenhado pelas novas tecnologias na difusão e expansão do Movimento 15 M. Fenômenos como a blogosfera ou as redes sociais centram a atenção para a contribuição dos particulares ao processo de comunicação pública. Do mesmo modo, as TICs permitem canalizar as vozes silenciadas e os interesses minoritários, sossegados por quem, utilizando muitas vezes os meios de comunicação a seu favor, apresentam um único discurso. Trata-se de tornar o espaço público em desdobramento de seu potencial crítico.

Pouco a pouco, os lugares utilizados para os acampamentos foram ficando vazios, os serviços de limpeza eliminaram com mangueiras de água qualquer vestígio do que durante mês e meio foram praças que vibraram, com a ilusão de trocar idéias sobre os fundamentos da democracia. Longe de aplicação prática do sistema grego do ágora, a democracia direta resulta inviável. Mas durante dias muitos cidadãos se sentiram protagonistas na hora de desenhar políticas de emprego, de reorganizar os

² BORDIEU, P., *Poder, Derecho y clases sociales*. Bilbao, Descleé, 2000, p. 162 ss.

bancos, e tantas outras questões. O movimento 15M não foi comparável ao vivido nas praças dos países árabes – na chamada “primavera árabe” – porque aqui se partia de um contexto democrático, onde não existia o perigo de receber uma bala por estar participando da mobilização. Não se tratava de reivindicar a democracia, que já se tem, mas sim de reclamar uma revisão da democracia, ancorada numa classe política em ocasiões despreocupada pelos problemas da cidadania.

Nos últimos anos se produziram na Espanha, talvez de forma imperceptível, algumas mudanças sociais que agora estão sendo pagas. A classe média encolheu. Talvez sustentada por um crescimento artificial, triplicando nos últimos vinte e cinco anos o número de funcionários, em especial no nível autonômico. Enquanto uma geração de novos ricos – muitos nascidos da explosão imobiliária – enchiam as lojas e condomínios de luxo, um número crescente de desempregados – cinco milhões – unia-se a uma classe social de trabalhadores horistas, configurando o que se chamou de sociedade dual. Espanha perdeu espaços em competitividade e em eficácia, enquanto os ganhou em corrupção econômica. Tudo isto é certo, mas isto não é só culpa do “sistema capitalista”, nem sequer só do governo. A responsabilidade também cabe aos cidadãos adormecidos que trataram que adaptar-se caindo na preguiça, no atordoamento alcoólico, na queixa permanente ou na pura picaresca¹. É necessário voltar para a cultura do esforço, do trabalho bem feito, sem esperar sempre que “os outros” ou “o Estado” devam proporcionar nossos desejos para o qual estamos dispostos a nos esforçar o necessário.

Este é o maior perigo para este movimento. Ou seja, que o mesmo grau de exigência que dirige aos partidos políticos ou ao mundo financeiro-empresarial não

seja exigido a si mesmo. Um necessário grau de autocrítica é o primeiro passo para o qual uma sociedade precisa despertar e tomar consciência sobre si mesma.

Segundo os porta-vozes de "Democracia Real Já!" e de "Acampada Sol", a medida do desalojamento da Puerta del Sol de Madrid teve muito que ver com a visita do Papa à Madrid durante a Jornada Mundial da Juventude, realizada em meados do mês de agosto de 2011, com o objetivo de dar uma boa imagem da cidade. Tratou-se então de seguir organizados em assembleias e reuniões nos bairros das diversas cidades espanholas.

11. DO 15-M 2011 AO 25-S 2012

A plataforma “*Em pé!*” convocou para 25 de setembro de 2012 a chegada a Madrid. De forma concisa, grupos partindo de todas as partes da Espanha, tinham como objetivo cercar o Congresso dos Deputados e permanecer ali de forma indefinida, até conseguir a dissolução das cortes e a abertura de um processo constitucional para a redação de uma nova constituição que correspondia a de um Estado democrático.

Convidava-se à cidadania a participar, seja de modo individual ou através de assembleias, plataformas cidadãs ou outras agrupações. Advertia-se que a mudança era necessária e que devia ser liderado pelo povo.

O Manifesto pelo que se convocava aos 25-S era o seguinte:

“Nós, pessoas comuns fartas de sofrer as consequências de viver em um sistema condicionado e coagido pelos mercados, que é claramente insustentável, e nos levou a ser vítimas de uma fraude a grande escala a que chamaram crise, unimo-nos para redigir este manifesto e convidamos toda a cidadania a unir-se às reivindicações que reclamamos nele.

¹ Em espanhol picaresca pode ser definida como a forma de vida ou atitude de tirar proveito ou cometendo contravenções leves.

Consideramos que a situação transpassou todos os limites toleráveis e que somos vítimas de um ataque sem precedentes por parte do poder econômico, que utilizando a crise como pretexto, está arruinando nossas vidas, e cujos culpados são quem se tem configurado como uma oligarquia intocável, com a cumplicidade de todas as forças políticas representadas no parlamento, manipulando todos os poderes do Estado para manter seus privilégios e enriquecimento desmedido e ilícito.

Já não há maneira de ocultar que vivemos uma gigantesca fraude social, com governos que sistematicamente nos traem fazendo exatamente o contrário a seus compromissos eleitorais, e que não há justiça alguma nos tribunais para os banqueiros, políticos e empresários culpados pela situação. Somente vemos como esta estrutura de poder viciada e imoral implanta políticas que acaba com nossos direitos e destrói nossas vidas, e como somos vítimas de uma repressão injustificável quando demandamos uma mudança na situação.

Acreditam que o problema é de tal envergadura e suas raízes tão profundas que sua solução não passa por efetuar reformas apoiadas nos mecanismos do sistema político atual, em consequência exigimos:

- A demissão do governo em pleno, assim como a dissolução das Cortes e da Chefia do Estado, por trair o país e o conjunto da cidadania de forma premeditada, nos levando a desastre.
- A abertura de um processo de reforma constitucional transparente e democrático, a fim de redigir uma nova Constituição, com a participação de toda a cidadania, de maneira que lhe seja própria, pois não reconhecemos caráter democrático algum ao atual texto constitucional, redigido por uma

camarilha as costas do povo. Tem que ser o povo quem determine o modelo de organização social em que quer viver, e não o contrário.

- A auditoria da dívida pública da Espanha, com moratória do pagamento da dívida até ter delimitado claramente quais parcelas não têm de ser pagas pela nação, pois serviram a interesses privados que utilizaram o país para seus próprios fins e não os do conjunto da cidadania espanhola. Igualmente, exigimos o processamento legal de todas aquelas pessoas que se demonstrem suspeitas de tais manobras, e que respondam com seus bens em caso de resultar condenadas.

- A reforma da lei eleitoral com o desenho de um novo processo eleitoral, a fim de que represente verdadeiramente a vontade do povo ante qualquer eleição que seja necessária para facilitar o desenvolvimento de um processo constituinte democrático.

- A suspensão imediata dos recortes e de todas as reformas que venham em contra do Estado de bem-estar tomadas com a justificativa de combater a crise, e que supõem restrições de direitos e de liberdades da cidadania. Estas ações, além de ser um desastre para o país, também foram impostas traindo a vontade popular.

- Uma profunda reforma fiscal que faça pagar mais a quem obtêm mais lucros e vantagens obtidas da sociedade. Igualmente, exigimos o cancelamento da anistia fiscal decretada pelo governo, cuja injustiça é uma verdadeira brincadeira aos contribuintes honrados.

- A supressão de todos os privilégios de quem ostente cargos políticos ou públicos, e a implantação de mecanismos eficazes de controle no desempenho de suas funções.

- A paralisação imediata de todos os despejos com a decisão de colocar a disposição da população – a preço de aluguel social – as moradias em propriedade dos bancos e caixas que tenham recebido ajudas com recursos públicos.

- A criação de novos empregos, com a primeira premissa seja a sustentabilidade, e cuja finalidade seja o desenvolvimento da humanidade. Assim com uma gestão coerente dos empregos disponíveis permitirá que toda a população possa trabalhar para viver, mas não se veja obrigada a viver para trabalhar. É um enorme engano pensar que terei de trabalhar cada vez mais, falácia sustentada pela avareza dos grandes interesses e contrária aos interesses da gente comum.

Por todo o exposto convocamos à cidadania nos dia 25 de Setembro de 2012 a manifestar-se de forma indefinida nas portas do Congresso até conseguir a demissão do Governo e a abertura de um Processo Constituinte, fazendo deste, a chamada de união de todas as lutas por uma Sociedade mais justa. Somos a imensa maioria, somos o povo, temos razão, e não vamos deixar lhes passar”.¹

O resultado da concentração foi o de vários detidos, ações da polícia contra os manifestantes, mais de trinta feridos. Imagens que deram a volta ao mundo e que vinham a incrementar ainda mais a desconfiança dos mercados internacionais sobre Espanha para tratar da saída para a crise econômica. Além disso, foi exposta a questão:

¹TEXTO APÓIE PLATAFORMA EM PÉ!:

<https://www.facebook.com/OcupaElCongreso/posts/336672679752174>

tal atuação devia emoldurar-se em uma manifestação mais de liberdade de expressão ou se, pelo contrário, constituía um delito contra as instituições do Estado.

O juiz da Audiência Nacional, Santiago Pedraz, acordou em arquivar a denúncia aberta contra oito dos responsáveis em convocar a manifestação do 25S diante do Congresso dos Deputados ao considerar que não existia delito contra as Instituições do Estado. Também criticou a atuação da Polícia ao considerar que houve um "claro" excesso em suas funções.

Pedraz fundamentou sua sentença o protesto ao direito à liberdade de expressão, "principalmente ante a convinda decadência da denominada classe política", e reprovou à Polícia em seus "excessos" na instrução.

Assim, o magistrado decretou o arquivamento da denúncia, após tomar declaração dos acusados, durante algo menos de uma hora, deixando-os em liberdade sem nenhum tipo de medida cautelar.

Para o magistrado, convocar uma manifestação sob os lemas de "rodear ou permanecer de forma indefinida" frente ao Congresso para exigir um processo de destituição ou demissão do Governo "em modo algum pode ser constitutivo de delito".

12. A DESOBEDIÊNCIA CIVIL EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO?

Segundo J. Rawls, a desobediência civil é um mecanismo de exceção que permite a uma parte da sociedade civil assumir o que considera fundamental para a existência real e efetiva do Estado democrático de direito – apesar de suas imperfeições – e em especial pelos princípios de justiça que o regem, levando em conta uma forma de dissensão que se situará entre a fronteira da lei e seu lado exterior.

As ações realizadas pelo Sindicato Andaluz de Trabalhadores (SAT), promovidas pelo prefeito da Marinaleda (Sevilha), pela partida de Esquerda Unida desde 1979 e pelo deputado autonómico J.M. Sánchez Gordillo, têm recebido grande

destaque nos meios de comunicação. Defendem que suas ações são formas pacíficas de protestar para defender "o povo", versão com a que divergem a maioria dos juízes e promotores públicos, as quais qualificam de delito. A fama de Batalho Jiménez, aquele bandoleiro "bom" que há duzentos anos roubava dos ricos para ajudar os pobres, parece querer ganhar agora um político, também andaluz, que neste verão se propôs a liderar a oposição contra os recortes assaltando supermercados ou invadindo hotéis de luxo.

As interpretações destas entradas aos supermercados, adquirindo produtos básicos (arroz, massa, farinha) e levando-os sem pagar, para depois distribuir entre as famílias necessitadas sem recursos, possibilitaram diversas interpretações. Alguns setores as compreendem como uma manifestação de desobediência civil destinada a modificar as leis que afetam os recortes sociais, aceitando seus autores as devidas consequências penais que possam ter tais ações e que, portanto, são meros atos de crítica política. Levar comida de um supermercado "sem o consentimento de seu dono e fomentando a violência", visto que se não houvesse sido exercido os empregados o teriam impedido, "tem uma qualificação clara" no Código Penal de delito de roubo com violência.

Para a Associação Profissional da Magistratura (APM), o Foro Judicial Independente (FJI), a Associação de Fiscais (AF) e a União Progressista de Fiscais (UPF) esta "claro" que pode haver roubo com violência e coações. Concretamente, vários advogados entendem que uma denúncia contra Sánchez Gordillo "deveria prosperar ante os tribunais", pois pode existir furto, roubo e aplainamento.

Na hora de assessorar a um possível cliente – neste caso os donos do supermercado – antes de denunciar, seria recomendável "ter em conta o valor do item subtraído, o meio empregado e a necessidade do sujeito que comete esta ação".

13. A MODO DE CONCLUSÕES

A atitude do Movimento 15 M, permanecendo na praça da Porta do Sol em Madrid, acampados durante mais de um mês, sem escutar as diversas ordens de desocupação, e assumindo as possíveis consequências jurídicas que poderia supor tal atuação, foi um exemplo claro de desobediência civil. Este movimento pretendia que a sociedade civil e a classe política tomassem consciência da situação que denunciavam e que se produzisse uma série de mudanças e modificações para recuperar a essência da democracia.

Por sua parte, a convocatória do 25 S (2012) "Rodeia o Congresso" pretendia chamar a atenção da classe política sobre uma cidadania insatisfeita com o modelo financeiro, os recortes de direitos sociais, o descontentamento dos jovens ante a falta de oportunidades no mercado de trabalho e tantas outras reivindicações que já apontamos.

As reivindicações destes movimentos tiveram seus frutos: reforma legislativa pela qual as entidades bancárias aceitam a entrega em pagamento quando os cidadãos não podem pagar a hipoteca; ajustes nos desperdícios do modelo da Administração Pública¹, etc. A Plataforma "Democracia Real Já" denuncia o uso indevido de dinheiro público sendo utilizado para o resgate de entidades que, por sua má gestão, estão condenadas a receber ajuda estatal incondicional para sobreviver².

¹ Real decreto lei 1483/2012, de 30 de outubro de 2012, que recolhe o novo regulamento dos procedimentos de demissão coletiva e de suspensão de contratos e de redução de jornada na Administração Pública.

² A plataforma DRY inicia sua caminhada a partir do Movimento 15 M (<http://www.democraciarealya.es/>). Videira. Álvarez, K., e outros, *Nós, indignado-los. As vozes comprometidas do // 15-M*. Madrid, Destino, 2011.

“Desde Democracia Real Já! fazemos uma chamada à mobilização social permanente para recuperar o poder democrático e a dignidade humana que nos estão sendo arrebatados cada dia por entes financeiros e corporativos não escolhidos pelo povo e por políticos ao serviço de ditos entes. Democracia Real Já! apoia as mobilizações dentro do bloco 15M e a crítica as cúpulas sindicais que contribuíram para levar a situação em que estamos hoje a toda a sociedade espanhola. Estas cúpulas pactuaram com o governo e os sindicatos patronais reformas e leis extremamente prejudiciais para todos os cidadãos e cidadãs que neste país ganham a vida trabalhando, não especulando. É necessário portanto uma renovação integral da vida política, sindical, econômica, judicial e social do país, e é necessário fazê-lo da base, da mobilização cidadã.

Para isso empregaremos todas as ferramentas que tenhamos a nosso alcance, e não retrocederemos em nosso empenho de parar este espólio. Sim há alternativas. Não é verdade que não tenhamos outra opção. Podemos pedir a demissão do governo e a criação de uma assembleia constituinte, podemos não reconhecer uma dívida ilegítima, nos organizar, realizar atos de desobediência civil, paralisar despejos, realizar uma greve geral indefinida, liquidar Bankia, sair à rua. Porque seguimos sem ser mercadoria nas mãos de políticos e banqueiros. Porque juntos podemos. Porque isto não é uma crise, é uma fraude!”.

Todas estas ações resultaram em uma conscientização, por parte da sociedade civil, de que deve deixar a passividade que a caracteriza, devendo ser exigente com a classe política e, envolver-se na tomada das decisões. Tudo isso unido ao desenvolvimento necessário da solidariedade para com os que se encontram em situações difíceis.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVAREZ, K., y otros. *Nosotros, los indignados. Las voces comprometidas del // 15-M*. Madrid, Destino, 2011.

BORDIEU, P. *Poder, Derecho y clases sociales*. Bilbao, Descleé, 2000.

CASTELL, M. *La Era de la Información. Economía Sociedad y Cultura*. Vol. I y Vol. II. 2ª Reimpresión, Madrid, 1998.

HABERMAS, J. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998.

HESSEL, S. *Indignez-vous!* París, editorial Indigène, 2010.

E-BOOK

BELLOSO MARTÍN, N. y GORZECZEWSKI, C., *A necesaria revisão do conceito de cidadania: Movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública democrática*. EDUNISC, 2011. Acceso em: <HTTP://www.unisc.br/portal/pt/editora/e-books.html>

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

GIL IBÁÑEZ, A., “A propósito del Movimiento 15M. ¿una sociedad dual? En: www.hayderecho.es (acceso el 27.07.2011).

Movimiento15 M o "Spanish Revolution": sus propuestas | Suite101.net
<http://www.suite101.net/content/movimiento15-m-o-spanish-revolution-sus-propuestas-a54299#ixzz1PBngBqrl>
<http://www.democraciarealya.es>

TEXTO BASE PLATAFORMA ¡EN PIE!: <https://www.facebook.com/OcupaElCongreso/posts/336672679752174>

Vid. Ocupa el Congreso 25 S. Rodea y toma el Congreso (www.youtube.com) (acceso el 25.10.2012)

MOVIMENTOS SOCIAIS E OS NOVOS DIREITOS: A PROPOSTA DA REDD+ INDÍGENA

Gerbson Cordeiro Nascimento¹

Eneida Corrêa de Assis²

RESUMO

O presente artigo pretende investigar a atuação que as organizações indígenas, a COICA- Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazônica e a COIAB- Coordenação das Organizações Indígenas da Bacia Amazônica realizam para inserirem as demandas dos povos indígenas nas agendas nacional e internacional, favorecem a proposição da REDD+indígena na produção de políticas que atendam suas demandas. O Movimento Indígena ao apresentar a proposta da REDD+Indígena, primeiramente aponta que, o debate não deve girar somente sobre a redução ou não da emissão de carbono, cujo mecanismo seria uma forma de encobrir, através de um falso mercado de carbono, o modelo de desenvolvimento da sociedade atual. Afirma-se também que, o REDD+ não terá sucesso enquanto não levar em conta que sua base deve ser o reconhecimento e respeito aos territórios, direitos e autonomia dos povos indígenas. Para tanto, buscou-se observar a relação entre a retórica sobre os direitos indígenas e a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas. Em seguida, destaca-se o enfoque ambíguo entre os direitos territoriais indígenas e o mercado de carbono. Para o desenvolvimento deste

¹ Mestrando em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em ciência Política da Universidade Federal do Pará.

² Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e do Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Federal do Pará.

trabalho partiu-se da abordagem teórica analítica com aporte da teoria do reconhecimento, que nos permite construir os referenciais que nos indique as estratégias das duas organizações na região Amazônica.

Palavras-chave: *Movimento Indígena; Novos Direitos; REDD+ Indígena.*

ABSTRACT

This paper aims to investigate whether the performance possibilities that indigenous organizations, COICA-Coordinadora de las Organizaciones de la Cuenca Indigenous Amazon and COIAB-Coordination of Indigenous Organizations of the Amazon Basin have to insert the demands of indigenous peoples agendas national and international favor the proposition of REDD + in the production of indigenous policies that meet your demands. The Indigenous Movement in presenting the proposal from REDD + Indigenous firstly points out that the debate should not revolve solely on the reduction or no carbon emissions, which mechanism would be a way of covering up, using a false carbon market, the model development of modern society. It is also claimed that REDD + will not succeed until you take into account that the base should be the recognition and respect of the territories and rights of indigenous peoples autonomy. Therefore, we attempted to observe the relationship between the rhetoric on indigenous rights and the lack of an effective system of rules to protect the rights and interests of Indigenous peoples. Then highlight the ambiguous approach between indigenous territorial rights and the carbon market. To develop this work started from the theoretical approach with analytical contribution of theory of recognition, which enables us to construct the benchmarks indicate that the strategies of the two organizations in the Amazon region.

Keywords: *Indigenous Movement, New Rights, Indigenous REDD +.*

INTRODUÇÃO

O Movimento Indígena por meio de suas organizações na região Pan-Amazônica, utiliza os arranjos institucionais possíveis para influenciarem na inclusão de suas demandas na agenda dos Estados Nacionais e/ou agências internacionais.

A relevância dos estudos sobre movimentos sociais tem seu lugar no tratamento reservado às populações indígenas. Scherer-Warren aponta esta possibilidade ao afirmar que:

A sociedade civil organizada do novo milênio tende a ser uma sociedade de redes organizacionais, de redes interorganizacionais e de redes de movimentos e de formação de parcerias entre as esferas públicas, privadas e estatais, criando novos espaços de governança com o crescimento da participação cidadã (2006, pg. 15).

Estas considerações ganham maior evidência, ao inserir-se num contexto impulsionado pelos estudos das novas democracias que vêm surgindo desde os anos 1970, a primeira delas em 1974, em Portugal, denominada "revolução dos cravos". Ali houve o início de uma grande onda histórica, que passou pela Sul da Europa nos anos 70, e pela América Latina nos anos 1980, cujas últimas manifestações se encontram nas mudanças políticas recentes da Europa Oriental (1989) e da União Soviética (1991).

A esse respeito, Francisco Weffort argumenta que:

As "novas democracias" são democracias em construção, nas condições políticas de um processo de transição que

tornou inevitável uma mistura com importantes heranças do passado autoritário. Estão em construção também nas circunstâncias criadas por uma época de crise social e econômica que acentua a influência de situações de desigualdade social extrema bem como de crescente desigualdade social. Em tais circunstâncias, novas democracias estão tomando formas institucionais peculiares que colocam mais ênfase na delegação do que na representação (ou na participação) (1992, pg. 1).

As "minorias sociais" passam a almejar uma participação mais efetiva diante do novo cenário que vai se desenhando em face do modelo de lutas por direitos, pelo reconhecimento de suas culturas e da própria existência como coletivos.

Segundo Pinto (2011), a filosofia política contemporânea traz fecundas discussões a partir das visões liberais e comunitárias, e, apesar de ambas as correntes divergirem quanto à compreensão das sociedades plurais acreditam na possibilidade de um ideal de justiça adequadas a esta pluralidade.

Os liberais defendem a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna que coexiste numa sociedade plural, priorizando certa neutralidade estatal por meio de promoção social que limitem a soberania popular. Os comunitaristas indicam a multiplicidade de identidades sociais culturalmente específicas e historicamente referidas, cuja prioridade da soberania popular se deve a participação ativa dos cidadãos na vida pública.

Pensar as minorias num Estado monocultural, tornou-se uma tarefa árdua. O entendimento do pluralismo jurídico passou a ser visto como uma relação de dominação e resistência, que significa algo como os paradigmas legais dominantes

fixando parâmetros para as normas e práticas legais dos subordinados (PINTO, 2011, pg. 2).

O movimento indígena por sua vez, cria condições por meio de suas articulações em rede instituindo uma agenda global comum entre os diversos países, guardada as suas especificidades, com a inclusão de demandas comuns.

Desta forma, pretendem ganhar espaços nas arenas decisórias, para sair de uma invisibilidade para uma visibilidade política, capaz de dialogar como um novo ator no cenário político contemporâneo.

1. TEORIA DO RECONHECIMENTO

Algumas linhas da política contemporânea gravitam sobre as demandas de reconhecimento de grupos considerados subalternos, como por exemplo, o movimento feminista, gay, negro e indígena, chamados novos movimentos sociais. Estas manifestações trazem em si um avanço na noção política de diferença, caracterizando um aprendizado democrático para tratar com a diversidade no mundo atual.

Na discussão sobre reconhecimento, a teoria crítica implicou na inclusão de categorias que permitissem explicar mais adequadamente as novas formas de luta política e de mobilização cultural que ampliaram os sentidos da emancipação e configuraram atualmente os dilemas e os desafios das democracias contemporâneas.

Abandonaram-se necessariamente as orientações emancipatórias presas ao paradigma produtivista e se estabeleceu um diálogo entre a crítica da sociedade e concepções normativas preocupadas com questões de justiça política e social, com a dinâmica política de esferas públicas autônomas, com a participação da sociedade civil e com as lutas por reconhecimento (em que estão envolvidos os dilemas criados por diferenças culturais, orientação sexual, gênero, raça etc.), ou seja, âmbitos de conflitos

sociais que requerem uma reflexão renovada sobre a moral, a política, e o direito (MELO, 2010).

O tema do reconhecimento é uma categoria central para uma teoria crítica da sociedade em que se vive neste momento. O debate entre alguns pensadores é intenso e, cada um a seu modo intenta compreender a sociedade atual.

No contexto do debate sobre reconhecimento é importante inserir-se a luta das populações indígenas que, em busca da efetivação de seus direitos garantidos constitucionalmente, se movimentam para se tornarem visíveis diante do Estado e da sociedade. O cenário indica a necessidade de políticas que garantam, a partir das estratégias do Movimento Indígena, a inclusão destes novos atores sociais no diálogo mais participativo com a sociedade nacional.

O processo de luta dos povos indígenas na sociedade moderna pode ser compreendido como em permanente tensão, para obterem o diálogo em direção à construção de alternativas baseada em uma solidariedade a partir de uma rede ampla e coletiva organizacional com base no território e da vida plena de cada comunidade, de cada pessoa, na infinidade de rios, bacias hidrográficas, países, línguas e culturas em oposição ao modelo de desenvolvimento econômico atual pela sociedade envolvente.

Neste sentido, a abordagem de Axel Honneth (2003) é relevante quando destaca o que chama de terceira dimensão do reconhecimento, a comunidade de valores ou solidariedade. Em outros termos, esta dimensão ocorre no domínio das relações de solidariedade. O trecho a seguir traz esta afirmativa:

Para poderem chegar a uma auto-relação infrangível, os sujeitos humanos precisam, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma estima social que lhes permita referir-se positivamente a suas propriedades e capacidades concretas. (p. 198).

A filosofia política contemporânea vem assistindo a um acirrado debate em torno da noção de reconhecimento (NETO 2011). E sem dúvida, Axel Honneth é considerado o atual representante da teoria crítica da Escola de Frankfurt.

A elaboração dos argumentos de Honneth para sua teoria do reconhecimento, parte da atualização dos argumentos de Hegel e Mead. Ao construir sua teoria social, afirma que o conflito é intrínseco tanto dos próprios sujeitos quanto à formação da intersubjetividade.

Contrariando o pensamento de Hobbes e de Maquiavel, que apontavam o conflito sob a lógica da auto conservação dos indivíduos, Honneth sugere que o conflito deve-se a uma luta moral, posto que a organização da sociedade é conduzida por obrigações intersubjetivas. A esse respeito afirma que:

São as lutas moralmente motivadas de grupos sociais, sua tentativa de estabelecer institucional e culturalmente formas ampliadas de reconhecimento recíproco, aquilo por meio do qual vem a se realizar a transformação normativamente gerida pela sociedade (p. 156).

Então, estabelece três princípios integradores, cujas dimensões são: as ligações emotivas fortes que se concretizam através das relações de amor; a adjucação de direitos que se definem pelos princípios morais universalistas; e o por último no domínio das relações de solidariedade.

A busca por meio do movimento indígena da consolidação e manutenção pelo que as populações indígenas compreendem o que é o bem viver é atravessada pelo desrespeito, rebaixamento e humilhações nas relações de contato com a sociedade nacional.

Não obstante, o autor aponta algumas formas de desrespeito: as que afetam a integridade corporal dos sujeitos, e por sua vez, a autoconfiança; a recusa de direitos que aniquila a possibilidade do auto respeito, gerando no sujeito o sentimento de não possuir o *status* de igualdade; além da referência negativa ao valor de certos indivíduos e grupos, que por sua vez afeta a autoestima dos mesmos.

Tais formas de desrespeito, segundo Honneth, impedem a realização do indivíduo e liberam impulsos que motivariam lutas sociais já que evidenciariam o obstáculo imposto por outros atores sociais, desde que, o contexto político e cultural fosse favorável.

O autor chama atenção para os conflitos intersubjetivos por reconhecimento, pois estes são fundamentais para o desenvolvimento moral da sociedade e dos indivíduos e são iniciados por situações de desrespeitos vivenciadas no cotidiano desses grupos.

Toda relação emocional negativa que vai de par com a experiência de um desrespeito de pretensões de reconhecimento contém novamente em si a possibilidade de que a injustiça infligida ao sujeito se lhe revele em termos cognitivos e se torne o motivo de resistência política (p. 224).

As organizações indígenas têm por base a identidade étnica e o caráter associativo, assim, buscam seu espaço nas arenas decisórias reivindicando o seu reconhecimento, como protagonistas de sua história. Portanto, sua presença embora invisível para alguns segmentos da sociedade nacional pretende reafirmar o seu caráter

vital em torno de suas demandas enquanto povo diferenciado em sua relação harmônica com a natureza para evitar padrões de injustiça social.

Desta forma, os problemas e interesses em comum aproximam os diversos atores na arena decisória, neste quadro a coalizão torna-se evidente na disputa pelos recursos disponíveis a partir de relações tensas.

As demandas reivindicadas pelo Movimento Indígena na região amazônica nos remetem às considerações de Nancy Fraser (2000) quando esta afirma que as demandas por reconhecimento são relativamente recentes na sociedade contemporânea. Segundo a autora, as demandas fariam parte de um processo de evolução da sociedade capitalista a qual denomina por “era-socialista”.

O esforço desta autora em tornar a temática do reconhecimento é relevante para o esclarecimento dos conflitos políticos atuais. Demandas por reconhecimento estão na base de lutas raciais, étnicas, nacionalistas de gênero e sexuais. A questão da identidade grupal é apontada com maior interesse de mobilização política deixando em segundo plano as questões de classe no final do século XX.

Longe da redução da desigualdade econômica, Fraser pretende que a teoria crítica do reconhecimento consiga responder tanto as questões nos aspectos simbólicos e culturais quanto os redistributivos econômicos.

No enfrentamento com os diversos segmentos da sociedade nacional os povos indígenas buscam estabelecer no cenário democrático atual, novas regras que possibilitem algum tipo de equilíbrio nas relações de poder, que permita a construção e efetividade de seus direitos, passos necessários para que a cidadania possa se tornar realidade.

Na concepção de Fraser ao abordar a paridade participativa ela se preocupa com o desenho institucional, que envolve as normas e as regras que organizam as instituições públicas, e somente será justo na medida em que todos os segmentos da

sociedade sejam eles majoritários ou de grupos minoritários, tenham a possibilidade de participar de maneira igualitária na formulação das regras.

Ao esclarecer que seu modelo moral de reconhecimento não invalida reivindicações de justiça econômica, estabelece a possibilidade de criar um regime de paridade participativa onde há a necessidade de condições objetivas e subjetivas.

Por condições objetivas, a autora as compreende como sendo aquelas que excluem níveis de dependência econômica e desigualdade, que por sua vez impedem a igualdade de participação. Por condições subjetivas para a igualdade de participação, exige-se a necessidade de padrões institucionalizados de valores culturais que expressem igual respeito por todos os participantes e garanta oportunidade igual para que cada qual alcance a estima social (CASTRO, 2010).

Fraser ao afirmar que as injustiças se constituem de duas dimensões, uma econômica ou de classe e outra cultural ou de status, e observa que as condições subjetivas e objetivas consideram o aspecto econômico, assim como, o aspecto cultural de justiça, contudo não pretende que reduzam um ao outro. Nas palavras da autora:

Longe de ocuparem esferas separadas, injustiça econômica e normalmente estão imbricadas, dialeticamente, reforçando-se mutuamente. Normas culturais enviesadas de forma injusta contra alguns são institucionalizadas no Estado e na economia, enquanto as desvantagens econômicas impedem participação igual na fabricação de cultura em esferas públicas e no cotidiano. O resultado é frequentemente um ciclo vicioso de subordinação cultural e econômica (p, 251).

Como bem coloca Jessé Souza (2001), Fraser ao abordar as injustiças simbólicas e econômicas considera que a primeira é causada por padrões sociais de auto-representação, interpretação e comunicação e o resultado deste tipo de injustiça repousa na hostilidade, invisibilidade social e o desrespeito que a associação de interpretações ou estereótipos sociais reproduzem na vida cotidiana ou institucional. Tal comportamento implicaria num prejuízo da autoestima de indivíduos e grupos os quais são produzidos por processos intersubjetivos.

E por sua vez, a injustiça econômica tem um enraizamento na divisão social do trabalho, assim como, na estrutura político-econômica de uma sociedade, cujo resultado deste tipo de injustiça seria a marginalização, a pobreza e a exploração.

O Movimento Indígena ao orientar-se sob o contexto do pluralismo jurídico pretende seu reconhecimento como povos com direitos e significados sociais distintos da sociedade envolvente e busca um diálogo que possibilite um lugar nas questões de justiça das sociedades contemporâneas.

Neste cenário, Michael Walzer (2003), considerado como importante pensador da corrente comunitarista das teorias da justiça, discute alguns pontos da teoria do reconhecimento para se pensar uma teoria da justiça.

Sua contribuição reside em alguns aspectos fundamentais, um deles se deve à definição da justiça distributiva a partir do conceito do bem, onde a comunidade se associa para produzir, dividir e compartilhar e mesmo intercambiar os bens sociais.

De acordo com Antônio Fernandes (2000), Walzer propõe uma teoria pluralista segundo a qual não existem princípios universais de justiça distributiva, uma vez que não há possibilidade de encontrar um critério universal de distribuição de bens, pois nos mais diversos lugares existem mecanismos distintos de distribuição de bens que são produzidos pelas distintas comunidades sociais.

E por esse motivo, chama a atenção de que os princípios de justiça são em si mesmo plurais, nos quais os bens sociais por serem distintos merecem uma distribuição distinta e que as diferenças derivam de um entendimento compartilhado da história e cultura dos membros das sociedades humanas. Para Walzer os bens sociais são nada mais que o produto dos significados sociais de acordo com a especificidade histórica e cultural dos membros de uma comunidade.

Outro aspecto relevante do pensamento pluralista de Walzer reside na sua proposição de uma igualdade complexa cuja sociedade não deve se limitar a uma esfera, como a econômica, mas sim a diversas, como a educação, amizade, solidariedade. Ele compreende a igualdade complexa sob a ausência de dominação ou tirania na distribuição dos bens sociais.

Sendo os bens sociais possuidores de significados sociais, a justiça distributiva se dá através da interpretação do significado de cada bem social. Com efeito, cada bem ao encontrar-se numa esfera distributiva, busca-se o princípio interno a cada esfera distributiva.

E a comunidade ao partilhar os valores que produz um bem social, constrói princípios distributivos constituindo dessa maneira, uma esfera de justiça que pretenda ser autônoma. Desta forma, nenhum poder político pode desconsiderar o bem social construído sob determinado valor pela comunidade.

A presença do Estado como o fórum privilegiado para a avaliação coletiva e reconhecimento das práticas culturais fica nítida sob a ênfase que Walzer deposita na comunidade política como o espaço de avaliação das demandas de reconhecimento da pertença cultural.

Esta afirmação aproxima-se com a forma determinada de se conceber os parâmetros que devem orientar a convivência justa entre os diferentes grupos sociais (COSTA & WERLE, 2000).

As populações indígenas inseridas numa relação assimétrica de poder possibilitam a teoria política contemporânea acenar para a análise e compreensão da desigualdade social e as diferenças étnicas e culturais. Walzer a partir da igualdade complexa e a autonomia distributiva como os pilares de sua teoria da justiça pretende viabilizar a integridade das esferas de distribuição dos bens sociais.

O sistema constitucional a partir de 1988 reconhece o Estado como pluriétnico e garante o direito à diferença. Entram em ação os “novos direitos” que equivalem aos direitos territoriais, culturais e direitos à auto-organização que, no entanto, os avanços na legislação, não se traduzem em uma cidadania efetiva.

Com efeito, a análise das lutas do Movimento Indígena, em especial da América Latina, não pode ignorar o tratamento dado pela Teoria do Reconhecimento às novas formas de luta política e de mobilização cultural que ampliaram os sentidos da emancipação e configuraram atualmente os dilemas e os desafios da democracia contemporânea.

3. RETÓRICA DOS DIREITOS INDÍGENAS E A INSUFICIÊNCIA DE UM SISTEMA EFETIVO DE LEIS

A relação entre a retórica sobre os direitos indígenas e a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas num primeiro momento, surge como um abismo profundo.

No âmbito internacional, temos a Convenção 169 da OIT, adotada pelo Estado brasileiro em junho de 1989 e em vigor em setembro de 1989, bem como, a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas adotada em setembro de 2007.

Já no plano nacional a Constituição de 1988, traz o artigo 231 que dispõe sobre os deveres incondicionais do Poder Público no que diz respeito ao demarcar, proteger e

fazer respeitar os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, onde reconhecem os direitos à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios e sua condição de pessoa humana.

Ocorre que, não houve de fato o atendimento da metodologia de implementação da CLPI- Consentimento Livre Prévio e Informado de forma vinculante, em consulta com os povos indígenas.

Faz-se necessário observar que o Estado brasileiro é signatário de tratados e acordos internacionais tendo como uma de suas prerrogativas não ferir ou ameaçar as garantias estabelecidas nos tratados e acordos estabelecidos. O constrangimento é posto, no entanto, o Brasil segue institucionalmente favorecendo alguns segmentos da sociedade nacional em detrimento das garantias constitucionais das populações indígenas.

Como afirma o jurista José Afonso da Silva (1999), temos “a insuficiência de um sistema de normas efetivas para proteger os direitos e interesses dos povos indígenas”, o que nos remete aos dizeres de Assis (2006), onde “apesar das conquistas promulgadas na Constituição de 1988, a questão das terras indígenas, continua a ser o núcleo da crise entre, os povos indígenas, o Estado brasileiro, e outros atores sociais, requerendo do movimento indígena atenção constante”.

As relações entre as populações indígenas e os Estados Nacionais são caracterizadas pela tendência em manter a invisibilidade destes povos, obstruindo diversas possibilidades de reconhecimento por parte da sociedade envolvente.

A respeito de um tipo de invisibilidade, o estudo de Bruce Miller (2003) no livro “Invisible Indigenes: the politics of recognition”, reflete com clareza alguns aspectos distintos da política de não reconhecimento no que se refere aos povos indígenas, ao qual se nomeia de *invisibilidade étnica e legal*.

Como exemplo, observa que o não reconhecimento de povos indígenas no Canadá e nos Estados Unidos da América apresenta-se na forma de mecanismos estatais em rejeitar demandas dos povos indígenas, cujo maior resultado significa apagar a diversidade étnica no interior das fronteiras nacionais.

Ao considerar as argumentações de Miller, Cristhian Teófilo (2007) retoma a discussão feita por este autor em seu trabalho intitulado “The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of indigenes from a brazilian perspective”, retomando as questões sobre invisibilidade e a política de não reconhecimento a partir de uma perspectiva brasileira.

Sua argumentação consiste em complementar àqueles fornecidos por Miller no sentido de compreender o não reconhecimento de índios invisíveis sob a ótica de fenômenos heterogêneos relacionados a preceitos legais em contextos nacionais distintos.

A relação entre os Estados Nacionais e os Índios é invariavelmente tensa. Na região Amazônica o investimento massivo do Estado e das empresas privadas foi calcado em um modelo de desenvolvimento predatório para a região que trouxe consequências às gerações futuras de mudanças socioculturais, ambientais em alguns casos desastrosas (LOUREIRO, 2011; PONTE, 2010; SIMONIAN, 2002; BECKER, 2005).

No enfrentamento com o Estado e os diversos segmentos sociais, os povos indígenas buscam estabelecer no cenário democrático atual, novas formas de relacionamento e construção de alianças com atores sociais políticos e institucionais que possibilitem algum tipo de equilíbrio nas relações de poder, que permita a construção e efetividade de seus direitos, passos necessários para que a cidadania possa se tornar realidade.

O associativismo indígena, mediante a formação de organizações, tem sido uma das estratégias que os povos indígenas têm adotado como meio de uso do esforço comum de defesa de seus territórios, defesa dos recursos naturais, do direito à educação e saúde, assim como, de suas línguas e culturas, conforme o previsto na CF 1988 (Capítulo II – Dos Direitos Sociais: artigos 6º ao 11º).

O processo de organização dos povos indígenas em busca de seus direitos vem se estabelecendo desde os anos 1970, se constituindo no que passou a ser chamado de Movimento Indígena, e se intensificando em toda a Pan-Amazônia. No Brasil, a Constituição de 1988, ao declarar nosso Estado como um país pluricultural passou a se orientar por um novo paradigma, o princípio da diferença com base no art. 231¹.

Diante deste novo cenário, criou-se um novo horizonte para os segmentos que tinham seus direitos limitados, o vislumbre de outra forma de relação com o estado com ampliação da prática e noção de cidadania. Para os indígenas representa o reconhecimento da diversidade das organizações sociais e o direito originário sobre as terras onde vivem. Alcançar tais direitos exige desses povos, a prática política mediante o processo organizativo.

O Movimento Indígena da Amazônia brasileira por meio da COIAB-Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira tem como uma de suas estratégias, possibilitar a articulação entre as organizações locais e de base e os diversos fóruns e eventos coletivos de caráter regional e nacional tais como a Assembleia Geral da COIAB, o evento Abril Indígena realizado em Brasília na Praça

¹ São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

dos Três Poderes, nos quais são discutidas as problemáticas que afetam estas populações e as alternativas para garantir a defesa de seus povos e territórios;

O movimento indígena tem buscado a participação nas arenas decisórias para poder incluir na agenda nacional e internacional suas demandas por Políticas de Reconhecimento, no interior dos Estados Nacionais e também no Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas, tais como, direito dos povos indígenas, mulheres indígenas, globalização, biodiversidade, mudanças climáticas. Tais demandas buscam também sua inserção nos ODM's (Objetivos de Desenvolvimento do Milênio), cujas metas com prazos e indicadores estabelecidos são almejadas por diversos órgãos de direitos humanos e programas, fundações e agências da ONU¹.

¹Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) surgem da Declaração do Milênio das Nações Unidas, adotada pelos 191 estados membros no dia 8 de setembro de 2000. Criada em um esforço para sintetizar acordos internacionais alcançados em várias cúpulas mundiais ao longo dos anos 90 (sobre meio-ambiente e desenvolvimento, direitos das mulheres, desenvolvimento social, racismo, etc.), a Declaração traz uma série de compromissos concretos que, se cumpridos nos prazos fixados, segundo os indicadores quantitativos que os acompanham, deverão melhorar o destino da humanidade neste século. Os Objetivos do Milênio estão sendo discutidos, elaborados e expandidos globalmente e dentro de muitos países. Entidades governamentais, empresariais e da sociedade civil estão procurando formas de inserir a busca por esses Objetivos em suas próprias estratégias. O esforço no sentido de incluir vários desses Objetivos do Milênio em agendas internacionais, nacionais e locais de Direitos Humanos, por exemplo, é uma forma criativa e inovadora de valorizar e levar adiante a iniciativa. Concretas e mensuráveis, os 8 Objetivos – com suas 22 metas (24 no Brasil) e 48 indicadores – podem ser acompanhadas por todos em cada país; os avanços podem ser comparados e avaliados em escalas nacional, regional e global; e os resultados podem ser cobrados pelos povos de seus representantes, sendo que ambos devem colaborar para alcançar os compromissos assumidos em 2000. Também servem de exemplo

No âmbito nacional apresentam demandas às agências estatais, como a FUNAI, INCRA, IBAMA, FUNASA, assim como ao MPF- Ministério Público Federal que tem sido as mediadoras das relações entre índios/Estado/atores sociais, e institucionais. Em relação à comunidade internacional as demandas são apresentadas em fóruns, coordenados por organismos internacionais como a OEA- Organização dos Estados Americanos e a ONU- Organização das Nações Unidas, e o FPQI- Fórum Permanente das Nações Unidas sobre Questões Indígenas, sob a forma de relatórios, denúncias sobre o retrocesso e ameaça da efetivação de seus direitos.

Outra importante estratégia do Movimento Indígena se faz mediante mobilizações, com vistas às ações de protesto, marchas, plantões, formação de alianças, coalizões e as parcerias com diversos atores sociais (estatais ou não estatais) em escalas regional, nacional e internacional no enfrentamento de diversos segmentos da sociedade envolvente, tais como, setores do agronegócio, madeireiro, mineração, energético e mesmo as decisões de governo como no caso brasileiro, a PEC 215/200²

e alavanca para a elaboração de formas complementares, mais amplas e até sistêmicas, para a busca de soluções adaptadas às condições e potencialidades de cada sociedade. Meta 1 erradicar a pobreza extrema e a fome; Meta 2 atingir o ensino básico universal; Meta 3 promover a igualdade entre os sexos e autonomia das mulheres; Meta 4 reduzir a mortalidade infantil; Meta 5 melhorar a saúde materna; Meta 6 combater o HIV/AIDS, a malária e outras doenças; Meta 7 garantir a sustentabilidade ambiental; Meta 8 estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. Informações disponibilizadas no site www.objetivosdomilenio.org.br.

² Inclui dentre as competências exclusivas do Congresso Nacional a aprovação de demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e a ratificação das demarcações já homologadas; estabelecendo que os critérios e procedimentos de demarcação serão regulamentados por lei. (www.camara.gov.br).

que traduz os interesses partidários do poder colocando em riscos direitos assegurados pelos instrumentos jurídicos nacionais e internacionais.

A estratégia de coalizão entre os diversos atores nas arenas decisórias demonstram o grau da relação de forças estabelecidas na disputa pelos recursos disponíveis entre os diversos segmentos da sociedade envolvente e os povos indígenas.

Assis (2006), chama atenção que as associações indígenas brasileiras, seja individualmente ou através da COIAB-Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira, têm possibilidades de se articular com outras organizações, tais como a CNPI-Conselho Nacional de Política Indigenista, a FOIRN-Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro e a APOINME- Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Nordeste Minas Gerais e Espírito Santo, e atores internacionais em busca de apoio, ou mesmo sensibilizar os organismos internacionais favorecendo ou inspirando a produção de políticas de desenvolvimento para as comunidades indígenas e influir na modernização das políticas indigenistas produzidas pelo Estado brasileiro.

Outro destaque na agenda do Movimento Indígena se deve à proposta Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação (REDD). A REDD parte da ideia de incluir na contabilidade das emissões de gases de efeito estufa aquelas que são evitadas pela redução do desmatamento e a degradação florestal. Hoje o conceito foi ampliado e é conhecido como REDD+, se refere à construção de um mecanismo, ou uma política, que deverá contemplar formas de prover incentivos positivos aos países em desenvolvimento que tomarem uma ou mais das seguintes ações para a mitigação das mudanças climáticas: Redução das emissões derivadas de desmatamento e degradação das florestas; Aumento das reservas florestais de carbono; Gestão sustentável das florestas; Conservação florestal.

4. DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS E O MERCADO DE CARBONO

Os conflitos fundiários na América Latina, e especialmente na Pan-Amazônia, revelam que a posse da terra é caracterizada por um alto grau de incerteza. A contínua ambiguidade em relação ao acesso e aos direitos de propriedade da terra e dos recursos florestais tem contribuído para os conflitos sociais na região (MAY, etc. e al, 2011).

Sem dúvida, as Terras Indígenas é um dos pontos centrais dos direitos constitucionais das populações indígenas. A exigência da demarcação é uma das bandeiras de luta por seus direitos assegurados pela Constituição, assim como na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. O território é a primeira demanda dos povos indígenas, sua garantia condiciona outras dimensões, a educação, a saúde, etc.

Ultimamente, uma das maiores preocupações da humanidade tem sido a discussão repeito das mudanças do clima. Segundo Irigaray (2010), a esse respeito:

O alerta de cientistas renomados quanto aos riscos e impactos associados às mudanças do clima não é novidade no meio científico e acadêmico há mais de duas décadas, o que há de novo nesse tema é o fato de que ele finalmente ganhou projeção pública, não tanto pelo esforço dos cientistas que estão conseguindo traduzir suas equações em linguagem acessível, nem tanto pela divulgação do Painel Intergovernamental do IPCC, que alcançou grande repercussão, mas principalmente pela constatação que o leigo já pode fazer: o clima está realmente mudando e as consequências são drásticas (p. 10-11).

Considerado um problema global, as emissões de carbono têm sido apontadas como a de maior influência para o aquecimento global. As emissões provocadas pela queima de combustíveis fósseis surgem como a que mais provoca o aquecimento, contudo, é o desmatamento e a degradação das florestas que está atualmente no centro das discussões como fontes de emissão de gases do efeito estufa em escala global.

Como caso emblemático, a Amazônia é alvo do debate e desperta a preocupação de diversos atores associando o seu destino ao presente e ao futuro do planeta. O hegemônico modelo de desenvolvimento econômico atual é bastante questionado, e a mudança de paradigma tem suscitado novas leituras e construções sobre as estratégias de enfrentamento dos desafios diante das mudanças do clima.

Entre os diversos processos de diálogo no cenário internacional com temáticas distintas, os povos indígenas têm participado, e sobre as mudanças climáticas não tem sido diferente. Na América Latina, e em especial a região Pan-Amazônica vem sendo afetada por meio do investimento massivo do Estado e das empresas privadas calcado em um modelo de desenvolvimento predatório para a região. Não obstante, atividades do agronegócio, mineradoras e hidrelétricas são fontes de emissão de gases de efeito estufa e contribuem para agravar o quadro de mudanças climáticas e escala global.

Para o enfrentamento deste problema global, entrou na discussão o P. S. E. - Pagamento por Serviços Ecológicos prestados pela floresta, considerado como um mecanismo de natureza econômica. A inserção do P. S. E. tem se mostrado como alternativa de valorização da floresta em pé, lógica inversa do atual modelo de desenvolvimento, neste sentido, o REDD seria uma das formas de P. S. E. para contribuir na economia de baixo carbono.

4.1. Redução de Emissões pro Desmatamento e Degradação/REDD

A REDD é a sigla em inglês que significa a Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação. A REDD parte da ideia de incluir na contabilidade das emissões de gases de efeito estufa aquelas que são evitadas pela redução do desmatamento e a degradação florestal (IPAM). Na COP 13, realizada em Bali, Indonésia, foi discutido que as ações de REDD deveriam envolver: redução de emissões provenientes do desmatamento e da degradação florestal nos países em desenvolvimento; conservação florestal; manejo sustentável das florestas e, aumento dos estoques de carbono das florestas nos países em desenvolvimento.

Desta forma, o conceito foi ampliado e é conhecido como REDD+, A junção dessas quatro ações define hoje o que se conhece por REDD *plus* (REDD+) (CENTRO DE GESTÃO E ESTUDOS ESTRATÉGICOS, 2011).

4.2. Proposta REDD+ Indígena

A COICA ao participar de diversos processos de diálogo no cenário internacional, com temáticas distintas, orienta-se por meio da Agenda Indígena Amazônica (AIA), cujos objetivos estratégicos se conduzem pela defesa dos direitos territoriais e coletivos dos povos indígenas e sua livre determinação para implementar os “Planos de Vida Plena” que tem como escopo o equilíbrio sustentável entre a natureza, sociedade cultura e espiritualidade.

A construção da proposta dos povos indígenas da Amazônia, a REDD+ Indígena, consiste em responder ao enfrentamento de mecanismos internacionais de propostas de Pagamentos por Serviços Ambientais (P. S. A.) e projetos como REDD+ (Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação), aos quais acreditam poder afetar os direitos dos povos indígenas.

Segundo a COICA, a REDD + Indígena é uma iniciativa que busca valorizar a integralidade dos serviços ecossistêmicos das florestas e dos territórios indígenas,

que vai além da captura de carbono, das áreas com maior ameaça de desflorestamento e convida a adotar uma visão integral e abrangente para incluir outros bens e serviços pelas florestas.

A REDD + Indígena pretende ser uma contribuição para a construção do mecanismo REDD +, que não só pretende priorizar a conservação e manejo das florestas e territórios para as suas vidas, mas incentiva a cooperação e propõe alternativas para fazer frente às mudanças climáticas com a participação equitativa dos povos indígenas e dos países industrializados.

Com a orientação técnica da WWF e com a colaboração de diversos parceiros, a sua primeira versão da sua declaração política foi apresentada em Copenhague, na COP-15 em 2009. A segunda versão foi aprovada na Bolívia em 2010. Em 2011, foi submetida na I Cuimbre Regional em Manaus e aprovada em Quito no fim deste mesmo ano, e apresentada em Durban, na COP 17.

A proposta de REDD+ indígena contém três eixos principais: promover as funções ecossistêmicas das florestas por meio de uma gestão holística dos territórios indígenas; reduzir a pegada ecológica global; e reduzir e controlar os vetores do desmatamento e da degradação florestal na floresta amazônica.

Para a COICA, as principais características da proposta REDD+ Indígena e as condições para sua implementação como mecanismo de combate às mudanças climáticas se devem a:

- Um marco legal que respeite os direitos indígenas, onde a demanda territorial atendida durante o processo REDD+ e suas fases de planejamento, preparação e implementação, bem como, pressuposto assinado pelos Estados e Fundos globais sobre REDD+. Tal normativa deve ser pertinente para regular os

condutores do desflorestamento e degradação em coerência com os objetivos da redução de emissões;

- Mudanças institucionais que permitam a participação indígena nas principais instâncias de decisão sobre o mecanismo REDD+, possibilitando o funcionamento de mesas REDD+ Indígena autônomas, e em diálogo com a sociedade civil;

- Salvaguardas com características sociais: consolidação dos direitos sociais dos povos indígenas; aplicação de normas para assegurar políticas e fundos públicos que garantam segurança territorial, assim como consentimento livre, prévio, informado e vinculante sobre políticas, estratégias e projetos de REDD+ conforme a C169 e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos; regulação e validação de distribuição equitativa de benefícios; respeito e respaldo das iniciativas REDD+ Indígena e não só das REDD's convencionais. Salvaguardas com características ambientais: respeitar o valor intrínseco das florestas, fortalecer a integralidade dos serviços ecossistêmicos e não só do carbono; avaliação e regulação estratégica de todos os vetores de desmatamento e degradação, em especial das indústrias e extrativas e megaprojetos;

- Monitoramento dos aspectos ecossistêmicos e culturais de forma efetiva e orientada à resultados, com metas geograficamente mensuráveis e com métodos de “macro-medição” para verificar a redução de emissões, a conservação de serviços ecossistêmicos, e a promoção de equidade e interculturalidade.

- Um mecanismo financeiro regulado, equitativo e transparente, o financiamento REDD+ Indígena seria originado de múltiplas fontes, tais como, um mecanismo financeiro público, regulado, equitativo e transparente

que não dependa de mercados de créditos de carbono e que assegure a regulação pública sobre operadores de REDD+. Não obstante, visa a igualdade no trato das iniciativas de REDD+ Indígena frente às de REDD+ convencionais. Apresentaria múltiplos instrumentos, tais como: um fundo de REDD+ indígena, bônus estatais, impostos específicos de estado imposto sobre a pegada ecológica, fundos não reembolsáveis provenientes de entidades filantrópicas que queiram investir em responsabilidade social e ambiental e fundo de cooperação bilateral ou multilateral.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas da importância da participação das populações indígenas nas arenas decisórias e a contribuição das proposições da Democracia Participativa em busca de novas regras que possibilitem algum tipo de equilíbrio nas relações de poder, que permita a construção e efetividade de seus direitos, passos necessários para que a cidadania possa se tornar realidade. Também, é necessário destacar que o tema do reconhecimento é uma categoria central para uma teoria crítica da sociedade contemporânea.

Diante de tal relevância, insere-se a luta das populações indígenas em busca da efetivação de seus direitos garantidos constitucionalmente. O cenário indica a necessidade de políticas que garantam, a partir das estratégias do Movimento Indígena, a inclusão destes novos atores sociais no diálogo mais participativo com a sociedade nacional. Sob a luz da Teoria do Reconhecimento é possível verificar o grau de inclusão desses atores neste processo tenso.

Como podemos observar, de maneira breve, até que ponto, podemos afirmar que tais estratégias possibilitam a inserção das demandas das populações indígenas na

arena decisória e favorecem a produção de políticas que atendam as suas demandas, existem avanços e retrocessos.

No plano jurídico, temos legislações razoáveis que dão visibilidade às populações indígenas e reconhecem seus direitos. No âmbito internacional, instrumentos jurídicos importantes foram responsáveis pela inserção de diversas demandas destas populações. No caso da América Latina, e em especial do Brasil, encontramos legislações em certa medida avançadas, com pontos considerados bastante animador.

A redemocratização do país possibilitou a presença mais visível do segmento indígena em vários fóruns na busca da escuta, da resolução de suas demandas, de um novo papel social no processo de conquista gradativa de direitos, em vista da história de confronto ao longo do processo de formação do estado nacional, no qual os povos indígenas têm recebido um tratamento que varia de acordo com os interesses econômicos e políticos do momento.

Alguns mecanismos institucionais contribuem para a efetivação ou não das demandas destas populações. Esperamos que de fato possamos sair de um discurso de inclusão e passemos para efetivação das prescrições contidas nos documentos oficiais que contemplam as garantias das populações indígenas. As populações indígenas e a sociedade envolvente necessitam buscar mecanismos que possam agilizar os preceitos legais garantindo os direitos indígenas que as sociedades democráticas e plurais defendem para uma vida com dignidade e respeito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMAZÔNIA, Instituto de Pesquisa Ambiental Da. Indígenas de nove países aprofundam discussão sobre REDD + Indígena e preparam-se para Conferência do Clima. Disponível em www.ipam.org.br

ASSIS, Eneida Corrêa de. *Direitos Indígenas num Contexto Interétnico*: quando a democracia importa/ Eneida Correa de Assis. – Rio de Janeiro, RJ: [s.n], 2006. Orientador: Marcelo Jasmin.Tese (Doutorado) – Instituto Universitário do Rio de Janeiro – IUPERJ.

BRASIL, República Federativa. *Constituição de 1988*. Capítulo II – Dos Direitos Sociais: artigos 6º ao 11º. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

CASTRO, Susana de. *Nancy Fraser e a teoria da justiça na contemporaneidade*. Revista on line do GT de Pragmatismo e Filosofia Norte-americana, Ano 2, número 2, 2010. Capturado no site

http://www.gtpragmatismo.com.br/redescricoes/redescricoes/ano2_02/1_castro.pdf em junho de 2012.

COSTA & WERLE. Reconhecer as diferenças: liberais, comunitaristas e as relações raciais no Brasil. L. Avritzer & J. M. Domingues (orgs.), *Teoria Social e Modernidade no Brasil*. Belo Horizonte, Ed. da UFMG (versão prévia em *Novos Estudos Cebrap*, nº 49, 1997, pp. 159-180).

FERNANDES, José P. T. Revista RI: Relações Internacionais, nº 9 Março (2006): 129-149. Disponível em:

http://www.ipfbernandes.com/docs/Multiculturalismo_e_Seguranca_Societal.pdf.

FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao Reconhecimento?* Dilemas da Justiça na Era Pós-Socialista In SOUZA, Jessé (org.) *Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Ed. UnB, 2000, p. 245-282.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. Tradução de Luis Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IRIGARAY, Carlos T. J. H. *Pagamento por serviços ecológicos e o emprego do REDD na Amazônia*. Direito e mudanças climáticas: serviços ecológicos. LAVRATTI, Paula & PRESTES, Vanêsa B. (org.) – São Paulo: Instituto o Direito por um planeta verde, 2010. (Direito e Mudanças Climáticas; 1) 130 p.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky . *Desenvolvimento, meio ambiente e Direito dos Índios*: da necessidade de um novo ethos jurídicos. Revista Direito GV, v. 6, p. 503-526, 2011.

MAY. P. H. Millikan, B. e Gebara, M.F. 2011. *O contexto de REDD+ no Brasil*: determinantes, atores e instituições. Publicação ocasional 62. CIFOR, Borgor, Indonesia.

MILLER, Bruce. *Invisible Indigenes*: the politics of recognition. 2003.

MELO, Rúrion. *Autonomia, justiça e democracia*. Novos estud. - CEBRAP nº 88 São Paulo Dec. 2010.

NETO, José A. Carmuça de Araújo. *A categoria do reconhecimento na teoria de Axel Honneth*. Argumentos, ano 3, nº5-2011. Disponível em <http://www.filosofia.ufc.br/argumentos/>

PINTO, Simone Rodrigues. *Reflexões sobre pluralismo jurídicos e direitos indígenas na América do Sul*. In Revista Sociologia Jurídica nº 6. Disponível em www.revistasociologiajuridica.com Capturado em 25/09/11.

PONTE, Zuleide Pamplona Ximene. *Amazônia, desenvolvimento, modernidade e barbárie*. Tese de Doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, UFPA, 2010.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Das mobilizações às redes de movimentos sociais*. Sociedade e Estado. v. 21, nº 1 Brasília jan/abr. 2006.

SIMONIAN, Lígia. *Mulheres e sustentabilidade na Amazônia*. Rev. Estud. Fem. vol.10 nº1. Florianópolis Jan. 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo>

SILVA, Crísthian Teófilo da. *The astonishing resilience: ethnic and legal invisibility of indigenes from a Brazilian perspective*. VIBRANT-Virtual Brazilian Anthropology, v4, n2, July to December. Brasília, ABA, 2007.

WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003- (Coleção justiça e direito).

WEFFORT, Francisco. *Novas democracias. Que democracias?*. Lua Nova no.27 São Paulo Dec. 1992. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>

**O ESTRANHAMENTO DA EDUCAÇÃO JURÍDICA A PARTIR DA
IMPLEMENTAÇÃO DA TURMA PARA BENEFICIÁRIOS DA REFORMA
AGRÁRIA: A NECESSIDADE DE UMA UNIVERSIDADE ITINERANTE
E DA MOBILIDADE JURÍDICA**

Ricardo Prestes Pazello*

Ana Cláudia Milani e Silva**

Felipe Balotin Pinto**

Igor Augusto Lopes Kobora**

Naiara Andreoli Bittencourt**

RESUMO

Este artigo visa ao estudo crítico das características da educação jurídica na universidade brasileira a partir da metodologia do estranhamento da academia, com o objetivo de afirmar a necessidade de sua transformação. Para tanto, problematizar-se-á a construção pedagógica da faculdade de Direito, buscando desvelar seu significado político e social por meio da defesa de uma alteração das estruturas acadêmicas de modo a propor um modelo que conjugue Universidade Popular e Universidade Itinerante. A partir da experiência das escolas itinerantes fundadas por movimentos sociais do campo afirma-se a possibilidade concreta da aplicação de métodos pedagógicos libertários e coletivos. Por fim, em contraposição ao modelo de educação

posto sugere-se, como faísca de abalo e transformação da universidade, a implementação de uma turma específica para assentados e beneficiários da reforma agrária, problematizando os possíveis estranhamentos e choques culturais, sociais e pedagógicos com a academia jurídica tradicional.

Palavras-Chave: *Educação jurídica; universidade popular; movimentos sociais; beneficiários da reforma agrária; pedagogia da alternância.*

ABSTRACT

This article aims at the critical study of the legal education characteristics in the Brazilian university making use of the methodology of estranging the academy. The objective is to affirm the necessity of its transformation. Therefore, the pedagogical construction of the Law School will be problematized, aiming at unveiling its political and social meaning through the defense of an alteration of the academic structures, so as to propose a model which combines Popular University and Itinerant University. From the experience of the itinerant schools established by field social movements, it is asserted the concrete possibility of applying libertarian and collective pedagogic methods. At last, in opposition to the education model in force it is proposed, as a spark of shock and transformation of the university, the implementation of a specific class for settled and beneficiaries of the land reform, problematizing the possible strangeness and cultural, social and pedagogical clashes with the traditional Law academy.

Keywords: *Legal education; popular university; social movements; beneficiaries of the land reform; pedagogy of alternation*

* Professor de Antropologia Jurídica do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

** Estudantes do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR) e integrantes do Programa de Iniciação à Docência – 2012, disciplina de Antropologia Jurídica.

INTRODUÇÃO

O estudante de direito certamente se depara com um espelho a cada dia que frequenta os bancos universitários: enxerga-se em seus professores e ao enxergar-se estranha seu mundo. Desde as vestes e a linguagem até a posição social, muita coisa muda a partir do primeiro dia de aula. No entanto, não basta percebê-lo, é preciso problematizá-lo.

No texto coletivo que apresentamos aqui, resultado das discussões que envolveram professor e estudantes de antropologia jurídica no Programa de Iniciação à Docência de 2012, da Universidade Federal do Paraná, percepção e problematização se conjugam, tendo por fio condutor uma metodologia de estranhamento daquilo que nos é mais natural no ambiente acadêmico do curso de direito: a educação jurídica.

Buscando uma apreciação crítica sobre seu desenvolvimento histórico e sua caracterização em termos epistemológicos e pedagógicos, nossa reflexão se volta para a análise da experiência da turma especial de direito, lastreada pelo legado educacional dos movimentos sociais. Daí o resgate das obras de Álvaro Vieira Pinto, Paulo Freire e Roberto Kant de Lima, as quais podem nos servir de uma espécie de “antropologia da academia”. Por outro lado, as escolas itinerantes, nesse sentido, serão nosso principal apoio referencial interpretativo, com a finalidade de erigir uma conseqüente reflexão acerca da necessidade de uma universidade itinerante que, de um lado, ponha a nu as contradições de nossa educação superior e jurídica, em especial, apresentando a plausibilidade da superação destas por meio do horizonte de uma universidade popular, construída pelo protagonismo das classes hoje despossuídas do poder político, econômico e cognitivo, em nossa realidade social.

Estranhar o que conhecemos e nos estranharmos por não conhecermos aquilo que pode nos colocar ante a superação de nossas contradições é o grande objetivo deste texto.

1. A EDUCAÇÃO JURÍDICA E SUA POUCA ESTRANHA HISTÓRIA

A reforma universitária é questão antiga na América Latina, na qual – embora eventualmente nos esqueçamos – o Brasil se inclui. Sobre o tema, cabe lembrar as reflexões suscitadas por Álvaro Vieira Pinto e Darcy Ribeiro, as quais, embora da década de 1960, permanecem gravemente atuais. Ainda que o objeto e o objetivo de suas propostas sejam mais amplos que o do presente trabalho, é de se notar o quanto suas críticas podem contribuir para nossas ponderações. Sobretudo em dois pontos, quais sejam, o acesso à universidade e o modo como as faculdades de direito, às quais restringiremos nossa análise, reproduzem seus conhecimentos.

Detenhamo-nos em Álvaro Vieira Pinto. No tocante aos estudantes, Vieira Pinto não trata somente daqueles que estão na universidade. A reforma deve se preocupar com os alunos que não puderam ingressar nela, mais do que com aqueles que compõem o quadro discente. Reflete sobre os que “não-são-ainda”, que historicamente não são,¹ mas que em breve o serão. E se, como defende o autor de “A questão da universidade”, são os estudantes os principais responsáveis pelas mudanças, indispensável que haja, portanto, uma maior abertura das instituições neste sentido.

Quanto à problematização do modo de ensino, nos é difícil avaliar outras realidades. Mas, especificamente no curso de graduação em direito, as críticas de outrora permanecem, razão pela qual nos ocupamos de um estranhamento deste centro

¹ Nas palavras de Darcy Ribeiro, a universidade traz “seu caráter ‘elitista’ expresso na limitação das oportunidades de ingresso, seja através da política de *numerus clausus*, vigente em algumas universidades” (RIBEIRO, Darcy. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969, p. 93).

de reprodução de conhecimento. E não se pode aceitar que nossas faculdades de direito estejam caminhando de maneira impecável. Muito embora partamos de nossa realidade na UFPR, sem qualquer óbice nossa reflexão, que tratará de uma possibilidade de mudança local, poderia ser generalizada para os demais cursos jurídicos.

Desde uma perspectiva mais ampla, Álvaro Vieira Pinto explica como os objetivos das universidades brasileiras, no início, são (ou deveriam ser) diferentes dos objetivos atuais, quando elas já não se justificam como apenas um local para manutenção dos interesses de um pequeno grupo. O objetivo não é perpetuar o conhecimento que se legitima porque “posto”. E uma reforma em maior escala teria uma inevitável finalidade política.¹ (À medida que não temos pretensão de adentrar em uma discussão tão ampla, limitamo-nos a uma questão que pode servir de centelha para a transformação em nossa faculdade de direito.)

E isso porque, em sua explicação, é uma virtude da classe dominante, no Brasil, ter forjado a idéia de universidade no século passado. Todavia, não é por isso que este projeto deva ser mantido intacto. Pelo contrário, este instrumento de “comando ideológico da classe dirigente”² deve hoje servir a outros fins.

Tais críticas no sentido de reforma vêm de décadas, o que não significa dizer que haja muita mudança ocorrendo. As faculdades de direito, ou de ciências jurídicas, fazem parte desse bloco que não recebe alterações. Empreendendo o estranhamento da “pedagogia” adotada, se é que (em muitos dos momentos) se pode chamar assim, constata-se que não houve muita mudança. Tradicional (e supostamente indefectível) é o relato de professor que entra na sala com um código e uma lista de chamada nas mãos. O mestre abre o código e os alunos, os cadernos (atualmente, os computadores).

¹PINTO, Álvaro Vieira. *A questão da universidade*. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986, p. 14-19.

²PINTO, Álvaro Vieira. *A questão da universidade*. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986, p. 25.

O professor começa a ler os artigos propostos para aquela aula, fazendo comentários “doutrinários” sobre cada um deles. Os alunos, por sua vez, anotam detalhadamente as palavras do professor – afinal, estas serão as únicas respostas consideráveis no momento da avaliação.

São apresentadas aos alunos questões puramente abstratas, de um direito que é descolado da sociedade. Com esta abordagem, teórica e especulativa, na qual não há menção a estatísticas e pesquisa de campo, o direito, que deveria surgir do social – para então o servir –, quase sempre se mostra surgindo do próprio direito.

Na contramão da lição de pedagogia de Paulo Freire, não há qualquer esforço de trazer “palavras”, no caso, situações, do próprio universo dos alunos. Ao contrário, preferem-se situações pensadas em abstrato que deslindem de modo a justificar um ponto de vista.

Aparenta ter sido assim nos últimos quase duzentos anos, nos quais existiu nossa faculdade de direito. O bacharel, para portar este título, tem como obrigação estar presente às aulas (afora quando se institui o ideário do ensino livre) e responder as provas conforme as narrações de seus eloquentes lentes, hoje professores.

Mormente, a apresentação que se dá nas salas de aula reduz o direito à pura legalidade, o que, segundo Roberto Lyra Filho, já representa a dominação ilegítima. Além disso, a “identificação entre Direito e lei pertence (...) ao repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessariam as contradições (...) não havendo Direito a procurar além ou acima das leis”.³

Os relatos de que a “educação jurídica” se dá dessa forma, portanto, não são recentes – e não dão indícios de uma mudança drástica e próxima. Entretanto, como

³LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 7ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 09-12.

uma mudança não vem unicamente de dentro, parece-nos que existem possibilidades de que forças “exteriores” criem faíscas, resultando ebulição. Ao menos é o que se espera para que saíamos de uma inércia secular.

Serve como exemplo, também, o relato do antropólogo Roberto Kant de Lima, que, comparando suas experiências acadêmicas, assim descreveu o ensino na sua graduação em direito, cursada de 1964 a 1968:

no curso de Direito a didática se resumia a aulas expositivas dadas pelos professores de maneira bastante formal, sendo bastante claro para todos os meus colegas que a profissão de advogado, sua técnica, deveria ser aprendida em estágios, à época informais, em escritórios de advocacia, obtidos mediante recomendações pessoais. À faculdade restava o papel de formar bacharéis, constituindo-se o diploma em requisito necessário mas não suficiente para a prática da advocacia. O verdadeiro aprendizado ficava por conta de mecanismos, processos e práticas informais a serem socialmente (e não tecnicamente) aprendidos. Assim, opunham-se relações distantes e formais com os professores à interação intensa e informal com colegas de curso e com profissionais da área.¹

¹LIMA, Roberto Kant de. *A antropologia da academia*: quando os índios somos nós. Petrópolis: Vozes; Niterói: UFF, 1985, p. 16-17.

Ora, não parece ter havido muita mudança de metodologia nas últimas quatro décadas. O ensino continua sendo encarado, predominantemente, como meio para que se obtenha o fim, a prática, e não como meio de reflexão e crítica.

É da “valiosa” tradição “alienar-se” o tripé (hoje constitucionalizado!) que não permitiria dissociar a extensão e a pesquisa do ensino, o qual se restringe às exposições monológicas e leituras de textos que trazem, mais detalhadamente, o que foi reproduzido pelo professor em sala. Em outras palavras, trata-se de uma faculdade que se baseia unicamente no “ensino”, renegando (quando se analisa o todo) o tripé que se sustenta somente com “pesquisa” e “extensão”.

Este ensino “aulista” parece se ajustar, tal qual chave e fechadura, no conceito de “educação bancária” de Paulo Freire, para quem este modelo tradicional – ao qual se deve ter aversão – faz com que os professores encarem os alunos como consciências vazias, como vasilhas a serem completadas. Resta aos alunos, nestas condições, receber, memorizar. Chegado o momento de avaliação, caberia aos alunos repetir o que foi “depositado”. O “conhecimento”, no momento em que é necessário reproduzir o que lhes fora narrado, não é buscado em livros ou revistas, mas sim nos mesmos cadernos nos quais consta cada vírgula do discurso do “educador”.²

A análise de Paulo Freire parece nos fazer uma crítica direta, no sentido de que resta aos estudantes, já bastante passivos, serem ainda mais apassivados e adaptados ao mundo: “Quanto mais adaptados, para a concepção ‘bancária’, tanto mais ‘educados’, porque adequados ao mundo. Essa é uma concepção que, implicando numa prática, somente pode interessar aos opressores que estarão tão mais em paz,

²FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 78.

quanto mais adequados estejam os homens ao mundo. E tão mais preocupados, quanto mais questionando o mundo estejam os homens.¹”

Ou ainda, conforme retomou em outro livro, apenas para cristalizar a idéia, esta técnica de ensino revela “uma falsa concepção do *como* do conhecimento, que aparece como resultado do ato de depositar conteúdos em ‘consciências ocas’. Quanto mais ativo seja aquele que deposita e mais passivos e dóceis sejam aqueles que recebem os depósitos, mais conhecimento haverá.”²

3. POR QUE OS MOVIMENTOS SOCIAIS SÃO ESTRANHOS À UNIVERSIDADE?

É importante, ainda que sucintamente, salientar os motivos pelos quais a universidade, especialmente seu braço jurídico, se manteve, e ainda se mantém, tão distante de promover mudanças sociais significativas. Podemos começar a pensar através da seguinte pergunta: qual a função da universidade na sociedade brasileira? Afinal, está consumado o belo discurso do saber universitário que emancipa? Ou que, pelo menos, traz proveito para o cidadão? Ressalta-se que tal discurso tem conseqüências ainda mais candentes quando se trata das universidades públicas, financiadas com dinheiro do contribuinte. Por fim, indaga-se: a quem serve a universidade brasileira?

Sabe-se que neste país grassa de modo ainda pungente uma grotesca concentração de renda na mão de poucos enquanto que o grosso da população luta por condições de vida que contemplem algum conforto. Outros tantos, menos afortunados, engalfinham-se contra o *status quo* pelos elementos básicos de subsistência.

¹ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 73.

² FREIRE, Paulo. *Extensão ou comunicação?* 8 ed. Tradução de Rosisca Darcy de Oliveira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985, p. 46.

Estranhamente, as reivindicações desses cidadãos, principalmente os que se encontram em situação mais periclitante, ainda que organizados através de associações e entidades das mais diversas, não encontram ressonância no meio universitário para o seu grito por visibilidade e mudança. Vale dizer, percebe-se nas universidades, e notoriamente nos cursos jurídicos, uma total falta de eco para as reivindicações dos movimentos sociais. Uma impenetrabilidade tal que os relega não dificilmente de um mero farfalhar oriundo de realidades incômodas para uma invisibilidade absoluta. A questão, somando-se à aludida anteriormente, nos leva a uma nova indagação: como explicar este perfil da universidade brasileira frente aos movimentos sociais?

Segundo Álvaro Vieira Pinto, em sua obra intitulada “A questão da universidade”, em que pese ter a universidade brasileira surgido tardiamente em comparação com os países da América espanhola, ela surge com um papel bem definido: perpetuar o poder da classe dominante no Brasil.³ Seu escopo, ao contrário do poderia parecer, não é produzir conhecimento que aproveite à sociedade e sim servir de instrumento de manutenção da posição social privilegiada de uma determinada classe social. A benesse social, destarte, seria mero efeito colateral de uma ação voltada para a alimentação do *status quo*.

Todavia, para o bom andamento de nossa reflexão, é necessário tornar nítido o *modus operandi* universitário, ou seja, o que constitui o seu verdadeiro quefazer. Diz Vieira Pinto que, para manter a dominação de classes, a universidade cria teorias, instrumentos argumentativos, institui uma pedagogia especialmente para adular as aspirações da classe dominante enquanto que, em troca, esta apóia as universidades financeiramente de modo ativo.⁴ Nesta seara, o corpo docente, ao menos em uma

³ PINTO, Álvaro Vieira. *A questão da universidade*. São Paulo: Cortez/Autores Associados, 1986, p. 25

⁴ Ibidem, p. 25

perspectiva de conjunto, seria um grupo de intelectuais produtores de um saber que não visa a melhorias para a condição de vida da sociedade; tais intelectuais produzem um conhecimento que justifica o poderio de sua classe de origem ao passo que permanece silente diante dos desmandos dela.¹

Mas ainda há mais: de acordo com o autor, há de se prestar especial atenção quanto ao discurso de que a universidade não produz; de que nela não se trabalha ou não se estuda o suficiente. Ledo engano, adverte Vieira Pinto. Sob a aparência de ociosidade, a universidade consegue escamotear justamente a sua real produtividade; esta sim, muito menos evidente e muito mais funcional, que é a de colaborar com a dominação.² A universidade também apresenta uma “função cartorial”³ ao monopolizar o direito de dizer quem é realmente o detentor de um conhecimento publicamente reconhecido, tal qual se dá com a outorga do grau de doutor. Também, diz o autor, a instituição em comento não se furta de usar concessões como válvulas de escape para os “surto de consciência”⁴ da classe dominada. Isto quer dizer que, para arrefecer os ânimos de uma população historicamente oprimida, a universidade facilita a entrada daqueles que, normalmente, jamais teriam condições de frequentar os bancos do ensino superior, sem, entretanto, deixar de cooptá-los para a ideologia dominante. Aqui, podemos fazer um paralelo com os ensinamentos de Paulo Freire, para quem o desafio brasileiro não é simplesmente emancipar o oprimido. Isto porque a emancipação, tal como se pensa comumente, está ligada à ideia de ser como o dominador. Emancipar-se, neste contexto, significa nada mais que tornar-se opressor,

passar simplesmente para o outro lado.⁵ Assim, a verdadeira libertação é romper com esta contradição, rompendo a lógica que alimenta as relações sociais predatórias que lhe são subjacentes.

Por fim, retornando a Vieira Pinto, a universidade é quem cria homens e mulheres para ocupar a elite política do país⁶ e procede àquilo que talvez seja um dos mais importantes elementos de alienação social que é ditar o que é válido em termos de cultura e o que não é. Neste último ponto, o autor frisa o fato dos intelectuais valorarem positivamente um saber, que não por coincidência é o seu próprio, em detrimento de outros saberes, estes ditos populares. Através dessa distinção, destacam-se entre os componentes da sociedade através do monopólio de um saber específico e tido como o melhor ao mesmo tempo que relegam ao ostracismo cultural o saber das massas oprimidas.⁷

Podemos concluir com Vieira Pinto dizendo que o principal objetivo da universidade não é pedagógico e sim político; trata-se de justificar a dominação;⁸ e a solução deste problema passa longe das discussões sobre reformas de caráter pedagógico, entendidas pelo autor como embusteiras, mas sim pela mudança da essência universitária alienante.⁹ Como salienta ele, a primeira pergunta que se deve fazer para refletirmos sobre uma mudança de postura universitária é *para quem* serve a universidade¹⁰ e neste ponto podemos voltar nosso percurso teórico para os movimentos sociais: diante de todo o exposto fica evidente o porquê da universidade

⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, p. 35

⁶ PINTO, Álvaro Vieira. *A questão da universidade brasileira*. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986, p. 31

⁷ Ibidem, p. 37

⁸ Ibidem, p. 15

⁹ Ibidem, p. 15

¹⁰ Ibidem, p. 71

¹ Ibidem, p. 27

² Ibidem, p. 27

³ Ibidem, p. 28

⁴ Ibidem, p. 29

se portar de modo indiferente à insurgência dos movimentos sociais. Estes são fundamentalmente anti-hegemônicos. Resta explicada, portanto, a invisibilidade dos movimentos sociais e sua impenetrabilidade na universidade.

E é assim de modo mais cruento na faculdade de direito. Reacionária quase que por natureza, em alguns casos com seu *campus* isolado de todos os outros cursos da universidade, a faculdade de direito ostenta a insígnia do conservadorismo e do elitismo. Como lugar de estudo das normas postas e impostas, é um celeiro de retroalimentação do *status quo*. E neste instante podemos recuperar os ensinamentos de Roberto Kant de Lima, quando desenvolve uma “antropologia da academia”. Em seu estudo, já lembrado acima, o autor compara sua vivência acadêmica em solo estadunidense com a que teve em terras brasileiras. Seu dizer é sobre como se estuda em Harvard mas pode ser facilmente transposto para a realidade de uma faculdade de direito brasileira, na qual grassa fortemente uma padronização que não visa a somente acometer a forma do trabalho acadêmico e o pensar, mas também a padronizar a ideologia disseminada de acordo com a mentalidade da classe dominante. Trata-se, *mutatis mutandis*, do que Boff e Hathaway – e junto deles muitos outros –, em relação à expansão desmedida do pensamento cartesiano ocidental, chamaram de monocultura do saber.¹

Não é trabalhoso perceber que os movimentos sociais são a antítese do que se prega na universidade brasileira. Suas aspirações colidem de modo violento com a política que lhes é imposta como um tijolo atirado em suas cabeças. Suas culturas possuem diferenças marcantes, suas experiências são diversas, suas gêneses oriundas da opressão e da indiferença plasmaram uma consciência de si próprios e de mundo peculiares; sua necessidade de emancipação é premente e, quando sobe as escadarias

da universidade, é vista como uma verdade incômoda cuja solução mais comum é a de se “fingir que não viu”. Temos, então, de pensar que tipo de universidade podemos conceber quando a imaginamos, por óbvio de modo não exclusivo, *para* os movimentos sociais. E neste ponto é oportuno nos voltarmos para o que eles têm para nos ensinar. Neste sentido, a experiência dos movimentos sociais pode nos ajudar a compreender melhor a universidade que buscamos.

4. FAMILIARIZANDO-SE COM O ESTRANHO: A EXPERIÊNCIA DAS ESCOLAS ITINERANTES E SUA PEDAGOGIA DA ALTERNÂNCIA

Ao tratarmos da Universidade Popular e da necessidade da superação da educação relacionada à reprodução dos mecanismos de dominação socioeconômica, temos que conceber como uma perspectiva de sua transformação e de seu questionamento a própria relação com os movimentos sociais e com as classes trabalhadoras. Levantamentos que hoje são colocados principalmente a partir do protagonismo estudantil e da criação de formas insurgentes dentro da universidade, justamente através do estreitamento dos laços com os movimentos populares.²

Tais focos de resistência e contestação, representados principalmente pela iniciativa estudantil por meio da pesquisa crítica e da prática transformadora em projetos extensionistas, além da ampliação de mecanismos (ainda limitados) de democratização do ensino superior, como as cotas sociais e raciais, determinam a visualização concreta das contradições da universidade nutrida pela luta de classes e impulsionam as iniciativas dialógicas com a classe trabalhadora organizada em

¹ BOFF, Leonardo; HATHAWAY, Mark. *Tao of liberation*. New York: Orbis Books, 2009, p. 50

² NOVAES, Henrique T. *Reatando um fio Interrompido: a relação universidade-movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

movimentos, absorvendo seus elementos pedagógicos e seus acúmulos potenciais transformadores.

Isto porque, segundo Caldart, os movimentos sociais são autênticos sujeitos coletivos pedagógicos por produzirem sujeitos sociais e políticos a partir do “estar em movimento” na luta pela própria humanidade, gerando a dialética educativa e sua relação com a dinâmica social. Ou seja, fazem educação com base nos elementos materiais da vida e da formação humana, em que “o princípio educativo por excelência está no movimento mesmo, no transformar-se transformando a terra, as pessoas, a história, a própria pedagogia, sendo essa a raiz e o formato fundamental de sua identidade pedagógica”.¹

Assim, cabe retomar a reflexão de Paulo Freire de que a produção do ser humano como sujeito se potencializa quando o oprimido percebe sua condição através do processo de consciência educativa e determina seus esforços para tentar deixar de sê-lo.² E nessa luta incessante pela libertação e humanização, os movimentos sociais populares – e aqui se destaca o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – percebem que a prática sem reflexão e formação libertária não solidifica um novo sistema de sociedade que ultrapasse as conquistas pontuais para uma real emancipação coletiva. Para tanto, novas bases educacionais, fundadas em novos valores pedagógicos, sociais e políticos surgem como uma necessidade de apreensão da realidade da totalidade e de sua transformação.

Nesse contexto histórico, precisamente em 2004, são construídas as primeiras experiências educativas do MST em escolas básicas próprias nos acampamentos de ocupações rurais, as chamadas escolas itinerantes. As condições materiais instáveis

presentes num acampamento e a proximidade da localização das moradias implicam necessariamente uma maior integração do trabalho para a superação dos conflitos e resolução dos problemas.³ Assim também se fez necessário avançar na consciência social e pedagógica baseada na coletividade e solidariedade das crianças, jovens ou qualquer trabalhador acampado, excluídos e expropriados não somente da terra e trabalho, mas principalmente dos direitos educacionais. As escolas itinerantes não dependem de um espaço físico, mas são fundadas na construção cultural do povo que a construiu, acompanhando-o independentemente do processo contínuo de expulsão da terra.⁴

Entretanto, a formação de escola popular do MST, para cumprir com seus objetivos previstos, não poderia simplesmente reproduzir o sistema educacional bancário, em que os homens são vistos como seres de adaptação e ajustamento a fim de dominação.⁵ Deveria, portanto, revolucionar concretamente a base de aprendizado através da “educação popular problematizadora” proposta por Freire, de concepção dialógica e dialética, assumindo um compromisso de classe e renegando a pretensão de neutralidade.

Dessa forma, a escola itinerante é composta por uma série de princípios, matrizes e métodos pedagógicos que possibilitam a superação das relações e

¹ CALDART, Roseli Salete. *Pedagogia do Movimento Sem Terra*. São Paulo: Expressão Popular, 2004. p. 328

² FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

³ BAHNIUK, Caroline. “Educação, trabalho e emancipação humana: um estudo sobre as escolas itinerantes dos acampamentos do MST”. Em: *Cadernos da Escola Itinerante*. Santa Maria-RS: MST, Ano II, número 3, abril de 2009.

⁴ GEHRKE, Marcos; GREIN, Maria Izabel. “Escola itinerante no desafio da luta pela reforma agrária”. Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, Ano I, número 2, outubro de 2008.

⁵ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005 p. 69

compreensões fragmentadas e almejam a construção de sujeitos sociais e políticos críticos e transformadores, através da junção de prática e teoria.

Por isso, como primeiro e central fundamento da escola itinerante está sua relação e incorporação com a vida concreta. São as práticas cotidianas das vivências dos educandos que funcionam como temas geradores para a percepção da totalidade, utilizando dos elementos materiais, refletindo teoricamente sobre eles e retornando para o concreto propondo uma ação prática transformadora. Consequentemente, a vida real dos trabalhadores tem como aspecto fundamental o trabalho, e é a partir daí que a escola se estrutura, vez que é o trabalho que condiciona a existência humana e estabelece as relações com o mundo e com outros homens de forma a conformar determinado modo produtivo. Assim, o trabalho não alienado e cooperativo é potencialmente educativo e serve de fator estrutural para as modificações das relações de dominação,¹ exigindo profunda reflexão sobre como se organiza o trabalho atualmente e questionando sobre outro modo organizativo que seja socialmente útil e democraticamente dividido.

Outro aspecto derivado das relações conceituais e teóricas com a realidade é a interdisciplinaridade do conhecimento, em que não há uma fragmentação artificial que compartimentaliza o aprendizado e cerceia a capacidade de compreensão da completude. Ou seja, na prática não existem divisões disciplinares que tratam do mesmo objeto de forma isolada, desconsiderado seu aspecto total, mas sim a partir do objeto concreto se extraem simultaneamente todas as informações e problematizações teóricas que dele surjam, analisando-o num contexto que o abrange. Na mesma toada estão as formas avaliativas não punitivas, mas de impulso ao aprendizado coletivo e cotidiano, em que o educando não deve “provar” que adquiriu ou decorou determinada

¹ Como eixos teóricos fundamentais nessa construção são utilizadas as pedagogias russas de Anton Makarenko e M. M. Pistrak.

informação, mas sim sua capacidade de interpretação e compreensão para a resolução de problemas diários.

É possível ainda elencar e relacionar outros três princípios da gestão da escola popular: a coletividade e solidariedade pautadas na auto-organização dos estudantes e a participação e intervenção dos acampados (comunidade) em sua perene construção. A coletividade, segundo Makarenko, “é um grupo de trabalhadores livres, unidos por objetivos e ações comuns, organizados e dotados de órgãos de direção, de disciplina e responsabilidade. A coletividade é um organismo social em uma sociedade humana saudável”.² Dessa forma, a coletividade exige simultaneamente disciplina, unidade e participação democrática que possibilitam a eficácia da resolução de desafios e demandas sociais. Na escola, entretanto, para que haja a real democracia participativa e o interesse dos educandos pela escola e sua construção, a auto-organização estudantil autônoma torna-se pressuposto para a formação de sujeitos sociais que se reconheçam como protagonistas da história³, aprendendo a coordenar, ser coordenado, criticar, autocriticar-se e propor uma real alteração pedagógica e estrutural da escola,⁴ bem como seu conteúdo e seu método. Consoante a essa percepção, Pistrak afirma que a revolução nesse modelo escolar é a de que “as crianças não se preparam para se tornar

² ITERRA. *Cadernos do ITERRA*. Veranópolis-RS: Instituto de Educação Josué de Castro, nº 9, 2004.

³ CAMINI, Isabela. “Escola itinerante dos Acampamentos do MST: um contraponto à escola capitalista?”. Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, Ano II, número 3, abril de 2009, p. 130

⁴ GEHRKE, Marcos; GREIN, Maria Izabel. “Escola itinerante no desafio da luta pela reforma agrária”. Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, Ano I, número 2, outubro de 2008.

membros da sociedade, mas já o são, tendo já seus problemas, interesses, objetivos, ideais, já estando ligadas à vida dos adultos e do conjunto da sociedade”.¹

Por fim, ressaltamos o caráter que exalta a pluriculturalidade, o reconhecimento e a aceitação dos educandos e educadores. Isso porque não implica uma tentativa de homogeneização cultural através da massificação de conteúdos, mas sim através da igualdade substancial e do poder decisório coletivo em que se respeitem as diferenças e se acolham as crianças e trabalhadores que já foram marginalizados ou discriminados no sistema educacional tradicional, seja por sua classe, cultura camponesa, etnia ou mesmo pela representação midiática hegemônica que banditiza a luta social.

Obviamente que todos os princípios anteriormente destacados ainda encontram limitações na aplicação da totalidade da escola, a qual ainda se depara com entraves de implementação por diversos motivos, como: a ingerência do poder público regulador que domina o campo e os moldes da educação brasileira e cerceia tais iniciativas; a propositividade de novos valores ainda não realizáveis em sua completude justamente pelo império do sistema político e econômico desigual; as dificuldades materiais e de financiamento; dentre outros.

Entretanto, buscamos trazer esses pontos de uma concepção educacional do campo proporcionada pelas lutas organizadas dos movimentos sociais essencialmente por evidenciar a possibilidade concreta e palpável de um modelo de educação libertadora, a fim de contrapor, estranhar e desnaturalizar o modelo de educação tradicional hegemônico, aqui focado no ensino universitário, principalmente a educação ofertada nas faculdades de direito.

Como anteriormente travado, pode-se perceber o embate explícito de princípios e valores pedagógicos, como a coletividade da educação popular frente o individualismo e a competitividade do ensino bancário e mercantilizado, a aproximação com a realidade social totalizada frente à abstração teoricista e compartimentalizada, o saber crítico e questionador frente à reprodução vazia de informações desconectas, a democracia participativa e a auto-organização dos educandos frente às instâncias não participativas, burocratizadas e a negação da intervenção estudantil presentes na universidade tradicional.

Mesmo reconhecendo que a educação tem profunda reciprocidade e papel de manutenção do *status quo* hegemônico, de forma que seu caráter atual é fundado especificamente para moldar a internalização e legitimação de hierarquias sociais, não se pretende anunciar uma reforma universitária sem a respectiva alteração estrutural, econômica e política que a subordina. Contudo, fazem-se necessárias iniciativas de protagonismo estudantil vinculado com as classes populares que fomentem o questionamento e o abalo do modelo de educação posto, fazendo do “uso alternativo da universidade” a evidenciação de suas contradições e sua constante apropriação pelo povo.

Propomos, então, que a implementação de uma turma de direito específica para beneficiários da reforma agrária pode atuar como uma faísca contra-hegemônica na universidade. Daí questionarmos: quais serão os impactos, confrontos pedagógicos e o choque cultural que sofrerá a educação bancária, unitária e massificada a partir da contraposição dos princípios libertários, coletivos e pluriculturais propostos pelos movimentos sociais?

¹PISTRAK, M. M. *Fundamentos da escola do trabalho*. Tradução de Daniel Aarão Reis Filho. São Paulo: Expressão Popular, 2000, p. 42-43

5. ESTRANHANDO O FAMILIAR: O CASO DA TURMA ESPECIAL DE DIREITO

Contestando o modelo de educação superior tradicional, que sustenta a manutenção das relações de dominação existentes na nossa sociedade e de um direito monista que sirva ao sistema econômico capitalista, os movimentos sociais têm proposto formas de ampliação do acesso à universidade. Entre essas propostas localizam-se as turmas para beneficiários da reforma agrária, que traduzem o reconhecimento e a tentativa de superação da desigualdade de acesso à educação para as populações do campo.

O Programa Nacional de Educação na Reforma Agrária (PRONERA), política que possibilita a criação das turmas especiais, é uma conquista dos movimentos populares na busca pela concretização do direito à educação dos povos do campo, resultado da articulação desses movimentos na luta pela valorização da realidade específica do meio rural. A partir desse projeto se configura uma nova abordagem da relação entre o campo e a educação, de modo que o essencial passa a ser a transformação da lógica do acesso ao conhecimento no campo brasileiro, tendo em conta as especificidades desse espaço.

Nesse sentido e atendendo a essas especificidades, são princípios que regem os projetos relacionados ao PRONERA o diálogo, a práxis, a transdisciplinaridade e a equidade.¹ As turmas especiais devem levar em conta a diversidade cultural relativa ao campo e o acesso ao conhecimento sistematizado e ao avanço técnico e científico para o desenvolvimento das áreas de reforma agrária. Faz-se necessária, portanto, a utilização de um modelo pedagógico alternativo, diverso daquele aplicado pelo ensino

¹ GONÇALVES, Eloísa Dias. *Assentados na universidade: o direito à educação a partir da Turma “Evandro Lins e Silva”*. 2011. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Monografia), 2011, p. 101

superior tradicional e que resgate as formulações dos movimentos sociais quanto a um projeto de educação popular.

Tal projeto de educação carrega em si um horizonte de transformação da realidade, o que exige uma nova maneira de se produzir conhecimento, em que se reformulem criticamente os conteúdos e a forma dessa produção. Essa busca passa necessariamente pelo questionamento/denúncia do velho ensino “bancário”, em que o aluno é tido como um recipiente vazio onde deverá ser depositado o conhecimento, e proposição/anúncio de uma relação dialética de aprendizagem, de troca de conhecimentos entre um educador-educando e um educando-educador.² Uma tal educação libertadora permite que o aluno camponês atue na transformação da realidade ao invés de se adaptar e se acomodar a ela, o que ocorreria num modelo tradicional de educação, que possui conhecidamente um papel de moldar mentes, enquadrando-as à forma de pensamento da ideologia dominante. Nas palavras de Paulo Freire, “o homem deve ser sujeito de sua própria educação. Não pode ser o objeto dela. Por isso ninguém educa ninguém.”³ Esse é o desafio a que se propõem as turmas para beneficiários da reforma agrária: fazer dos camponeses sujeitos da sua própria formação.

Como forma de alcançar o objetivo a que se propõem, os cursos de formação profissional ligados ao PRONERA devem ainda utilizar a chamada “pedagogia da alternância”, que se caracteriza pela “alternância entre etapas de estudos desenvolvidos nos centros de formação (‘tempo-escola’) com tempos de estudos desenvolvidos na

²Essa relação dialética fundada na troca de saberes parte do pressuposto de que o conhecimento de todos é incompleto e, portanto, há a busca constante pelo aprendizado. Nesse sentido, aquele que se encontra na posição de educador também aprende e aquele que se encontra na posição de educando também ensina, um educando e sendo educado na relação com o outro.

³ FREIRE, Paulo. *Educação e Mudança*. 12º ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1981, p. 14.

comunidade, ou seja, nos assentamentos (‘tempo-comunidade’)¹. A primeira etapa corresponderá a 70% da carga-horária do curso, enquanto a segunda corresponderá a 30%. Dessa maneira, alia-se – de modo complementar – o aprendizado técnico e teórico da Universidade à formação adquirida no interior da comunidade, evitando que os estudantes deixem de ter contato com a realidade do campo e permitindo o retorno dos conhecimentos adquiridos ao assentamento.²

O processo de formação baseado na utilização da pedagogia da alternância se orienta por três princípios: o uso da alternância e de suas ferramentas pedagógicas, a consideração da realidade de vida destes estudantes como fundamento da formação e participação das famílias nesse processo.³ Tanto a técnica dos especialistas quanto a prática dos camponeses são consideradas manifestações culturais relevantes, o que permite valorizar os conhecimentos e a capacidade criadora dos camponeses, que a princípio não são contemplados pela educação formal. Deste modo, torna-se possível aplicar a esse processo de aprendizagem aquilo que Paulo Freire chamava de “síntese cultural”, ação dialógica fundada na investigação de temas geradores e pela qual “os camponeses iniciam uma reflexão crítica sobre si mesmos, percebendo-se como estão sendo”.⁴

A proposta da pedagogia da alternância em sua essência leva a cabo uma radical equidade entre os conhecimentos dos povos do campo e o conhecimento técnico e científico da universidade, proporcionando um redimensionamento da união entre teoria e prática, um quase entrelaçamento, e conseqüentemente um repensar

sobre a divisão intelectual do trabalho. Ao reconhecer como importantes e necessários os conhecimentos advindos da realidade específica do campo, a universidade não pode deixar de apreender também tais conhecimentos e de aprender com as experiências e vivências das comunidades e movimentos, apesar de seu papel formal enquanto difusora do conhecimento científico.

Inclusive, a alternância possibilita uma real implementação extensionista e pesquisadora dos estudantes da turma, que aliado ao ensino concretiza de fato o chamado tripé universitário. Assim, questiona o saber produzido na academia, distante, abstrato e recorrentemente inaplicável na realidade do campo e cego aos abismos gerados pela desigualdade econômica, social e de distribuição do poder. Por isso possivelmente aproximará a teoria da realidade social e fomentará a produção de conhecimentos acadêmicos socialmente úteis e relevantes para a transformação libertadora.

Além da clara contraposição entre um padrão individualista e um padrão comunitário de formação e de aprendizado – pois nas turmas especiais se preza pela comunhão e pela comunicação – ocorre aqui também, como já apontado, a crítica e proposta de reformulação dos conteúdos. Assim, há o esforço constante de superação de uma visão focalista da realidade (que subjuga os detentores do conhecimento técnico a uma representação estreita dos problemas) na medida em que se almeja uma compreensão da totalidade. Da mesma forma, em relação à educação jurídica, da qual aqui tratamos, a proposta de uma turma para beneficiários da reforma agrária produz impacto sobre o seu modelo central, principalmente no que concerne às características de “descontextualização, dogmatismo e unidisciplinaridade.”⁵ (pág. 132) Ou seja, uma

¹GONÇALVES, Eloísa Dias. *Assentados na universidade: o direito à educação a partir da Turma “Evandro Lins e Silva”*. 2011. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Monografia), 2011, p. 101

² Ibidem, p.101.

³ Ibidem, p.39.

⁴ FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. 5º ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981, p. 29.

⁵ MORAIS, Hugo Belarmino de. *Entre a educação do campo e a educação jurídica: a turma especial de Direito da UFG*. João Pessoa: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da

turma especial de direito leva ao estranhamento: do tão famoso encastelamento do ensino jurídico, que, autorreferenciado, mostra-se praticamente apartado da materialidade e da realidade social; da acriticidade e ausência de problematização com que se apresenta o saber jurídico; e da ausência de diálogo entre a ciência jurídica e outros campos do saber, o que se apresenta até mesmo quanto aos próprios ramos do saber jurídico e resulta numa visão particularizante/focalista do conhecimento.

Aliando a educação jurídica à educação do campo, as turmas especiais contestam as bases fundantes daquele modelo central de educação jurídica, pois tornam imperativo o intercâmbio entre o ensino tradicional e a perspectiva de uma universidade popular. Esses dois modelos deverão necessariamente dialogar e, conseqüentemente, o saber tradicional sofrerá os questionamentos trazidos do contexto dos educandos, de modo que se coloca em xeque o próprio Direito. Está em disputa, portanto, não só o modelo de ensino jurídico, mas também os próprios direitos, bem como as concepções acerca do que se entende por direito e por justiça, não cabendo mais a afirmação de um monismo jurídico nesse contexto.

A experiência de uma turma especial de direito é, ao mesmo tempo, meio de democratização do saber jurídico e do acesso à justiça, implicando para a universidade e para o saber acadêmico uma melhor compreensão da realidade do campo brasileiro. Busca-se romper com o enclausuramento da instituição “faculdade de direito”, geralmente alheia à realidade social, trazendo esta realidade para o interior da própria universidade. Causa-se assim um choque cultural neste espaço que sempre foi

destinado às elites e que agora deverá ser popular, em forma e conteúdo. O grande saldo, nesse sentido, é para a própria universidade.

Como o modelo de universidade popular não pode acomodar um ensino “bancário” e tecnicista, há de fato uma resignificação da educação, pois esta não poderá ser encarada como formadora de mão-de-obra para o mercado de trabalho. Não cabe aqui o velho modelo de educação voltado à satisfação dos interesses do capital. A educação deverá sim ser libertadora e conscientizadora, tendo o educando o papel de sujeito da ação para a transformação.

O estranhamento provocado no espaço da universidade, em especial da faculdade de direito, é evidenciado pelo depoimento de José Ferreira Mendes Junior, um dos integrantes da Turma “Evandro Lins e Silva”, turma para beneficiários da reforma agrária da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás:

Eu digo que nossa experiência introjetou em muita gente, senão na maioria, ainda que não aceite, a idéia de que esse papo de diversidade do público da Universidade é real, isso existe. Mas eu vejo que houve uma grande transformação em nós também, e em relação a diversas coisas: na participação universitária, no envolvimento das pessoas com o meio universitário. (...) Foi notável a transformação de alguns professores. O professor que entrou ignorando todo mundo, agora diz: “eu não gostava de vocês, mas eu aprendi muito com vocês e vou defender essa idéia”¹

Paraíba, 2011, p. 67-69 apud GONÇALVES, Eloísa Dias. *Assentados na universidade: o direito à educação a partir da Turma “Evandro Lins e Silva”*. 2011. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Monografia), 2011, p.132.

¹ MENDES JUNIOR, José Ferreira. “Derrubando as cercas do saber jurídico: a abertura da Universidade aos movimentos de luta pela terra”: depoimento.

Essa fala demonstra o quão rica é a troca de conhecimentos entre a realidade do campo e a realidade da academia e o quanto esse intercâmbio deve favorecer uma mudança do ensino superior tradicional, além de apontar para o sentido ético que o estranhamento permite alcançar. Se por um lado busca-se o acesso coletivo e não concentrado ao conhecimento formal, colocando-o a serviço dos povos do campo, por outro, permanece a tarefa de tentar transformar a educação formal, ocupando-a e fazendo com que essa atenda aos anseios da sociedade, não mais fechando-se em si mesma.

6. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA UMA UNIVERSIDADE ITINERANTE

O estranhamento empreendido neste artigo coletivo é, a um só tempo, uma proposta metodológica de análise da educação jurídica e uma necessidade política e prática para a compreensão deste campo do saber. Se é certo que a implementação de turmas especiais para beneficiários da reforma agrária democratiza (ainda que não universalize) o acesso das classes populares à universidade pública, elas também tem o condão de desestabilizar a harmonia tácita que o ambiente universitário evoca. Desse modo, conseguimos nos familiarizar, mesmo que relativamente, com a educação popular camponesa ao mesmo passo em que estranhamos a educação tradicional ao nível superior.

O resgate da crítica de Álvaro Vieira Pinto à universidade brasileira sedimenta o entendimento de que não superamos os obstáculos primeiros para uma democratização do saber que deve estar necessariamente acompanhada de uma reapropriação do poder e da produção pelas amplas maiorias da população. E esta

reapropriação deve se dar, obrigatoriamente, no movimento histórico de luta por direitos bem como por um a nova sociedade, efetivamente justa e solidária. Eis que nos encontramos diante da problemática de como interpretar a organização popular, ainda tão distante da “universidade constitucional de direito” que nossa sociedade instituiu. Hoje, a dinâmica social permite encontrar nos movimentos sociais e em suas práticas pedagógicas um paradigma de enfrentamentos que oscila entre a reivindicação e a contestação.

A itinerância das lutas entre o que se demanda do estado brasileiro e o que se questiona em sua conformação leva à conclusão, com tom intuitivo próprio dos que não se comprazem com o higienismo da racionalidade formal moderna, de que necessitamos de uma universidade itinerante. Suas veredas devem transitar do conhecimento oficial aos saberes populares da mesma forma como nossa realidade não pode se satisfazer apenas com as promessas da burocracia estatal em detrimento da construção da soberania popular.

É assim que no seio da universidade itinerante, transição possível de um uso alternativo da universidade para uma universidade popular, faz sentido germinar uma nova compreensão acerca do fenômeno jurídico. O direito, como elemento histórico e relacional, não terá suas estruturas questionadas se não trouxer novos atores para o cerne de sua própria produção e interpretação. Se o estado brasileiro não permite, já que isto é de sua natureza, uma apropriação popular de seu comando, os movimentos sociais devem continuar reivindicando e contestando esta expropriação estrutural e engajar-se nos meios a partir dos quais podem ter avanços significativos: dentro da ordem, ainda que não sem subvertê-la parcialmente, a tomada da universidade pública é ponto nodal.

Esta nova compreensão sobre a juridicidade, justamente porque esculpida por uma concepção transitória de universidade, permite descobrir, criticamente, a faceta

Em: *Captura crítica*: direito, política, atualidade. Florianópolis: CPGD/UFSC, n. 3, vol. 1, julho-dezembro de 2010.

móvel do direito. Móvel não porque flexível, mas porque dialeticamente suprássumível. Quer dizer, a mobilidade jurídica não é uma característica de sua dinâmica intrassistêmica, à Kelsen – esta é mais inerte do que aparenta. A mobilidade jurídica é possibilidade e capacidade histórica de construção de uma outra cultura do direito, superadora do monismo renitente que invade as concepções naturalistas, normativistas e decisionistas, mas também reconstrutora dos escombros a que se reduziram as teorias críticas do direito e seus pluralismo/alternativismos.

Uma nova geração de juristas pode refazer esta crítica, captando em sua essência a mobilidade jurídica. Só uma pedagogia problematizadora a alcançará e não haverá qualquer ensaio de educação libertadora senão pela ocupação dos bancos universitários pelos movimentos sociais, ou seja, pelo povo.

Há vários limites a serem apontados nas experiências que tiveram vez entre nós, inclusive no âmbito da primeira turma especial de direito para beneficiários da reforma agrária. Talvez, o central deles seja a dificuldade de se trabalhar na itinerância entre o reivindicado e o contestado, entre o direito e o não-direito, entre a universidade tradicional e a universidade insurgente. Ainda assim, o não enfrentamento, pela experiência, de tais limites é um óbice intransponível para a realização de sua superação mesma.

Das escolas itinerantes à universidade popular há um longo trajeto a se percorrer; do direito ahistórico à mobilidade jurídica, outro tanto. Mesmo assim, vale a pena pensar no colorido novo que ganhará a educação jurídica com a consolidação das turmas especiais de direito. Oxalá não só Goiás e Bahia conheçam esta revitalização pedagógica; oxalá o Paraná em breve também a recepcione. Como podemos ler em um dos importantes registros acerca da experiência da UFG, por nós anteriormente retomada: “a Turmas Evandro Lins e Silva foi constituída porque os movimentos

sociais, que lutam pela reforma agrária, sabem que as mudanças na estrutura agrária brasileira devem ir além do simples assentamento nas glebas rurais”.¹

Se os movimentos sociais já compreenderam todo o potencial libertador do estranhamento ao perceber que as mudanças no campo brasileiro passam pelas mudanças que não são restritas à realidade agrária, por que não ensinar isto à universidade e ao “campo” jurídico?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

¹ FON, Aton; SIQUEIRA, José do Carmo Alves; STROZAKE, Juvelino (orgs.). *O direito do campo no campo do direito: universidade de elite versus universidade de massas*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2012, p. 7.

BAHNIUK, Caroline. “Educação, trabalho e emancipação humana: um estudo sobre as escolas itinerantes dos acampamentos do MST”. Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, ano II, número 3, abril de 2009.

BOFF, Leonardo; HATHAWAY, Mark. *Tao of liberation*. New York: Orbis Books, 2009.

CALDART, Roseli Salete. *Pedagogia do Movimento Sem Terra*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

CAMINI, Isabela. “Escola itinerante dos acampamentos do MST: um contraponto à escola capitalista?” Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, ano II, número 3, abril de 2009.

FON, Aton; SIQUEIRA, José do Carmo Alves; STROZAKE, Juvelino (orgs.). *O direito do campo no campo do direito: universidade de elite versus universidade de massas*. São Paulo: Outras Expressões; Dobra, 2012.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade*. 5 ed. Rio de Janeiro,: Paz e Terra, 1981.

_____. *Educação e mudança*. Tradução de Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. 12 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

_____. *Extensão ou comunicação?* Tradução de Rosisca Darcy de Oliveira. 8 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

_____. *Pedagogia do oprimido*. 47 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GEHRKE, Marcos; GREIN, Maria Izabel. “Escola itinerante no desafio da luta pela reforma agrária”. Em: *Cadernos da escola itinerante*. Santa Maria-RS: MST, ano I, número 2, outubro de 2008.

GONÇALVES, Eloísa Dias. *Assentados na universidade: o direito à educação a partir da Turma “Evandro Lins e Silva”*. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (Monografia), 2011.

ITERRA. *Cadernos do ITERRA*. Veranópolis-RS: Instituto de Educação Josué de Castro, nº 9, 2004.

LIMA, Roberto Kant de. *A antropologia da academia: quando os índios somos nós*. Petrópolis: Vozes; Niterói: UFF, 1985.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. 7 ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MENDES JUNIOR, José Ferreira. “Derrubando as cercas do saber jurídico: a abertura da Universidade aos movimentos de luta pela terra”. Em: *Captura críptica: direito, política, atualidade*. Florianópolis: CPGD/UFSC, n. 3., vol. 1., julho-dezembro de 2010.

MORAIS, Hugo Belarmino de. *Entre a educação do campo e a educação jurídica: a turma especial de Direito da UFG*. João Pessoa: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, 2011.

NOVAES, Henrique T. *Reatando um fio Interrompido: a relação universidade-movimentos sociais na América Latina*. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

PINTO, Álvaro Vieira. *A questão da universidade*. São Paulo: Cortez; Autores Associados, 1986.

PISTRAK, M. M. *Fundamentos da escola do trabalho*. Tradução de Daniel Aarão Reis Filho São Paulo: Expressão Popular, 2000.

RIBEIRO, Darcy. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.

O PAPEL FUNDAMENTAL DO TERCEIRO SETOR PARA A DEMOCRACIA E AS DIFICULDADES ENCONTRADAS PARA SUA ADEQUAÇÃO AO MODELO JURÍDICO ESTATAL

Mariana Rulf¹

RESUMO

Em consonância com as tendências contemporâneas (como a primavera árabe, e os movimentos occupy na Europa e EUA, por exemplo) é perceptível, também no Brasil, uma demanda da sociedade por uma participação mais efetiva na vida pública. Tal participação vem se apresentando, tanto no sentido do exercício do direito de reunião e de expressão, através de manifestações, quanto na prestação direta de serviços benéficos a sociedade que, embora responsabilidade da máquina estatal, esta não dá conta de prover. Nessa perspectiva, tende-se a ultrapassar o simples exercício dos direitos políticos através do voto, aliado à mera esperança de que todos os demais direitos sociais sejam proporcionados amplamente pelo Estado. Assim, o número de entidades não governamentais dispostas a prestar serviços e a intervir nas decisões relativas ao interesse da sociedade, que a teoria clássica de direito Administrativo enquadraria como funções do Estado, aumenta todos os dias, ainda que a legislação existente seja ineficaz para abarcar a complexidade jurídica que representam. O presente trabalho visa discutir a gênese dessa ineficiência, de ordem epistemológica, centrada na clássica dicotomia entre Público- Estatal X Privado - Mercadológico na qual se funda todo o Direito Administrativo; bem como apresentar as dificuldades práticas a partir daí geradas, que permeiam as discussões sobre o marco regulatório de ONGs, OSs e OSCIPs no direito brasileiro. Para tanto, é importante levar em conta as

considerações de doutrinadores do direito administrativo no que tange ao terceiro setor, atrelado às novas definições que vem sendo atribuídas ao conceito de democracia, elaboradas por teóricos como Roberto Gargarella e Jürgen Habermas com as ponderações de Henrique Dussel.

Palavras-chave: Terceiro Setor, Habermas, Direito Administrativo

ABSTRACT

In line with contemporary trends (such as the Arab Spring, and occupy movements in Europe and the USA, for example) is noticeable, also in Brazil, a society's demand for more effective participation in public life. Such participation has been presented in the way of protesters and also by direct provision of services beneficial to society because, despite they are a state's responsibility, this is not enough to provide them. So, they intend to exceed the simple exercise of political rights which are vote and trust in a mere hope that all other social rights will be largely provided by the state. Thus, the number of non-governmental entities willing to provide services and involved in decisions concerning the public interest, (that the classical theory Administrative law fits as State's functions) increases every day, even though there has been existing legislation ineffective to encompass the legal complexity they represent. This paper aims to discuss the genesis of this inefficiency, which is epistemological and it is centered on a classical dichotomy between Public and State-owned X Private and marketing - in which is based around the Administrative Law. The same way, it intends to present practical difficulties generated from there: for example, discussions on the regulatory framework for NGOs, OSs and OSCIPs in Brazilian law. Therefore, it is important to take into account considerations of administrative law scholars regarding the third sector, pegged to new settings that have been attributed to the

¹ Acadêmica de direito da Universidade Federal do Paraná

concept of democracy, elaborated by theorists like Jürgen Habermas, Roberto Gargarella and Enrique Dussel.

Key Words: *Third Sector, Habermas, Administrative Law*

INTRODUÇÃO

Esse artigo tem por objetivo apresentar a dificuldade de regulamentação jurídica do terceiro setor em face ao problemático conceito de interesse público no direito administrativo. Para isso pretende-se utilizar o entendimento de Bourdieu e Habermas sobre o direito e sua forma de produção vinculada ao Estado, apresentando também as ponderações de Enrique Dussel no que tange a sua preocupação de aplicação das teorias européias no o contexto da América Latina. Para exemplificar esse contexto, utiliza-se as considerações de Roberto Gargarella, que apresenta sua proposta de agir comunicativo em uma sociedade latino americana.

1. O CONCEITO JURÍDICO DE INTERESSE PÚBLICO

O Direito Administrativo é fruto do conceito de Estado de Direito¹. Na medida em que, a idade moderna se caracteriza pela centralização de poder em Estados, surge a necessidade de regular a atuação de sua administração dentro do formato burocrático². Cria-se a partir de então, um regime normativo próprio para esta função, o regime de Direito Administrativo.³ De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, só faz sentido se pensar em um regime próprio de direito administrativo, se

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 2011. P. 27. “ É o Estado quem, por definição, juridicamente encarna os interesses públicos.” Nesse sentido, A CF aponta em seu artigo 1: A República Federativa do Brasil(...) constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.

² Para melhor compreender o conceito de burocracia, ver Weber, *Economia e Sociedade*.

³ Ver Bandeira de Mello. P.53.

este se pautar, de fato, por uma sistemática exclusiva; sendo assim, é necessário que se oriente por princípios que lhe são peculiares. A doutrina¹ aponta como princípios basilares do Direito administrativo: I- a supremacia do interesse público sobre o privado e II- a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. Nota-se que ambos os princípios se apresentam intrinsecamente vinculados à definição de interesse público. É preciso notar, a partir de então, que os autores tem sérias dificuldades de restringir e conceituar o que seria esse interesse público. Marçal Justem Filho², por exemplo, após longas considerações acerca do que não é interesse público, aponte este como sendo “ o resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito” de forma que “não há qualquer caráter predeterminado(...) apto a qualificar o interesse como público.” Para o autor é o processo de democratização que modela, casuisticamente o conteúdo do interesse público. Novamente, quem se arrisca a aprofundar a temática, é o professor Celso Antônio. Para o Autor é um equívoco compreender a noção de interesse público como sendo um contraponto ao interesse privado. O interesse público, é por outro lado, uma faceta, uma dimensão do próprio interesse privado. Não há interesse público como categoria autônoma do interesse das partes que compõem o todo social. Se trata do interesse dos indivíduos, “considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.” Nas suas palavras: “ Não é portanto, de forma alguma um interesse constituído autonomamente,

¹ É preciso esclarecer que quando se fala em doutrina administrativista, tratamos de nos pautar pelo que chamamos de doutrina majoritária, considerando os autores mais citados e utilizados no ensino jurídico bem como na jurisprudência. Tal fato não se dá na tentativa de legitimá-los como autores principais na disciplina, mas sim, dentro da perspectiva sociológica, considerar o alcance do seu posicionamento.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

dissociado dos interesse das partes e pois, categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais.”³ O autor ainda, procura demonstrar essa ideia apresentando o seguinte questionamento: “Poderá haver interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compõem.”⁴ Assim, podemos dizer que os interesses individuais são a essência do conceito de interesse público. Da mesma forma, é evidente para o autor que a proteção dos interesses privados é também interesse público, ou seja, pertence ao conceito de interesse público a dimensão dos interesses privados. Os conceitos são portanto antes de opostos, complementares, e mais do que isso, autorreferentes entre si.

No que tange ao conteúdo, ou no que o autor denomina por “concreta individualização do conceito jurídico” há uma relativa concordância entre os autores de direito Administrativo no sentido de afirmarem que, em última instância, é o próprio Estado, através do direito positivo quem determina. Citando novamente Bandeira de Mello: “ não é de interesse público a norma, medida ou providência que tal ou qual pessoas ou grupo de pessoas estimem que deva sê-lo- por mais bem fundadas que estas opiniões sejam do ponto de vista político ou sociológico -, mas aquele interesse que como tal haja sido qualificado em dado sistema normativo.”⁵

Na medida em que o Estado é aquele que, por meio do direito positivo, define materialmente o conteúdo do conceito de interesse público é ele também (dentro da

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p.61

⁴ ibidem. p. 60

⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 61

doutrina administrativista) o legitimado para “encarná-los” e satisfazê-los; e o faz por meio da prestação de serviços públicos.¹

2. O INTERESSE PÚBLICO DO PONTO DE VISTA SOCIOLÓGICO

Ocorre que, primeiramente, deixar a cargo única e exclusivamente do Estado a tarefa de definir o conteúdo do interesse público por meio do processo de produção do direito positivo, (da forma como é feita no regime de democracia representativa em que vivemos) acaba por gerar, na realidade empírica, uma dissonância entre o interesse do todo social (que mais acima definiu-se como interesse público) e o interesse positivado através dos órgãos legislativos e posteriormente aplicado pelo executivo, na sistemática do direito administrativo. Da mesma forma, na medida em que o conceito de interesse público apresentará falhas, o mesmo ocorrerá com a prestação de serviço público, pois esta estará intrinsecamente vinculada a satisfação desses interesses.

Na acepção do ponto de vista sociológico², referenciado pelo próprio Celso Antonio Bandeira de Mello, o próprio Estado produz e impõe as categorias de pensamento que utilizamos para pensá-lo, sendo necessário, afim de compreendê-lo, buscar uma outra racionalidade que seja externa a ele. Se continuarmos na leitura de Bourdieu, o interesse público materialmente definido no processo legislativo será inevitavelmente aquele delimitado dentro do campo³ político, se restringindo à uma

hierarquia de capital⁴ (seja ele financeiro, social, cultural ou simbólico) que também é decisiva no processo de escolha dos representantes. Pela mesma lógica apresentada anteriormente, isso gera consequências no âmbito das prestações de serviço público fazendo com que parte das demandas sociais acabem por não serem assistidas.

Assim, aponta com razão o autor:

A visão sociológica não pode ignorar a distância entre a norma oficial, tal como enunciada no direito administrativo, e a realidade da prática administrativa, com todas as lacunas em relação à obrigação de desinteresse, todos os casos de utilização privada do serviço público (...) ou de modo mais perverso todos os “jeitinhos”, tolerâncias administrativas, (...) do direito. Mas ela tampouco pode fechar os olhos para os efeitos da regra que exige que os agentes sacrifiquem seus interesses privados às obrigações inscritas em sua função(...), ou de modo mais realista aos efeitos do interesse pelo desinteresse(...).”⁵

¹ Para o conceito de serviço público ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. p. 717

² Partiremos de Bourdieu para essa análise. Ver: BOURDIEU, Pierre. Gênese e estrutura do campo burocrático In: *Razões práticas*. Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus, 1996.

³ Para o conceito de campo: BOURDIEU, Pierre. A gênese dos conceitos de habitus e de campo. In: *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz – 2 ed. RJ, Bertrand Brasil, 1998

⁴ Para o conceito de capital em Bourdieu ver: BOURDIEU, P. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

⁵ BOURDIEU, Pierre. Gênese e estrutura do campo burocrático In: *Razões práticas*. Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papirus, 1996. P.91. A questão que se coloca a partir disso é que se perspectiva sociológica não ignora nem desconhece o direito administrativo, em que medida pode, portanto, o direito administrativo (e o direito como todo um todo) renegar uma posição que apresente fundamentos sociológicos ou políticos?

A proposta teórica de Habermas¹, em concordância com as colocações de Bourdieu, aponta com ponto central para a compreensão da modernidade considerar a existência de uma tensão entre a facticidade e a validade do direito, tanto no seu âmbito interno como no externo. Assim, “a tensão entre ideia e realidade irrompe na própria facticidade de formas de vida estruturadas linguisticamente. Os pressupostos idealizadores sobrecarregam, sem dúvida a prática comunicativa cotidiana.”²

Se o Estado cria as formas e categorias próprias para pensá-lo, também o faz o direito (é possível dizer inclusive que o Estado as cria, muitas vezes, através do próprio direito). ficando a legitimidade de ambos (Estado e Direito) internamente fragilizada. Para Habermas, na medida em que a modernidade incutiu ao sujeito a faculdade do exercício da razão prática, o próprio direito não mais pode se fundamentar seus conteúdos na tradição, na natureza ou na história, ficando este artificialmente se legitimando em sua própria normatividade.

No que tange à relação entre autonomia privada e pública, ou seja no falso “conflito” entre interesses públicos e privados a conclusão de Habermas está em conformidade com a doutrina administrativista. O autor entende que o direito não pode ser reduzido nem a uma interpretação moral (ideia erroneamente atribuída como a definição de autonomia privada, como base numa má compreensão da filosofia de Kant) nem a uma interpretação ética da soberania do povo (abstraída também de forma equivocada da teoria de Rousseau, como o conceito de autonomia pública); aponta, por outro lado, para a origem mútua de interesses públicos e privados. Tal relação entretanto, no seu entendimento, só pode ser compreendida na medida em que

aplicamos sua teoria do discurso para a concreta individualização do conceito de interesse público, pois esta é capaz garantir o fato de serem as pessoas que compõem a sociedade, simultaneamente, os destinatários e os autores dos direitos.

3. A RAZÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS E A SOCIEDADE CIVIL

A solução apontada pelo autor se relaciona com sua teoria de agir comunicativo. Habermas em seu livro “Direito e Democracia” desenvolve uma ampla teoria social que apresenta não mais a razão prática weberiana como centro, mas sim o que ele denomina por razão comunicativa.

Nas suas palavras:

A razão comunicativa distingue-se da razão prática por não estar adscrita a nenhum ator singular nem a um macrosujeito sociopolítico. O que torna a razão comunicativa possível é o *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.”³

Para que o direito se legitime nesse contexto, é preciso compreender que a teoria comunicativa de Habermas pressupõe um novo modelo democrático, baseado na deliberação, que não corresponde ao modelo aplicado e positivado nas sociedades contemporâneas, como ele próprio aponta. São as leituras de Robert Dahl que influenciam esse ideal de democracia, partindo de premissas como: a inclusão de todas as pessoas envolvidas; chances reais de participação no processo político, repartidas equitativamente; igual direito a voto nas decisões; o mesmo direito para a escolha dos temas e para o controle da agenda e por último, uma situação na qual todos os participantes tenham à mão informações suficientes e bons argumentos, possam formar

¹Ver: HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I e II, trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo. Brasileiro, 1997.

²HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I p. 21.

³HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I, p. 20.

uma compreensão articulada a cerca das matérias a serem regulamentadas e dos interesses controversos.¹

Habermas ressalva entretanto que esse modelo encontra dificuldades de aplicação, na medida em que o “sistema administrativo” precisa exercer sua tarefa de regulação o que sobrecarrega o exercício da deliberação. Em uma sociedade complexa é inviável que se delibere reflexivamente nesses termos sobre todos os conteúdos normativos. Por esse motivo, na prática, se aplicada nos termos de Robert Dahl, a democracia deliberativa também resultaria em um distanciamento entre a norma o direito e a realidade. Assim Habermas apresenta a teoria sobre democracia deliberativa como um “modelo puro” nos termos de um tipo ideal weberiano, mas que, como propõe a metodologia de Weber, possui utilidade prática no contexto real.

A aplicação do modelo de democracia proposta por Habermas se relaciona ao que o autor entende como sendo a esfera pública de uma sociedade e a sociedade civil. Nesse ponto, é preciso elucidar que o autor teoriza partindo de uma divisão entre o que ele chama de sistema e mundo da vida. O mundo da vida é uma esfera renegada por outros sociólogos como Weber, mais próxima dos indivíduos. Essa esfera sofre interferência de uma esfera mais ampla (o sistema) que tende a impor sua racionalidade para o mundo da vida. A esse processo o autor dá o nome de “colonização no mundo da vida pelo sistema”, sendo o direito o grande intermediário entre esses dois opostos. A esfera pública, assim como a sociedade civil, são sistemas assim como o direito, embora estas executem o processo inverso deste. A esfera pública não é uma organização ou uma instituição, Habermas a define como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em

¹HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II, trad. F. B. Siebene-ichler. Rio de Janeiro: Tempo. Brasileiro, 1997, p.42.

opiniões públicas enfeixadas em temas específicos”². Na esfera pública a disputa ocorre por influência, pois é nessa esfera que ela se forma. De outro lado, a sociedade civil é formada por “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de comunicação da esfera pública nos componentes sociais do mundo da vida.”³ Nesse sentido, os movimentos sociais e as manifestações da sociedade civil nada mais são do que uma reação do mundo da vida frente a colonização que este sofre do sistema, na medida em que apresentam um contraponto tanto ao Estado quanto ao Mercado.

Assim a relação comunicativa entre esfera pública e sociedade civil possibilitaria em alguma medida a concretização de uma democracia deliberativa:

“De fato, o jogo que envolve uma esfera pública, baseada na sociedade civil e a formação da opinião e da vontade institucionalizada no complexo parlamentar (e na prática de decisão dos tribunais), forma um excelente ponto de partida para a tradução sociológica do conceito de política deliberativa”⁴

Habermas assim como Cohen e Arato evidenciam que a atuação da opinião pública e da sociedade civil nesses formatos ainda é limitada e precária na medida em que permitem apenas a “influência” do mundo da vida nos sistemas, pois essas

²HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II, p. 92.

³HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II, p. 99. Esse último conceito é baseado na proposta teórica de Cohen e Arato, que dialogam com o agir comunicativo de Habermas na publicação *Civil Society and Political Theory*.

⁴HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. II, p.104.

deliberações precisam ainda passar pelo filtro dos processos institucionalizados para se tornarem atuantes; no entanto, reafirma-se “é um excelente ponto de partida.”

4. A CRÍTICA DE DUSSEL

A filosofia de Enrique Dussel¹ faz um contraponto que deve ser considerado à aplicação da obra de Habermas. O filósofo argentino, preocupado com a criação de uma filosofia latino americana, questiona a aplicabilidade de um paradigma da comunicação nessas sociedades, marcadas por longos períodos de colonialismo, e submetidas assim a elementos comunicativos, em sua maioria, importados. No caso latino americano, é sempre necessário um cuidado maior na verificação da presença dos referidos elementos da democracia deliberativa, que coincidem em certa parte com os pressupostos de validade da teoria do discurso, como por exemplo a inclusão de todas as pessoas envolvidas, as chances reais de participação no processo político, e principalmente, a condição que pressupõe que todos os participantes tem informações suficientes e bons argumentos de maneira que permita uma compreensão articulada do tema e dos interesses controversos.

Embora, frente a realidade dos países latino-americanos, essas condições de discurso pareçam inviáveis, (e por esse motivo Dussel afirma que um paradigma da vida, ou seja, da realidade empírica seja mais plausível nesses contextos) percebe-se que o que Dussel tenta fazer ao evidenciar o problema do colonialismo é justamente garantir informações e bons argumentos para serem discutidos em nosso contexto

¹ Ver : DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação na América Latina*. 2a Ed. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977. E ainda: DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); São Paulo: Expressão Popular, 2007.

social, ou seja, contribuindo para uma comunicação reflexiva, na melhor forma de aplicação de uma democracia deliberativa.

5. GARGAELLA- RAZÃO COMUNICATIVA E SOCIEDADE CIVIL NA AMÉRICA LATINA

Dentre os juristas que, para suas considerações incorporam a perspectiva sociológica habermasiana no contexto latino-americano, no que tange a individualização do interesse público, é possível citar o constitucionalista Roberto Gargarella². O autor se refere a realidade argentina, país no qual ele nota que o conceito de interesse público positivado e defendido pelo direito é gritantemente dissociado das necessidades reais da sociedade. Em face a esta realidade, o autor defende que acima de todos os demais direitos, é necessário que seja assegurado a todos os indivíduos componentes desta sociedade o direito de criticar e até mesmo negar as decisões do Estado sobre o que seja interesse público. Do contrário, o Estado, e consequentemente o direito, perdem sua legitimidade, na medida em que não são capazes de atender aos fins nos quais se pautam seus pressupostos de existência.

O direito de protesto seria portanto, na perspectiva do autor, fundamentado a partir do que ele denomina por “desesperación jurídica”: uma situação de comprovação empírica na qual a sistemática Estado acaba excluindo interesses de parte da sociedade no processo de individualização do interesse público - deixando também sem satisfação relevantes demandas sociais - sem, por outro lado, garantir que de forma institucional (ou seja dentro da sistemática do direito administrativo) a parcela do todo social lesada ou preterida nesses casos tenha possibilidade de reclamar

² Ver: GARGARELLA, R. *Carta abierta sobre la intolerancia: Apuntes sobre derecho y protesta*- 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Argentina, 2006. Ainda : *Crisis del sistema representativo*. Ed. Fontamara. México. (1997).

ou reagir, ficando esta submetida ao conceito de interesse público previamente positivado pelo direito e à força coercitiva deste mesmo direito.

A análise caso a caso, sobre esta ótica, das mais variadas sociedades modernas, (inclua-se aqui o Brasil), apontam que esta realidade defeituosa do modelo democrático representativo não é exclusiva da Argentina sendo encontradas violações a direitos fundamentais nos mais diversos países, o que reflete que o descompasso entre o interesse público positivado e garantido pelo direito e o interesse público no sentido de “interesse do corpo social” apresentado pela doutrina administrativista é mais regra do que exceção.

Gargarella busca em Habermas a fundamentação sociológica e filosófica para validar sua defesa do direito de protesto. Em seu livro “Crisis del sistema representativo” ele procura aplicar a noção habermasiana de democracia deliberativa, afirmando que os juízes de direito tem como missão primeira defender o direito de protesto, a fim de garantir as mínimas condições de diálogo e deliberação social.

6. SOCIEDADE CIVIL COMO TERCEIRO SETOR: DIFICULDADE DE ADEQUAÇÃO AO DIREITO ADMINISTRATIVO

O fato de o direito administrativo se fundar na premissa de que é o Estado que em último caso define o conteúdo de interesse público e, que ao mesmo tempo é o responsável por satisfazê-lo, impossibilita que o próprio direito admita e regulamente a existência de uma sociedade civil organizada. Um claro exemplo disso se verifica na dificuldade da criação de um marco regulatório para as ONGs¹, ou organizações da

¹O termo ONG's, ou seja, Organizações Não Governamentais, tem origem em uma nomenclatura criada na ONU que possibilitava que organizações de auxílio à população em países ainda não estruturados, ou organizações supranacionais ocupassem cadeiras nos órgãos das nações unidas, com o

sociedade civil que carecem até mesmo de um conceito jurídico. O que se conseguiu até atualmente, foi a regulamentação de entidades denominadas de “organizações sociais” a partir da lei 9637 de 98, ainda que sob duras críticas dos administrativistas que entendem a atuação destas instituições como uma “privatização dos serviços públicos”². Em meio as críticas dos doutrinadores, surge o Decreto n 3100 de 99, que disciplina as “organizações da sociedade civil de interesse público” também estas sendo “entidades privadas”, “sem fins lucrativos” com a diferença de as Oscips exercerem atividade “de natureza privada, com a ajuda do Estado”, enquanto as OSs podem receber “delegação para a gestão de serviço público”³. Ora, se a definição de entidade privada, pressupõe a “preponderância de interesses privados” ou o “exercício de atividades de natureza privada” e a própria doutrina a as teorias sociológicas apontam que interesses públicos e privados são conceitos autorreferentes e no direito definidos de forma arbitrária, porque a teoria administrativista insiste em enquadrar a

passar o tempo o termo genérico passou a ser utilizado para identificar organizações que prestavam algum tipo de serviço social.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 2011p. 229. “Terceiro Setor é outra inventiva da criatividade dos administradores ou economistas do período de apogeu do neoliberalismo entre nós. Designa entidades que não são estatais e também não são prepostas a objetivos mercantis, predispondo-se, ao menos formalmente desinteressados. Sobre o tema também: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011. “Aparentemente a organização social vai exercer atividade de natureza privada, com incentivo do Poder Público, dentro da atividade de fomento. Mas na realidade, o real objetivo parece ser privatizar a forma de gestão de serviço público delegado pelo Estado”

³ Conceitos retirados de: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. Pgs 565 à 573.

sociedade civil organizada dentro dessa conceituação falha, baseada em um antagonismo inexistente?

O renomado autor Celso Antonio Bandeira de Mello vai mais além em sua crítica ao chamado Terceiro Setor¹: afirma, que a existência de uma instância desvinculada do Mercado e do Estado é uma decisão política que leva em conta o fato de o Estado ser pior fiscalizador de prestação serviços do que prestador, (nas palavras do autor, vide os escândalos de corrupção envolvendo essas entidades) dando a entender que o terceiro setor tenha sido uma criação que objetiva o desvio de verbas governamentais. Pois bem, entende-se que num país como o Brasil, onde escândalos de corrupção nos governos em exercício da administração do Estado são corriqueiros e historicamente evidentes (vide o mensalão em julgamento no Supremo) é possível concluir que a corrupção e a apropriação por parte de particulares de verbas públicas é independente da existência ou não de um Terceiro Setor e se apresenta como um problema social e cultural de raízes bem mais profundas e complexas e que

¹ O termo Terceiro Setor foi cunhado nos Estados Unidos para designar essas entidades não estatais que operavam “sem fins lucrativos”, ou seja, que não se encaixavam nem no conceito de Mercado nem de Estado e na perspectiva de Cohen e Arato, seriam a sociedade civil.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. P. 229 “O que alimentou estas criações, filhas queridas do neoliberalismo, foi a assertiva corrente de que o Estado é mau prestador de serviços. Ocorre que o Estado é sem dúvida alguma, pior fiscalizador do que prestador de Serviços. Daí que, como se verificou amplamente, a grande maioria de escândalos administrativos denunciados pelos meios de comunicação nos últimos tempos, eclodiu justamente em consequência da terceirização, isto é, da privatização tão louvada por esses meios de comunicação.”

ultrapassam o objeto do direito administrativo, uma vez que ele pretende estar “a par” das opiniões sociológicas.

No mais, a sociedade civil no contexto atual, vem progressivamente agindo como principal fiscalizadora da própria atuação do Estado e do Mercado, e, se é verdadeira a constatação de que o Estado é pior fiscalizador do que prestador de serviço público, essa lógica enfatiza ainda mais a necessidade da existência de uma sociedade civil organizada e regulamentada, pela necessidade de algum tipo de fiscalização externa aos Estados de sua prestação dos serviços públicos.

A função da sociedade civil é de extrema importância no contexto social atual justamente pelo fato de possibilitar uma interação entre o que seja interesse público e privado, no caso, entre todas as demandas sociais. Mais do que isso, a grande contribuição da sociedade civil se dá pela sua capacidade de identificar “em loco” as demandas sociais existentes e buscar saná-las sem as intermediações excessivamente burocráticas do Estado que provocam demora e insuficiência na prestação dos serviços. A compreensão por parte da sociedade de que ela (e não o Mercado ou o Estado, ou outra abstração qualquer) é, em última instância, responsável pela perseguição do bem estar de si mesma é um imenso avanço no processo de integração social, que o direito, cego por suas “categorias jurídicas”, não se ressentiu em tentar frear. Se a sociedade civil se presta a exercer “serviço público” em lugar do Estado é porque empiricamente constatou que o Estado não é capaz de identificar todas as demandas existentes na sociedade e portanto não dá conta de prover a satisfação de todo e qualquer serviço público, em parte vítima de sua própria burocracia.

Ninguém melhor do que a própria sociedade civil para definir e sanar as demandas sociais com as quais ela própria convive. Nesse sentido o Direito Administrativo e o Direito como um todo deveria estar preocupado em facilitar o acesso e participação popular no âmbito das decisões e atuações do Estado; na

proporção da ideia habermasiana de democracia deliberativa, e em proporcionar mecanismos para que a sociedade esteja apta a efetivar a solução das demandas que considere estar ao seu alcance de atuação e não, pelo contrário, perdendo seu tempo na tentativa de garantir mais e mais legitimidade e poder a um Estado (como se esta fosse uma opção mais “segura”) que não passa de uma abstração criada em nome das pessoas, essas sim, verdadeiras legitimadas a produzir o direito.

CONCLUSÃO

A proposta do direito administrativo para a individualização do conceito de interesse público, sua interpretação de que ele está entificado na figura do Estado e a visão de que este é o único legitimado para defini-lo através do direito positivo como fruto da “democracia” representativa dificulta, no Brasil, a participação social (através de uma sociedade civil) no processo de deliberação das leis, dos programas governamentais de prestação de serviço público, e na gestão do próprio aparato administrativo. Exclui-se assim, do debate, os maiores interessados nessas temáticas, esvaziando-se empiricamente, o princípio democrático, basilar do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOURDIEU, Pierre. *A Economia das Trocas Simbólicas*. São Paulo: Perspectiva, 1974.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz – 2 ed. RJ, Bertrand Brasil, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas*. Sobre a teoria da ação. Campinas, SP: Papyrus, 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- DUSSEL, Enrique D. *Filosofia da Libertação na América Latina*. 2a Ed. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo: Loyola/UNIMEP, 1977.
- DUSSEL, Enrique. *20 teses de política*. 1ª ed. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO); São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GARGARELLA, R. *Carta abierta sobre la intolerancia: Apuntes sobre derecho y protesta*- 1ª ed. Buenos Aires: Siglo XXI Editores. Argentina, 2006.

GARGARELLA, R. *Crisis del sistema representativo*. Ed. Fontamara. México. (1997).

HABERMAS, J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. V. I e II, trad. F. B. Siebene-ichler. Rio de Janeiro: Tempo. Brasileiro, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros 2011.

OFICINA DO DIREITO: A CONSCIENTIZAÇÃO DA COMUNIDADE POR CONHECIMENTOS BÁSICOS DE SEUS DIREITOS, REALÇANDO A IMPORTÂNCIA E O PAPEL DA CIDADANIA NA FORMAÇÃO DE UMA SOCIEDADE MAIS JUSTA E SOLIDÁRIA.

José Henrique Specie¹

RESUMO

A comunidade alcançando meios de aprender e conhecer de forma clara e descomplicada seus direitos básicos, para exercê-los no cotidiano, certamente seria formada por indivíduos conscientizados sobre a prática da cidadania, gerando a possibilidade de prevenção e com isso a diminuição de conflitos sociais. O projeto OFICINA DO DIREITO foi formulado com o objetivo de desenvolver a conscientização e o do interesse junto à comunidade por conhecimentos básicos de seus direitos, destacando o papel da cidadania na formação de uma sociedade mais justa e solidária. O projeto aproxima a comunidade carente de usuários do Juizado Especial Cível (em 2011 foram atendidas 8.466 pessoas) com a Universidade, identificando seus principais problemas, oferecendo oficinas, palestras e cartilhas, realizando esclarecimentos e transmitindo informações. Também, procura divulgar a cultura da pacificação social com a solução de conflitos por meio da mediação, fomentando prevenir a instauração de litígios no âmbito judicial. A metodologia é desenvolvida em cinco fases: (1) seleção e capacitação de alunos, (2) identificação de locais, (3) estruturação de instalações, (4) encontros com os líderes comunitários,

¹Professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Mestre em Direito Processual - PUC-Campinas. Mestrando em Direito Político e Econômico – Mackenzie.

painéis de apresentação, atividades de orientação jurídica e oficinas sobre os principais problemas identificados como: Relações de Consumo, Moradia, Casamento, etc., (5) avaliação das atividades e elaboração de relatório final com os resultados do projeto. O projeto OFICINA DO DIREITO inserido como um processo de transformação, em que alunos, professores e funcionários em conjunto com a comunidade, procurando o desenvolvimento mútuo e melhora na qualidade de vida, busca o resultado de conscientizar e desenvolver o interesse da sociedade por conhecimentos básicos de seus direitos, realçando a importância e o papel da cidadania. O resultado aguardado junto da comunidade envolvida nas ações é essencialmente a disseminação da cultura da paz na busca para a solução de conflitos sociais, visando à diminuição de litígios formais e judiciais.

Palavras-chaves: *Acesso à Justiça. Direitos Fundamentais. Cidadania. Justiça Social.*

ABSTRACT

The community reaching out means to learn and to know clearly and uncomplicated basic rights to exercise them in daily life, it certainly would be formed by individuals made aware about the practice of citizenship, generating possibility of preventing and reducing social conflicts. The OFICINA DO DIREITO project was formulated with the objective to develop the awareness and interest in the community for basic knowledge of their rights, highlighting the role of citizenship in the formation of a more just and solidary society. The project approaches the needy community of users of small claims court (in 2011 were met 8,466 people) with the University, identifying their main problems, offering workshops, lectures and booklets, making clarifications and transmitting information. Also, seeks to disseminate the culture of social pacification with resolving conflicts through mediation, encouraging the prevention of disputes in the courts. The methodology is developed in five phases: (1) selection and training of

students, (2) identification of locations, (3) structuring, (4) meetings with community leaders, presentation panels, legal orientation activities and workshops on key issues identified as: consumer relations, housing, marriage, etc., (5) the assessment of the activities and preparation of final report with the results of the project. The OFICINA DO DIREITO project inserted as a process of transformation, in which students, faculty, and staff in conjunction with the community, seeking mutual development and improvement in quality of life, the search result to raise awareness and develop the interests of society by basic knowledge of their rights, stressing the importance and the role of citizenship. The result anticipated from the community involved in the actions is essentially the dissemination of the culture of peace in the search for resolving social conflicts, aiming at the reduction of formal and legal disputes.

Keywords: *Access to Justice. Fundamental Rights. Citizenship. Social Justice.*

INTRODUÇÃO

A convivência do homem em sociedade impôs o estabelecimento de um número razoável de regras de conduta para que houvesse a minimização de conflitos e a busca de harmonia.

Organizada com o objetivo de se desenvolver, a sociedade passou a buscar em cada estágio novas perspectivas para a edificação da qualidade de vida de seus grupos sociais.

Com o crescimento e aprimoramento da sociedade, surgem as teorias políticas que conceberam a ideia de Estado que atualmente conhecemos, sendo uma organização capaz de solucionar os conflitos individuais e coletivos de forma legítima por meio da edição e imposição das leis.

Assim, o Estado, visando proporcionar o bem-estar social, passou a responder pelo poder-dever de tutelar os interesses e conflitos dos indivíduos a fim de evitar que os mesmos fizessem justiça com as próprias mãos, afastando assim a possibilidade da autotutela.

Por muito tempo, sobretudo a partir do século XIX, já com a consolidação do Estado-nação, sedimenta-se o Direito Positivo com os Estados buscando a regulamentação jurídica de todas as atividades públicas e privadas, como meio indispensável para atingir o bem-estar social.

No Brasil, a ideia do positivismo normativo também ganha campo de enorme aceitação, sendo que, até hoje a sociedade imagina que tudo deve ser regulado, que as leis devem permanentemente ser reformadas, que os códigos devem ser atualizados e que a ordem jurídica deve ser modernizada, sem o que não seria possível chegar ao

desejado ambiente de justiça social, de equilíbrio econômico necessário ao progresso social.

Essa ideia, já ultrapassada, com a infundável criação de normas jurídicas, gerou um ambiente social quase totalmente normatizado, com uma produção legislativa em escala industrial, resultando em complexidade e burocracia no funcionamento das organizações estatais e mesmo não estatais.

Com o monopólio da edição das normas e da jurisdição, o Estado passou a buscar como ideal o aperfeiçoamento da técnica legislativa e jurídica, fazendo criar normas com a feição de fórmulas perenes e gerais, aplicáveis em toda a sociedade e com isso imaginando ter se resolvido em definitivo os conflitos sociais.

Essa concepção dogmática e positivista gerou um distanciamento do ideal de Justiça, fazendo com que a sua real função social, que seria a verificação da verdade na sua aplicação, a busca incessante da resolução da lide, a pacificação entre os conflitantes e a celeridade na conclusão das lides ficasse, aos poucos, cada vez mais distante do homem.

A justiça deixou de ser célere em razão do excesso de formalidades, e por sua vez, o formalismo afastou a Justiça dos grupos sociais mais carecedores da jurisdição.

O sistema jurídico normativista tornou-se defasado e incapaz de produzir normas aptas a acompanhar o desenvolvimento da sociedade, sendo a cada dia, mais necessário abrir o sistema jurídico e fazê-lo encarar a realidade social como um todo para que a prática do modelo tradicional, que busca a sentença judicial como solução, nem sempre traz a paz social, pois em parcela significativa dos casos, não resolve de fato a questão social, mas somente resolve a questão processual-legal.

Concebido para gerar a harmonia e paz social, o sistema jurídico processual, não vem servindo de forma eficaz como o instrumento destinado à composição das

lides, retardando a prestação jurisdicional e, em muitos casos, servindo como mais uma fonte de insatisfação na sociedade, o que foge dos desígnios do próprio Estado.

Essa é a reflexão de ADA PELLEGRINI GRINOVER, CAETANO LAGRASTA NETO e KAZUO WATANABE:

O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio de processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado. É esse o modelo ensinado em todas as Faculdades de Direito do Brasil. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas voltadas à solução não contenciosa dos conflitos.¹

Nesse sentido surgem recentemente, no sistema legal brasileiro reformas na legislação para que o acesso à justiça seja de fato efetivo, com um processo hábil o suficiente para servir de verdadeira ferramenta de aplicação do direito material.

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2008.

Destacando-se, entre as iniciativas, a mudança na postura do juiz na condução do processo, com maior poder instrutório na busca da verdade real; a criação da antecipação dos efeitos da tutela; a mudança na forma do cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, da chamada tutela inibitória; a modificação da execução provisória; a aprovação da Lei de Arbitragem; alteração do regime do recurso de agravo, etc.

Mas, por outro lado, fica cada vez mais evidente que grande parte da sociedade desconhece os próprios direitos básicos, bem como as respectivas obrigações; e não se sabe ao certo quais são os órgãos, procedimentos e mecanismos à disposição da sociedade para proteção afirmação dos direitos.

Entre as recentes iniciativas para a aproximação do Poder Judiciário ao cidadão, especialmente os menos favorecidos economicamente, criou-se o Juizado Especial Cível como mais uma fonte de composição dos conflitos pelo Estado, através de um procedimento mais célere e menos formal.

Essa nova dimensão do Poder Judiciário é descrita por GUILHERME SILVA BARBOSA FREGAPANI:

como consequência lógica de uma evolução social, aflora com os Juizados Especiais uma nova mentalidade, mentalidade essa que tem como meta primeira a simplificação do processo, ensejando como resultado a celeridade da marcha das ações, a ausência de custo e, principalmente, uma solução

rápida e justa dos conflitos que envolvam direitos de menor complexidade.¹ (grifos nossos).

No Juizado Especial Cível, os conflitos devem ser tratados por meio de poucos atos processuais a serem praticados, sem a necessidade de intervenção de advogado e pagamento de taxas, para questões que o legislador considerou como de menor complexidade, como prevê a Lei. 9.099/95, hoje plenamente adotada e conhecida.

1. OFICINAS DE CONSCIENTIZAÇÃO DE DIREITOS COMO NOVO PARADIGMA PARA A REALIZAÇÃO DE JUSTIÇA

Em sintonia com o movimento de aproximação dos grupos sociais menos favorecidos com a Justiça, a PUC-Campinas possui convênio desde 2005 com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para o desenvolvimento de ações junto ao Juizado Especial Cível voltado para a comunidade de Campinas e, ainda, como mais um instrumento de pacificação social e complementação ao estudo prático por parte dos alunos da instituição, razões que justificam toda atenção e adequação.

Além das ações mantidas pela PUC-Campinas junto ao Juizado Especial Cível, a Universidade também mantém desde 1982 a Assistência Judiciária “Dr. Carlos Foot Guimarães”, que se responsabiliza pelo atendimento de pessoas consideradas carentes, na acepção jurídica do termo, prestando-lhes assessoria jurídica tanto para propositura de ações como para defesas em ações eventualmente propostas.

Tais ações inserem-se perfeitamente com os objetivos da sociedade em saciar a busca pela Justiça e pela pacificação dos conflitos sociais, em total consonância com

¹ FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. Formas alternativas de solução de conflitos a lei dos juizados especiais cíveis. Brasília: Senado Federal, 1997.

a Constituição Federal, que em seu *artigo 5º, incisos XXXV e LXXIV*, disciplina como direito fundamental do cidadão o amplo *acesso à justiça*, e a garantia da *assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*.

À disposição da comunidade desde 1982 a Assistência Judiciária “Dr. Carlos Foot Guimarães”, vinculada à faculdade de direito da PUC-Campinas, mantém atendimento de pessoas consideradas carentes, tanto para propositura de ações como para defesas em ações eventualmente propostas e desde 2005 passou a manter um Juizado Especial Cível em convênio firmado em 24/08/2005 com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, atualmente, este instalado no Palácio da Justiça no Centro de Campinas, também há previsão de novas instalações para o Juizado, que passará a integrar o denominado Núcleo de Prática Jurídica, conforme dispõe o Projeto Pedagógico do Curso de Direito e em conformidade com a Resolução CNE/CES n. 09/2004 que instituiu as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Curso de Graduação em Direito.

As duas iniciativas mantidas pela PUC-Campinas evidenciam a importância dos cidadãos, especialmente dos mais carentes, conhecerem minimamente seus direitos e a possibilidade real de exercê-los não apenas por meio dos diversos organismos já existentes e que se prestam especificamente para esse fim, destacando-se o papel da Universidade no contexto de aproximar a comunidade da Justiça.

O papel desempenhado pela Universidade, não apenas alcança seus objetivos comunitários, mas, sobretudo, insere-se na sua finalidade precípua: a educação.

Atualmente, no âmbito da Faculdade de Direito a Universidade mantém interlocução comunitária por meio da mencionada Assistência Judiciária “Dr. Carlos Foot Guimarães”, onde os alunos prestam orientação jurídica; selecionam os documentos necessários para a propositura de ação judicial ou oferta de defesa, quando cabível; elaboram peças processuais; acompanham audiências, delas participando

ativamente, tudo com a estrita orientação de um advogado orientador, responsável, segundo o estatuto da advocacia (Lei nº 8.906/94), por todos os atos praticados. Atuam na Assistência Judiciária 4 (quatro) bacharéis em Direito, advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, dos quais dois também docentes na graduação.

Também a interlocução comunitária acontece por meio do Juizado Especial Cível, onde os alunos, por meio do convenio com o Poder Judiciário, fazem o atendimento ao público, especialmente formado pela comunidade carente; analisam a viabilidade da propositura de ações judiciais; redigem a inicial, quando for o caso; montam o processo; expedem as cartas e mandados de citação e atuam em a audiência. Da mesma forma, os estagiários devem ser sempre orientados por advogados, os quais, atualmente são igualmente docentes da Faculdade de Direito.

Com esses dois atuais meios de aproximação do direito com a comunidade, a PUC-Campinas vem realizando importante e destacado papel na afirmação para a cidadania especialmente voltada para os grupos sociais mais carentes da cidade, sob o aspecto econômico e cultural, no entanto tais ações ocorrem já em fase de litígio entre os envolvidos.

O projeto Oficina do Direito pretende criar mecanismos para aproximar ainda mais a Universidade da comunidade, especificamente aos usuários do Juizado Especial Cível mantido pela Universidade, identificando o perfil das partes que eventualmente socorrem-se do Juizado Especial, bem como o próprio perfil da demanda levada a esses locais para, posteriormente, desenvolver métodos para maior esclarecimento, por parte dos membros da sociedade, dos eventuais direitos individuais e coletivos que possuem.

Para melhor compreensão da escolha do projeto, interessante apresentar, inicialmente, algumas questões relacionadas ao tema.

Pode-se dizer que uma das vertentes da cidadania é o direito que todos os membros da sociedade têm de levar ao conhecimento do Estado eventuais conflitos de interesse para que referidos conflitos possam ser objeto de composição, ou seja, para que o Estado, por meio do Poder Judiciário, possa aplicar as normas abstratas ao caso concreto, restabelecendo a paz social.

Referido direito tem previsão, inclusive, na Constituição Federal, ao estabelecer que, além do acesso ao judiciário, deve-se obedecer ao devido processo legal, de forma célere e eficaz o suficiente para que realmente possa pacificar a sociedade, de maneira justa e igualitária.

Entretanto, vislumbra-se atualmente a total perda de instrumentalidade e de capacidade do Estado em cumprir de forma satisfatória com sua obrigação, fazendo com que surjam inúmeras discussões e projetos visando desafogar o Estado-Judiciário e dinamizar a prestação da tutela jurisdicional.

Dentre as várias tentativas, aprovou-se, em 1995, a Lei 9.099, com o objetivo de dar maior efetividade ao processo e, ainda, garantir o acesso ao Judiciário por todo e qualquer cidadão, considerando-se a possibilidade de propositura de ações de menor complexidade, sem o pagamento de custas e sem complexidade, sem o pagamento de custas e sem a intermediação de advogado. Por outro lado, interessante observar que, mesmo com todo avanço da sociedade, é inegável que grande parte dos cidadãos desconhece por completo os direitos que possuem bem como os meios de exercê-lo.

Ainda, levando-se em conta a referida falta de efetividade dos atuais meios de composição de conflitos baseados unicamente no Poder Estatal, mostra-se mais do que essencial que a comunidade se organize e, além de conhecer seus direitos, consiga criar métodos de prevenção de conflitos, evitando-se a proliferação de demandas e a constante insatisfação social a elas inerente.

Nesse contexto, a Faculdade de Direito da PUC-Campinas, atenta aos atuais anseios da sociedade e, em especial, à comunidade carente de Campinas, possui importantíssimo papel social e de construção e desenvolvimento da cidadania, devendo desenvolver por completo seus projetos, sendo extremamente interessante desenvolver projetos de extensão à comunidade de usuários do Juizado Especial Cível.

Com isso, seria possível um conhecimento mais aprofundado quanto aos verdadeiros problemas e anseios da comunidade, a identificação desses problemas e, no que diz respeito aos problemas jurídicos, a identificação daqueles que poderiam ser prevenidos ou, quando impossível, seu encaminhamento aos órgãos legitimados para a oportuna resolução.

Nesse sentido, tendo como foco os usuários do Juizado Especial Cível, o desenvolvimento do projeto Oficinas do Direito propiciará não apenas o melhor gerenciamento de suas atividades, como a perfeita identificação das demandas, origens, perfil das partes, etc., como também propiciará a correta adequação, na Faculdade de Direito, do seu almejado Projeto Pedagógico e sua consistência com o Ensino, a Pesquisa e a Extensão.

Especificamente no que tange às atividades relacionadas ao projeto, pretende-se trabalhar principalmente na região central de Campinas enquanto as instalações físicas do curso de Direito permanecerem no Campus Central, tendo como pontos de apoio a Faculdade de Direito e o próprio Juizado Especial Cível da PUC-Campinas, localizados na região central que é a de maior concentração populacional e, além disso, possui um público transitório muito grande, considerando-se todo o comércio e as empresas localizadas na região, fazendo surgir, direta ou indiretamente, inúmeros conflitos relacionados aos órgãos.

Destacamos que, independentemente do local em que serão desenvolvidos os trabalhos, o presente plano de trabalho tem como foco a população mais carente de

Campinas, visando esclarecimento quanto a eventuais direitos e obrigações. Por outro lado, imagina-se que, com a criação do Juizado Especial Cível, várias questões que anteriormente ficavam à margem do Judiciário foram levadas ao seu conhecimento, sem qualquer ligação ou consideração quanto à capacidade financeira das partes ou sua formação educacional. Com isso, não só os economicamente menos favorecidos serão envolvidos no plano como também toda e qualquer pessoa que potencialmente se envolva com o Juizado Especial Cível junto à Universidade.

2. OFICINAS PARA A PRÁTICA DA MEDIAÇÃO E DA PACIFICAÇÃO SOCIAL.

Entre os formatos para a composição extrajudicial de conflitos e que se pretende fomentar junto aos destinatários do projeto, gerando um novo paradigma para a realização de justiça serão as oficinas de conscientização para a prática da mediação.

Diferente do tradicional mecanismo de solução de conflitos, a mediação sendo usada pela comunidade aparece potencialmente oferecendo uma forma dialogada, horizontal e participativa na busca da solução dos conflitos sociais, como enfatiza ADEMIR BUITONI:

A mediação encara o poder emancipatório, que existe em todo sistema jurídico, como fator mais importante do que o poder normativo. Uma sociedade para ser justa precisa, sem dúvida, de um mínimo de leis, porém precisa da indispensável internalização subjetiva dos valores éticos e morais. Os romanos já haviam percebido, como observou Paulus: “non omne, quod licet, honestum est”, ou seja, nem tudo que é

lícito é também honesto. O positivismo acabou com essa preocupação secular, separando o direito, da moral e da ética. No entanto, justamente, essa separação é um dos fatores que tornou dramática a vida atual e recolocou a necessidade de trazer o direito de volta para o campo ético.¹

Essa conscientização e a formação de uma cultura de pacificação permite inserir possibilidade do cidadão e da comunidade gerir seus próprios conflitos com autonomia, dentro do ambiente comunitário, mas jamais tentando substituir ao sistema judicial existente.

A cultura da mediação surge como um pilar da justiça comunitária e é edificada como complemento ao sistema judicial tradicional, tendo como principal papel a promoção do entendimento e da paz social nas esferas da comunidade onde os conflitos, em regra, não são levados ao Poder Judiciário, como aponta ROBERTO PORTUGAL BACELLAR:

Lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites da lide processual, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide

¹ BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. São Paulo: Revista do Advogado AASP, 2006.

sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.¹

Nesse sentido, dentro do principal objetivo do projeto, busca-se propiciar à Universidade, por meio de seus professores e alunos, um maior contato e relação com os membros da sociedade para, através de oficinas, palestras e interação, tornar-se possível a perfeita identificação dos problemas envolvendo a sociedade, a possibilidade de prevenção e com isso a diminuição de conflitos.

Com a possibilidade da Universidade prestar essa relevante ação junto à sociedade e em benefício da formação humanística dos nossos alunos e docentes envolvidos, a cultura para a pacificação com a mediação é assim defendida por ADEMIR BUITONI:

A mediação entra no âmago do conflito, disseca-o, examina todos os seus aspectos. É um modo não-estatal de solução de conflitos. Pode ser feita livremente pelas partes que, se desejarem, podem optar, ao fim dos entendimentos, em celebrar um termo de transação ou outro instrumento jurídico que reflita seus acordos. A mediação é um novo paradigma de solução dos conflitos, amplo, flexível, abrangente,

¹ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

informal. De certa forma, é o oposto do sistema judiciário vigente. Por isso assusta um pouco os operadores do direito que buscam a segurança, acima de tudo. A mediação deixa fluir a espontaneidade das pessoas, estimula a criatividade das partes e da sociedade. A mediação não tem uma resposta única para os conflitos, não tem a decisão correta, porque não decide. A mediação transfere a decisão para as partes, substituindo a atividade da decisão judicial pela liberdade da decisão dos cidadãos. No lugar da ilusão do normativismo que vem levando o sistema jurídico à exaustão, a mediação propõe o desvelamento dessa ilusão aproximando-se dos desejos das pessoas, de modo verdadeiramente harmonioso, e porque não dizer, amoroso. Como o bambu que se dobra, mas não quebra tão facilmente, a mediação é poderosa justamente por não usar força, por não usar coação. A força da mediação não vem do exterior, mas do interior da mente humana, onde residem grandes energias curadoras dos males da civilização atual.²

As atividades aplicadas ao projeto que se pretendem realizar possibilitarão um aperfeiçoamento nos próprios trabalhos realizados pelo Juizado Especial Cível da

² BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. São Paulo: Revista do Advogado AASP, 2006.

Universidade e, ainda, trará maior contato com a vida efetivamente acadêmica e prática/profissional por parte dos alunos da Faculdade, conferindo-lhes maturidade suficiente para o posterior desenvolvimento de outras práticas sociais à comunidade.

Demonstrando que o desenvolvimento da conscientização da cultura da pacificação social com a solução de conflitos por meio da conciliação e da mediação na formação de uma sociedade mais justa e solidária é possível, em dezembro de 2011, a recente ação realizada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, denominada “Semana Nacional de Conciliação”, foi alcançado índice de 99% de acordos nos conflitos da área de Direito de Família durante a campanha.¹

A mencionada ação foi realizada no Memorial da América Latina (São Paulo/SP), local onde se concentrava a maior parte das audiências pré-processuais. O importante, além da cultura pacificadora entre as partes é a solução de casos que nem chegaram a se transformar em ações judiciais – em resumo, só nessa área, quase quatro mil processos que deixaram de existir na Justiça.

A estatística estadual que abrange a 1ª e a 2ª instâncias demonstra que 40.535 pessoas foram atendidas durante os cinco dias da “Semana Nacional de Conciliação”.

As 19 mil audiências cíveis e criminais realizadas movimentaram o montante de R\$ 28.835.822,11.

No Memorial da América Latina, o índice de acordo foi de 82,61% e o valor total de acordo foi de R\$ 4.432.912,53.

Como exemplo aplicado, a assessoria do Tribunal relatou que um dos casos solucionados em audiência no Memorial envolvia uma família composta por sete irmãos e uma cunhada. Todos moravam no mesmo quintal e havia no terreno uma

oficina de artesanato. Os conflitos eram motivados pelos cachorros que sujavam o quintal, ausência de muro entre os imóveis e ainda portas abertas num local não aceito pelos demais irmãos.

O êxito na conciliação foi total e ficou acordado que, no prazo de 60 dias, serão providenciadas a troca de uma das portas por uma janela grande, outra janela será colocada na sala de jantar e uma janelinha instalada no lugar da atual porta da cozinha que será fechada. Além disso, um muro será feito para dividir o quintal e será aberta uma saída para a rua no local que até então é utilizado para o canil. Uma das janelas grande a cunhada paga e a outra os demais irmãos comprarão.

Nesse contexto é lúcida a reflexão de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se pelo trinômio (qualidade dos serviços jurisdicionais, tempestividade da tutela ministrada mediante o processo e a sua efetividade), não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável

¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br/Institucional/CanaisComunicacao/Noticias/Noticia.aspx?id=12507>. Acesso em 23.02.2012.

*uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta.*¹

Atentando-se a toda essa situação, a Universidade deve desenvolver por todas as formas projetos que, de algum modo, propiciem maior desenvolvimento da comunidade. Evidentemente que o plano em questão não possui caráter único ou eminentemente assistencialista, mas volta-se à melhor informação e conhecimento aos participantes dessa sociedade para que saibam e possam exercer os direitos que possuem, previnam outros litígios e até mesmo saibam dos métodos existentes para a composição extrajudicial dos conflitos surgidos, o que evidentemente propiciará, de forma direta e indireta, maior bem estar e proximidade com a efetiva cidadania.

3. OBJETIVOS E RESULTADOS ESPERADOS.

O objetivo geral do projeto é o desenvolvimento da conscientização o do interesse junto à comunidade por conhecimentos básicos de seus direitos, realçando a importância e o papel da cidadania na formação de uma sociedade mais justa e solidária, permitindo aproximar especificamente a comunidade de usuários do Juizado Especial Cível com a Universidade, identificando seus principais problemas jurídicos e, após, efetuar oficinas, palestras e cartilhas, realizando ainda o esclarecimento e a transmissão de informações para os jurisdicionados, buscando a pacificação social por meio da prevenção ou composição extrajudicial de conflitos.

Além disso, tem-se como objetivo geral, divulgar e fomentar a cultura da pacificação social com a solução de conflitos por meio da mediação, com a realização

de oficinas e palestras junto aos grupos sociais mais carentes e à comunidade universitária, buscando prevenir a instauração de litígios no âmbito judicial.

Uma vez atingidos os objetivos gerais acima propostos estarão sendo propiciado o desenvolvimento das ações aplicadas a partir dos dados e trabalhos realizados, o que evidentemente preenche os objetivos do Projeto Pedagógico do Curso de Direito, como também os próprios objetivos da Universidade.

Nesse sentido, podem-se mencionar como os objetivos específicos: a seleção e capacitação de alunos para as atividades de extensão; a identificação de locais para desenvolvimento dos trabalhos; a identificação dos principais problemas jurídicos e sociais do local e do grupo de pessoas escolhido para o desenvolvimento do plano de trabalho; a capacitação dos alunos e preparação de material didático; a conscientização dos cidadãos com a realização de oficinas, palestras, e apresentação de cartilhas sobre temas previamente identificados; a capacitação dos cidadãos ligados aos locais em que serão desenvolvidos os trabalhos para que obtenham informações e conhecimentos sobre algumas questões jurídicas como resgate da cidadania e a mediação de conflitos; e a promoção da prevenção de litígios por meio da conscientização e fomento da cultura da pacificação social com a solução de conflitos por meio da mediação.

A efetivação do presente projeto buscará atingir resultados junto da comunidade universitária e dos grupos sociais que terão acesso às ações de extensão que serão realizadas durante o período.

O resultado essencial esperado é disseminação da cultura da paz na busca para a solução de conflitos sociais, visando à diminuição de litígios formais e judiciais.

Nesse sentido, a realização de oficinas e palestras para essa conscientização cria uma cultura na forma de resolução consensual de litígios junto à sociedade mais carente, pois resulta da vontade dos interessados, que conciliados, provocam a

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2005.

oportunidade para o diálogo e entendimento mútuo, situação esperada como um dos resultados do projeto.

4. METODOLOGIA

O projeto será desenvolvido em cinco fases: a primeira fase relaciona-se com a seleção e capacitação de alunos para a realização das atividades, especialmente no que diz respeito à identificação e envolvimento com os objetivos do projeto; na segunda fase, serão identificados os melhores locais para o desenvolvimento dos trabalhos, realização das atividades, palestras, cursos e apresentação de materiais; a terceira fase será voltada para a estruturação e adequação das instalações do para realização das atividades propostas com a implementação de ambiente propício para a realização das oficinas, palestras e reuniões com os usuários do Juizado Especial Cível; com a quarta fase serão iniciadas as atividades aplicadas ao escopo principal do projeto, com a divisão de trabalho entre os estudantes previamente selecionados e capacitados para a realização das atividades, podendo também ser realizados encontros com os líderes comunitários, painéis de apresentação do plano de trabalho, bem como análise de dados colhidos junto aos órgãos já existentes, como o Juizado Especial Cível, a Assistência Judiciária, Associações de Moradores, Conselhos Comunitários, etc; ainda na quarta fase, é essencial a capacitação previa dos alunos selecionados para que possam realizar, sempre em conjunto e na presença do professor proponente, as atividades de orientação jurídica e oficinas sobre os principais problemas identificados junto à comunidade, tais como: relações de consumo, moradia, vizinhança, questões patrimoniais e contratuais, compra e venda, casamento e união estável, separação e divórcio, sucessão etc.; finalmente, a quinta fase, permitirá realizar a avaliação de todas as atividades desenvolvidas durante o projeto, verificando-se o aproveitamento e

eventuais aperfeiçoamentos que possam existir e elaboração de relatório final do projeto.

CONCLUSÃO

Entendendo o projeto Oficina do Direito inserido em um processo de transformação, em que alunos, professores e funcionários em conjunto com a comunidade, buscam o desenvolvimento mútuo e melhora na qualidade de vida, o projeto espera conscientizar e desenvolver o interesse junto à comunidade por conhecimentos básicos de seus direitos, realçando a importância e o papel da cidadania na formação de uma sociedade mais justa e solidária.

Essa ação transformadora, somente será viável se a comunidade alcançar meios de aprender e conhecer de forma clara e descomplicada seus direitos básicos, para exercê-los no cotidiano, gerando a possibilidade de prevenção e com isso a diminuição de conflitos sociais, procurando divulgar a cultura da pacificação social com a solução de conflitos por meio da mediação, fomentando prevenir a instauração de litígios no âmbito judicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em <http://www.tj.sp.gov.br/>. Acesso em 23.10.2012.

BUITONI, Ademir. *A ilusão do normativismo e a mediação*. São Paulo: Revista do Advogado AASP, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREGAPANI, Guilherme Silva Barbosa. *Formas alternativas de solução de conflitos a lei dos juizados especiais cíveis*. Brasília: Senado Federal, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE Kazuo e LAGRASTA NETO, Caetano. *Mediação e gerenciamento do processo*. São Paulo: Atlas, 2008.

**GT SOCIEDADE MUNDIAL, ORGANIZAÇÕES E DIÁLOGO
INTERCULTURAL**

**CONTEXTO MIGRATÓRIO E REGULAÇÃO SOCIAL DE SITUAÇÕES
CONFLITUOSAS: NOTAS PRELIMINARES EM TORNO DE UMA
PESQUISA SOBRE A “COMUNIDADE” DE MIGRANTES BRASILEIROS
INSTALADOS IRREGULARMENTE NA BÉLGICA**

Bruno Zavataro¹

RESUMO

Esta comunicação visa apresentar os resultados preliminares de uma pesquisa de doutoramento em criminologia, que o autor realiza desde outubro de 2011, cujo objetivo é investigar as formas de resolução de conflitos tais como aquelas empregadas pelos membros da “comunidade” de migrantes brasileiros estabelecidos irregularmente no território da Bélgica. Face ao clima atual de recrudescimento das políticas migratórias em toda a Europa, de securização de suas fronteiras e de criminalização da imigração, pretende-se analisar como os migrantes brasileiros operam estratégias de regulação de situações percebidas como conflituosas e as lógicas de ação que lhes animam. Apoiando-se no método de tipo etnográfico e em entrevistas já realizadas junto a alguns migrantes e membros do setor associativo na Bélgica, buscou-se investigar nesta comunicação se os brasileiros instalados clandestinamente neste país teriam, apesar dos riscos de uma retenção e de uma expulsão do território belga, acesso ao sistema de administração da justiça. Dada a complexidade e a diversidade das

práticas observadas no campo social um novo questionamento da problemática da pesquisa foi posteriormente adotado. De uma forma geral, esta pesquisa se inscreve nas perspectivas pluralistas que tendem, de um lado, a sugerir novas articulações entre situações conflituosas e as reações sociais a seu respeito; de outro lado, a questionar o lugar e o papel do Direito, principalmente do direito penal, no que tange à regulação de situações conflituosas nas sociedades contemporâneas estatizadas.

Palavras-chave: *migração brasileira; acesso à justiça; resolução de conflitos; perspectivas criminológicas.*

ABSTRACT

This article aims to introduce the first results of a PhD research in Criminology which the author is conducting since October 2011. The objective of the current research is the investigation of different dispute resolutions mechanisms such as those identified among the undocumented migrants of the Brazilian community who are residing in Belgium. Due to the reinforcement of current migration policies in Europe, from border control to the criminalization of migrants, the purpose of the study is to analyze how Brazilian migrants develop assistance strategies in conflicting situations and the reasons of their motivation in each context. By using the ethnographic methodology and by interviewing migrants and members of the NGO sector in Belgium, the researcher investigated if undocumented Brazilians residing in Belgium have access to justice regardless of the risks of detention and deportation. Given the complexity and the diversity of practices observed in the social field, a new questioning of the problem was subsequently adopted. In general, this research analyses the pluralist perspectives which tend, on one hand, to suggest new articulations between conflicting situations and the respective social reactions; on the other hand, to question the law's –

¹ Doutorando em Criminologia, *Université Libre de Bruxelles* (ULB/Bélgica). Bolsista Mini-Arc, ULB. E-mail: bruno.zavataro@ulb.ac.be.

especially criminal law's – place and role, regarding the regulation of conflicting situations in contemporary societies.

Keywords: *Brazilian migration; access to justice; conflict resolution; criminological perspectives.*

INTRODUÇÃO

Há algumas décadas, uma mudança das políticas migratórias emergiu em escala internacional e fez com que a questão do controle dos fluxos migratórios fosse incessantemente objeto de uma atenção particular por parte dos estados nacionais. Se as ondas migratórias tendo por destinação a Europa nunca se interromperam de fato, contrariamente aos resultados políticos desejados, o fechamento de suas fronteiras e o fim da imigração regulada pelo Estado¹ produziram, no entanto, efeitos práticos na vida dos migrantes. Com efeito, o crescente endurecimento das políticas de imigração² resultou no surgimento da figura do migrante “clandestino” ou “indocumentado”. Este pode, assim, “viver no interior das fronteiras dos Estados europeus, permanecendo, às vezes, à margem das instituições do Estado de direito e do Estado social e isso durante inúmeros anos” (Rea, 2008, p. 37).

Em certa medida, tais políticas parecem ser um dos sinais visíveis do colapso do princípio de solidariedade que presidiu a edificação dos Estados sociais europeus ao longo do último século. E o estrangeiro se tornou, mais do que nunca, a figura emblemática da alteridade, o elemento que perturba a ordem estatal, já enfraquecida pelo processo de globalização. Certo, há algumas décadas que nossas sociedades passam por transformações importantes nas formas de representação e de legitimação do mundo social, e o processo de globalização³, acompanhado pelo avanço

¹ Tal como fora afirmado a partir dos anos 70.

² Objetivando tornar cada vez mais difícil tanto o acesso ao “espaço Schengen” quanto as condições para a obtenção de um visto de entrada e permanência.

³ A globalização não representa apenas o enfraquecimento das estruturas políticas nacionais nem o colapso das organizações sociais até então

do neoliberalismo, nos levam a questionar o próprio projeto de modernidade, particularmente o alcance de um discurso baseado nos postulados do Estado-Nação¹.

Os mecanismos de exclusão existentes no campo das políticas migratórias tendem cada vez mais a restringir o acesso aos direitos e aos recursos públicos às pessoas em situação de estadia irregular no país de acolhimento, constituindo-se, dessa forma, em fonte de insegurança social, de discriminação e de conflitos. Pesquisas realizadas junto a certas comunidades clandestinas na Bélgica já observaram o quanto estas se encontram em uma condição particularmente vulnerável e precária (Adam *et al.*, 2002). Elas enfatizam igualmente a posição de dependência, de sujeição e de exploração na qual os migrantes em situação irregular se encontram em relação às pessoas com as quais estabelecem relações no quotidiano, tais como locatários de imóveis, empregadores, membros da comunidade etc. Dessa forma, o contexto migratório enquanto tal parece se constituir em fonte de inúmeras tensões que favorecem, mais do que em outros contextos, a eclosão de conflitos no interior de populações clandestinas.

dominantes, mas ela se acompanha de uma intensificação transnacional do fluxo de capitais, de informações e de populações cujas consequências se fazem sentir tanto nos âmbitos sociais (Bauman, 1999) quanto culturais (Apadurai, 2005) e jurídicos (Arnaud, 1998).

¹ A imigração revela, com efeito, o arbitrário e a violência das formas simbólicas nas quais se estabeleceram as bases de legitimação dos Estados-Nação; ela desnuda, por assim dizer, os fundamentos nos quais os Estados-Nação mantiveram “naturalmente” sua legitimidade e influenciaram nossas maneiras, por assim dizer “nacionais”, de agir e de pensar. E pensar a imigração é, como observa Sayad (1999), pensar o próprio Estado. A imigração permite desvelar aquilo que há de mais profundo na ordem estatal nacional, cuja ordem jurídica é um elemento constitutivo. Ela se torna, pela força das coisas, um instrumento revelador do direito assim como da sociedade como um todo (Lochak, 1985).

Diante do atual clima de endurecimento das políticas migratórias em escala europeia, de securização de suas fronteiras e de criminalização da imigração (Nagels e Rea, 2010) – colocando o migrante na qualidade de nova figura ameaçadora da contemporaneidade – levantar a hipótese de uma condição clandestina *governando* e *condicionando* o conjunto da vida social dos imigrantes tem toda sua razão de ser. É importante notar que no momento atual, o status administrativo do migrante tende a primar sobre todos os status que são constitutivos do seu ser social e que definem as identidades sociais dos indivíduos no interior de grupos sociais. As reformas implementadas na Europa nos últimos anos em matéria de imigração revelam uma certa vontade política de manter de maneira duradoura os migrantes nas suas *condições social e jurídica de estrangeiro*. E, em larga escala, são praticamente todos os aspectos essenciais da vida dos migrantes que acabam suscetíveis de depender de sua condição jurídica de estadia na sociedade de destino. Condição que poderíamos, tal como proposto por Engbersen, designar como sendo um propriedade principal (*propriété maîtresse*), uma “característica social dominante ofuscando todas as outras propriedades individuais” (1999, pp. 26-38).

Em tempos de globalização, é de se lamentar o fato de que a problemática dos conflitos que emergem em contexto migratório e de sua “resolução” seja apenas marginalmente levada em consideração pelas pesquisas conduzidas no campo dos estudos migratórios. Pouco ou nada se sabe a respeito da maneira pela qual os indivíduos privados de uma autorização de residência, desprovidos, grosso modo, de proteção jurídica e vivendo sob a ameaça constante da privação de liberdade e da expulsão de um dado território nacional, resolvem os conflitos que surgem no quotidiano migratório. É com o intuito de trazer elementos de compreensão a essa problemática que eu realizo desde outubro de 2011 uma pesquisa de doutoramento tendo por objetivo investigar as formas de resolução de conflitos que são empregadas

pelos membros da “comunidade” de migrantes brasileiros ¹ estabelecidos irregularmente no território da Bélgica. Se esta pesquisa tem por objetivo a compreensão dos diversos modos de regulação das relações sociais conflituosas no contexto migratório belga, esta comunicação focalizar-se-á apenas na apresentação de alguns resultados preliminares até agora obtidos.

Baseados nas minhas observações de campo, feitas entre novembro de 2011 e julho de 2012, e em entrevistas exploratórias, totalizando até agora uma quinzena, realizadas junto a alguns trabalhadores do setor associativo belga, bem como junto a alguns migrantes que experimentaram alguma situação conflituosa no país de acolhimento, intenta-se aqui responder à pergunta seguinte: teriam os brasileiros residentes em situação ilegal no Reino da Bélgica acesso ao sistema de administração da justiça para a resolução das situações conflituosas por eles vivenciadas no contexto migratório? Diante do quadro atual de endurecimento das políticas migratórias, uma hipótese de trabalho havia preliminarmente sido levantada e dizia respeito ao não-acesso desta “comunidade” ao referido sistema.

Dadas as características do campo migratório brasileiro na Bélgica, duas estratégias de acesso à comunidade de brasileiros foram até agora adotadas: a) estar presente lá onde eles estão, objetivando assim participar de suas vidas de imigrantes clandestinos; b) ter acesso à comunidade através do setor associativo cuja missão é o apoio às populações migrantes, particularmente as organizações que lidam com a

¹ Tal como aconteceu no âmbito internacional, a migração brasileira na Europa se viu marcada por um processo de diversificação das suas rotas migratórias. É, neste contexto, que a Bélgica se impôs recentemente como sendo um importante destino da diáspora brasileira. Embora o número de nacionais brasileiros instalados neste país não seja conhecido com precisão, algumas fontes de informação estimaram, para o ano de 2011, em torno de 60.000 migrantes, cuja maioria não disporia de uma autorização de residência (Ministério das Relações Exteriores, 2011).

população de brasileiros. A pesquisa exploratória até aqui realizada visava identificar, de um lado, as entidades que prestam serviços aos migrantes brasileiros em Bruxelas e, de outro lado, os principais problemas com os quais os brasileiros são confrontados no contexto migratório belga e que são, de alguma forma, mediados por essas organizações. Os dados etnográficos foram obtidos através da minha participação nas atividades realizadas por algumas associações instaladas em Bruxelas, das observações relativas às suas práticas, inclusive das interações sociais estabelecidas neste setor. Por sinal, desde o início desta pesquisa, um trabalho de voluntariado foi iniciado junto à *Abraço*, uma importante associação, criada em 2006, de ajuda social e jurídica destinada às populações lusofônicas em situação de permanência irregular ou precária na Bélgica, principalmente a brasileira. Além do contato permanente com inúmeros migrantes, a etnografia realizada junto a essa associação me permitiu realizar um balanço não apenas dos principais problemas enfrentados pelos brasileiros, mas também do papel que a associação exerce no âmbito da “resolução de conflitos”.

Na fase inicial desta pesquisa exploratória, procurou-se identificar, no campo da imigração clandestina, quais seriam os obstáculos (materiais e/ou simbólicos) para o recurso dos migrantes brasileiros às instâncias oficiais tendo por missão a regulação das relações sociais conflituosas. Esse questionamento tem por preocupação abordar, não apenas o problema da privação de direitos à qual os migrantes indocumentados são condenados na sociedade de destino, mas também o problema da privação do campo do direito ao qual eles poderiam, de *facto* ou de *iuris*, ser submetidos. Em um ambiente político-jurídico marcado pela adoção de uma regulamentação de polícia ² cada vez mais restritiva ao exercício de direitos

² O regime jurídico no qual se encontram os estrangeiros se assemelharia a um regime digno de um Estado de polícia, baseado precipuamente em preocupações voltadas à ordem pública e à segurança nacional e dando às

fundamentais às pessoas de origem estrangeira que vivem em situação irregular no Reino da Bélgica, esta comunicação tem, como já dito, a pretensão de apresentar os resultados preliminares da minha pesquisa e que resultaram na reformulação dos seus questionamentos iniciais.

1. A REGULAÇÃO INSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES SOCIAIS CONFLITUOSAS FACE A UMA LEGISLAÇÃO COM CONTORNOS FLUIDOS: SERIA A HIPÓTESE DA NEGAÇÃO DA JUSTIÇA INFUNDADA?

O problema do acesso das populações clandestinas às instituições oficiais, pode ser constatado através da análise de alguns dispositivos legais belgas. Os artigos 74/7 e 75 da lei de 15 de dezembro de 1980, relativa ao acesso ao território, à estadia, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiros prevêm:

Artigo 74/7 : os serviços de polícia podem reter um estrangeiro que não seja portador dos documentos de identidade ou dos documentos previstos na lei e submetê-lo a uma medida de retenção administrativa, na espera de uma decisão do Ministro ou de seu delegado. A duração da privação de liberdade não pode ultrapassar vinte e quatro horas.

Artigo 75: ... ao estrangeiro que entra ou permanece ilegalmente no Reino é cabível uma pena de prisão de oito

autoridades administrativas amplo poder decisório (Lochak, *op. cit.*, p. 213) . Neste sentido, o estrangeiro se torna, já que privado de direitos subjetivos, um simples objeto de uma regulamentação cada vez mais transbordante.

a três meses e uma multa de vinte e seis EUR a duzentos EUR ou apenas uma destas penas.

No mesmo sentido, o artigo 21 da lei de 05 de agosto de 1993, relativa à função de polícia, prevê:

Artigo 21: (Os serviços de polícia) zelam pelo respeito às disposições legais relativas ao acesso ao território, à estadia, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiros. (Eles) retêm os estrangeiros que não são portadores das peças de identidade ou dos documentos exigidos pela regulamentação relativa ao acesso ao território, à estadia, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiros e tomam a seu respeito as medidas previstas pela lei ou pela autoridade competente.

Por sua vez, a *circulaire relative au rapport administratif de contrôle de ressortissants étrangers par les fonctionnaires de police administrative ou judiciaire*, datada de 27 de janeiro de 1998, estipula que :

A fim de tomar a decisão prevista no artigo 74/7 da lei datando de 15 de dezembro de 1980, um relatório administrativo é redigido pelos serviços de polícia e enviado por fax ao Ofício dos Estrangeiros, autoridade de polícia administrativa especialmente competente.

Este relatório tem dois objetivos. De um lado, ele permite ao Ministro ou ao seu delegado tomar uma decisão no âmbito da retenção administrativa do estrangeiro. De outro lado, ele deve permitir, tanto ao nível federal quanto local, apreender e gerar o fenômeno da imigração clandestina e lutar mais eficazmente contra a criminalidade organizada.

Como se vê pelos dispositivos acima mencionados, em matéria de controle da imigração clandestina, a polícia goza de amplo poder discricionário, constituindo assim, senão um obstáculo real aos migrantes desejosos de recorrer aos serviços de polícia, ao menos um fator que favorece a multiplicidade de práticas policiais. Principalmente porque o papel no qual a polícia é investida, no que concerne à luta contra a imigração clandestina é, para dizer o mínimo, paradoxal: da mesma forma que ela deve supostamente proteger as pessoas e os bens, independentemente de seu status jurídico de estadia, ela se arroga na missão de lutar contra a imigração clandestina e, assim o fazendo, é o status do migrante que é suscetível de se tornar o critério que rege a ação policial. Podemos assim dizer que, noticiar um fato à polícia pode se tornar, como sugere Van der Plancke (2011), entregar-se, e que as relações entre as populações clandestinas e os representantes das forças de ordem não são claras. Pergunta-se, com efeito, em que medida um migrante em situação de estadia irregular pode fazer valer seus “direitos” se o espectro da prisão e da expulsão do território é um componente da própria condição do estrangeiro. E as implicações deste fato nas relações sociais em que o status jurídico do estrangeiro pode se transformar em objeto de intimidação por parte de um dos protagonistas são não-negligenciáveis.

A questão relativa aos riscos de expulsão devido a um registro de ocorrência na polícia – quando se trata de um migrante em situação de estadia irregular – se tornou atualmente um objeto de preocupação por parte do setor associativo belga o qual acabou se sensibilizando ao problema de forma mais contundente que no passado. Interessando-se pela problemática do acesso à justiça e aos serviços em prol das mulheres migrantes, várias organizações denunciam a dupla violência que sofrem as mulheres privadas da autorização de estadia quando confrontadas com a violência doméstica. Assim, estas organizações denunciam os obstáculos, tanto legislativos quanto práticos, que são suscetíveis de desencorajar toda iniciativa das mulheres, migrantes e em situação irregular, a denunciar a violência que sofrem dos seus parceiros¹. Situação que não difere muito daquela vivida pelas mulheres que se beneficiaram do dispositivo do reagrupamento familiar e, *a fortiori*, vêm-se mantidas, durante um certo lapso de tempo estabelecido pela lei, a um status administrativo de dependência vis-a-vis de seus parceiros². O temor da perda do direito de estadia obtido

¹ Particularmente, o medo da privação da liberdade e da expulsão do território. É importante notar que recentemente o Parlamento Europeu e o Conselho da União Européia aprovaram a Diretiva 2012/29/UE. Esta estabelece as normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade. Dentre todas as medidas, previu-se explicitamente que “os Estados membros deveriam tomar as medidas necessárias para assegurar que os direitos enunciados na presente Diretiva não fiquem subordinados ao status de residente da vítima no seu território nem à sua cidadania ou sua nacionalidade” In : *Journal officiel de l'Union européenne*, datant du 14 novembre 2012, L315/58.

² A lei de 08 de julho de 2011 trouxe alterações na lei de 15 de dezembro de 1980, relativa ao acesso ao território, à estadia, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiro. Impondo novas condições ao reagrupamento familiar, esta lei acabou por ampliar o prazo de verificação da célula familiar, passando de 2 para 3 anos, período dentro do qual a carta de residência pode ser retirada se o casal não mantém mais uma vida conjugal ou familiar efetiva (artigo 13).

graças a este dispositivo é um elemento suscetível de, durante o período de probação, inibir as mulheres a se dirigir aos serviços de polícia a fim de dar fim à violência sofrida. Tais constatações podem ser observadas em um recente relatório publicado pela *Human Rights Watch* (2012) relativo à proteção contra a violência intrafamiliar existente no âmbito das populações de migrantes na Bélgica. Aliás, estes resultados se alinham àqueles divulgados em um relatório lançado pela *Plate-forme pour la Coopération Internationale sur les Sans-Papiers* o qual chegou a um quadro geral e similar para a maior parte dos países europeus :

As migrantes em situação irregular que queiram registrar fatos de violência na polícia ou ajuizar uma demanda na justiça enfrentam múltiplos obstáculos estruturais e práticos. Se elas pedem a ajuda da polícia, elas riscam a prisão e a expulsão porque suas situações irregulares se sobrepõem aos seus direitos à justiça e à proteção. Nega-se-lhes frequentemente uma ajuda jurídica gratuita e impede-se-lhes de intentar uma ação penal já que elas são geralmente expulsas para seus países de origem antes mesmo que a ação em justiça seja iniciada (PICUM, 2012).

Minha opção de abordar sucintamente a problemática da violência cometida contra mulheres indocumentadas é justamente para chamar a atenção ao fato de que o status jurídico de estadia da migrante poderia ter eventualmente um peso decisivo no que concerne à declaração de um fato de violência aos serviços de polícia ou a outras instituições. Tais constatações poderiam, no entanto, ser estendidos a todas as relações cujo status jurídico da pessoa pode se transformar em objeto de intimidação da parte de um dos protagonistas.

Não se limitando à única dimensão policial, podemos afirmar que o poder do qual dispõe a polícia participa de um processo mais amplo de empoderamento dentro do qual, como o passar dos anos, as administrações foram dotadas em matéria de estadia e de afastamento do território belga. Para dar mais um exemplo daquilo que estamos falando e que tem repercussão na questão relativa ao acesso à justiça, muito embora a análise aprofundada da legislação não seja o objeto desta comunicação, podemos mencionar o artigo 668 do Código Judiciário belga, quando este estipula¹:

Artigo 668: O benefício da assistência judiciária pode ser conferido nas mesmas condições:

- a) Aos estrangeiros, conforme os tratados internacionais;*
- b) A todo nacional de um Estado membro do Conselho da Europa;*
- c) A todo estrangeiro que tem, de uma maneira regular, sua residência habitual na Bélgica (ou que está em situação de estadia regular em um dos Estados membros da União europeia);*
- d) A todo estrangeiro nos procedimentos previstos na lei relativa ao acesso ao território, à estadia, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiros (grifou-se).*

¹ Embora a Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso ANAKOMBA YULA vs. BÉLGICA, tenha decidido que este dispositivo violava os artigos 6 (direito a um processo equitável) e 14 (interdição de discriminação) da Convenção Europeia de Direitos do Homem, v. a respeito <http://unhcr.org/refworld/pdfid/49f9c7032.pdf>.

Uma vez mais, observa-se uma tendência da legislação em vigor em restringir cada vez mais o campo institucional de ação para os indivíduos privados de uma carta de residência. Face ao contexto abordado sucintamente aqui, seríamos levados a acreditar que os “sem-papéis” seriam obrigados, diante de uma situação conflituosa com uma terceira pessoa ou uma entidade, a recorrer a outras vias de resolução de problemas, tais como aquelas com características informais e não propriamente ao sistema de administração da justiça ? Diante de um tal contexto jurídico, levantar a hipótese da negação da justiça (estatal) não nos parece infundada.

3. REPENSANDO O CAMPO DO DIREITO: A REGULAÇÃO ESTATAL DE CONFLITOS NA SEARA DE NOVOS POSICIONAMENTOS CRIMINOLÓGICOS

Como já pudemos sublinhar linhas atrás, são raros os trabalhos visando apreender as formas de regulação de conflitos, tais como praticadas no interior de comunidades migrantes clandestinas. Estando a condição irregular de estadia historicamente constituída nas engrenagens das políticas migratórias europeias, meu interesse é particularmente centrado na maneira pela qual os conflitos emergem no interior da “comunidade” de brasileiros residentes na Bélgica, a forma como eles são “resolvidos” no âmbito das relações sociais concretas nas quais se inscreve esta comunidade e, enfim, no modo pelo qual a regulação de conflitos evoluiria em função do status jurídico do migrante.

De uma forma geral, esta pesquisa se inscreve nas perspectivas pluralistas que tendem, de um lado, a sugerir novas articulações entre situações conflituosas e as reações sociais a seu respeito; de outro lado, a questionar o lugar e o papel do Direito, inclusive do direito penal, no que tange à regulação de situações conflituosas nas sociedades contemporâneas estatizadas. No campo da produção de

saberes criminológicos, algumas abordagens tendem a enfatizar a importância de repensar as fronteiras dos saberes científicos, inclusive da criminologia, para sugerir novos elementos suscetíveis de questionar os diferentes códigos sociais observáveis na relações sociais (conflituosas). Além disso, elas permitem questionar, a título heurístico, a coexistência de diferentes modos de regulação de conflitos que podem ser observados nas práticas concretas dos atores sociais (Pires e Digneffe, 1992; Pires, 1993).

Atualmente emergem, no interior do campo de interesses criminológicos, projetos de conhecimento ligados à preocupação de questionar as práticas de regulação social de conflitos no interior de nossas sociedades estatizadas. Primeiramente, estas pesquisas visam a examinar a maneira pela qual um sistema de tipo vindicatório¹ teria subsistido, embora de maneira desnaturalizada nas práticas sociais e que poderia, de alguma forma, concorrer, em matéria de gestão de conflitos,

¹Verdier (1980) sustenta que o Estado moderno, colocando-se como o único detentor do monopólio da violência legítima, teria produzido a repulsa e a desnaturalização da vingança, mas não o seu desaparecimento, assimilando-a a uma prática individual, subversiva e proibida. Longe da visão moderna de vingança, como veiculada pela razão do Estado, o sistema vindicatório é na sua origem “parte integrante do sistema social global”, uma “ética colocando em jogo um conjunto de representações e de valores referentes à vida e à morte, ao tempo e ao espaço, à pessoa e aos bens; ele é um código social que tem suas regras e seus ritos para abrir, suspender e encerrar a vingança; ele é enfim um instrumento e um lugar do poder, que identifica e opõe unidades sociais, os grupos vindicatórios” (p.16). Assim, trata-se de uma prática que torna possível a restauração da identidade e da integridade dos grupos sociais, permitindo assim o restabelecimento de um equilíbrio nas relações sociais rompidas pelo ato ofensor. Enfim, mais do que lógica punitiva, lógica restaurativa. De uma forma geral, como observa este autor, enquanto os fundamentos do Estado não estavam abalados pela crise, tal renúncia à noção primeira de vingança pôde subsistir. A crise teria assim, como ressalta Verdier, permitido à vingança de reivindicar seus direitos como “lógica de trocas e de poder” (p. 36).

com o sistema jurídico-estatal (Strimelle et Vanhamme, 2009; Vanhamme, 2011). Em segundo lugar, estas pesquisas buscam analisar e questionar o lugar que ocupa o direito, especialmente o direito penal (Lascoumes, 1985), no interior de um espaço social mais amplo de regulação de conflitos. Assim o fazendo, elas visam analisar as relações que se estabelecem entre a penalidade e outros modos sociais de regulação de conflitos. Enfim, estas pesquisas buscam estudar a maneira pela qual os comportamentos problemáticos, suscetíveis de entrar no campo das incriminações penais, são tratados pelos atores sociais a partir de outros campos semânticos ou lógicas de ação, seja no interior da própria esfera jurídico-judiciária (Acosta, 1988), seja no seu exterior (Zauberman e Robert, 1995).

Neste sentido, o direito estatal passa a ser visto como um recurso de que os atores sociais podem ou não se valer diante de uma situação percebida como sendo conflituosa. O recurso penal, por exemplo, mesmo quando é utilizado pelos atores, esbarra em um mosaico de expectativas e de significações que lhe atribuem um lugar bastante relativo, assim como usos bastante contrastados. Como observam Zauberman e Robert (*op. cit.*, p. 244) : “do lado das vítimas, encontramos primeiro, não delitos, mas situações. O recurso ao penal pode ser considerado como um recurso que certos atores vão tentar mobilizar para geri-las”. E, por vezes, isso se dá na qualidade de último recurso, quando outros modos de resolução já se esgotaram.

Oberva-se, com efeito, o quanto são os atores que acabam por exercer um papel essencial a fim de dar ou não ao seu conflito uma dimensão jurídica. Exceto os casos de proatividade institucional, são os indivíduos que vão decidir, ao longo de um processo complexo de transformação e de retradução de seus conflitos, se eventualmente os vão “judicializar”. Tanto é válida esta observação que várias pesquisas já demonstraram que a maior parte dos cidadãos resolve seus conflitos sem o recurso às instâncias jurídico-estatais. Aliás, as pesquisas realizadas em matéria de

vitimização constataram que o sistema judiciário gera poucas situações conflituosas. Em matéria penal, por exemplo, estima-se que apenas um terço dos atos criminalizáveis são levados ao conhecimento do sistema penal (Junger-Tas *et al.*, 2003). Esta tendência é igualmente observada em matéria civil, como indicam, na Bélgica, os trabalhos de Van Loon et Langerwerf (1990).

Verifica-se, desta maneira, que as pessoas confrontadas com situações conflituosas não se limitam apenas a recorrer ao Estado. Elas podem preferir, por sua vez, mobilizar outros recursos para dar uma resposta aos seus problemas. Toda estrutura social tende, assim, a favorecer um certo campo de possibilidades para a ação dos indivíduos. A negociação direta, o sistema de seguro privado, as redes de proximidade, os sindicatos, as redes associativas, entre outros, são recursos empregados pelos *cidadãos* para fazer frente aos seus conflitos. Invocar essa questão remete ao fato de que a vida social é inteiramente portadora de sentidos, que se reatualizam mormente nas interações sociais e nas representações que os indivíduos fazem da vida quotidiana. “A deflagração do sistema penal, e em seguida seu próprio funcionamento, depende em boa parte das representações que fazemos na sociedade como entre seus operados” (Robert e Faugeron, 1980). Tais como os mecanismos de seleção que são operados pelo sistema jurídico, os atores reagem¹ igualmente com base em mecanismos de seleção e de significação, a fim de interpretar e dar sentido à sua situação.

Desta forma, a ênfase, pode-se dizer, o culto, que é dado ao Estado, pressupondo o mito de um recurso pletórico às formas de regulação jurídica que ele supostamente encarna, está a ser revisitada e impõe, diante do que foi dito, uma atenção particular às significações atribuídas pelos atores em conflito e à pluralidade

¹ Levando-se em conta variáveis ligadas à estrutura social, de um lado, e às características dos indivíduos, de outro lado.

de lógicas de ação que pode existir quando eles são confrontados com situações conflituosas. No âmbito migratório, um tal questionamento toma outra relevância já que, diante do contexto que foi até aqui apresentado, as populações clandestinas teriam diante de si um campo de ação juridicamente reduzido.

4. DA BUSCA POR SEUS “DIREITOS” À BUSCA PELO DIREITO: OS QUESTIONAMENTOS INICIAIS DE UMA PESQUISA POSTOS AO CRIVO DAS PRÁTICAS SOCIAIS

Como se viu, é com base nas orientações teóricas descritas acima e a partir da consideração das atuais políticas migratórias de caráter repressivo, que se colocou a questão de saber, em matéria de imigração clandestina, se os migrantes brasileiros residentes no país de acolhida, em situação de estadia irregular, não encontrariam diante de si obstáculos (materiais e/ou simbólicos) para o recurso às instâncias oficiais que têm por missão a regulação das relações sociais conflituosas.

É interessante notar que a consideração do fenômeno da imigração brasileira na Bélgica foi tamanha que, ao longo dos anos, os brasileiros figuraram em praticamente todos os relatórios em que a questão da imigração neste país foi abordada. E essa representatividade de brasileiros não se fez apenas sentir em relação às estatísticas migratórias, mas também no que diz respeito à presença cada vez maior, dos membros desta comunidade, nos atendimentos sociojurídicos oferecidos pelos serviços associativos de primeira linha na Bélgica. Em uma pesquisa focada nas representações que os profissionais do setor associativo belga têm da migração e do migrante brasileiros, Carvalho (2007, p. 13) pôde observar o quanto estes tendiam, cada vez mais, a recorrer aos serviços associativos disponíveis, e isso após terem passado despercebidos pela sociedade e pelas autoridades belgas nos anos 90. Entretanto, alguns fatores ainda constituem obstáculos ao recurso de brasileiros aos

serviços de primeira linha: a) sua condição de “ilegal” no país de destino; b) o fato de os migrantes brasileiros não terem, em seu país de origem, estruturas associativas similares; c) o peso das redes sociais e das igrejas, fazendo com que eles sejam fortemente ligados entre si; d) seus projetos migratórios se constituindo pela “ideia de uma intensa acumulação com uma curta estadia” (Carvalho, *op. cit.*, p. 14) ; e) a barreira linguística¹. As entrevistas até agora realizadas com migrantes nos permite identificar ainda dois outros fatores: de um lado, a falta de informação a respeito dos serviços de primeira linha disponíveis no país de acolhida e, de outro lado, a relativa desconfiança com estes serviços, notadamente quando eles são percebidos como emanados do poder público.

A tendência de um aumento da representatividade de brasileiros no setor associativo belga, tal como foi observada por Carvalho, tende a se confirmar pelos dados que estão sendo coletados no campo da pesquisa². Neste contexto, pode-se afirmar que as associações conseguiram, ao longo dos últimos anos, acompanhar a

¹ Por se tratar de um país dotado de três comunidades linguísticas: francês, holandês e alemão.

² Além de entrevistas que já foram realizadas com responsáveis por associações socioculturais brasileiras, pudemos até o momento realizar entrevistas com alguns responsáveis do setor associativo belga instalado em Bruxelas e que tem como característica o atendimento multicomunitário, quais sejam: a *Organisation pour les Travailleurs Immigrés Clandestins* (OR.C.A.), a *Voix de Femmes*, a *Convergences* e *Infor-Étranger*. Algumas dessas associações já dispõem, nos seus atendimentos, de profissionais brasileiros. Na primeira, observa-se que duas são as nacionalidades mais representadas pelo serviço em questão: a brasileira e a marroquina. Na *infor-Étranger* observa-se que, ao largo de 4 anos, houve um aumento de mais de 200% do número de brasileiros sendo atendidos por este serviço, passando de 6,7% em 2007 para 23,3% em 2011. A *Convergences*, outro exemplo, colocou em prática um atendimento específico destinado à população migrante brasileira. Atualmente, os brasileiros representam 70% de sua “clientela”. (Entrevistas realizadas entre janeiro e julho de 2012).

evolução dos perfis étnicos observados nos bairros de Bruxelas. Para os atores associativos, a difusão da informação no seio da comunidade brasileira, relativa aos serviços sociojurídicos disponíveis em Bruxelas, dá-se essencialmente pelo boca a boca ou por intermédio das igrejas instaladas na Bélgica. Uma das responsáveis de uma associação que pudemos encontrar, localizada na comuna de Anderlecht, destaca que a maioria dos brasileiros que procura pelos seu serviço é prioritariamente encaminhada por duas igrejas evangélicas brasileiras instaladas no mesmo bairro. Entretanto, a maior parte dos problemas que são objeto de tais encaminhamentos está relacionada a questões administrativas, e raramente a conflitos familiares, o que sugere, aliás, que este tipo de problemática acaba sendo regulada no interior das próprias igrejas. Tal hipótese resta, no entanto, a verificar. Ao que tudo indica, a existência de vários *fora* de regulação de relações sociais conflituosas me conduz a investigar a maneira pela qual poderia operar nas representações sociais dos atores a divisão entre o que seria um problema pertencendo à esfera privada ou à esfera pública e a partilha institucional que poderia resultar quando se trata de fazer frente a um problema relativo à uma ou outra dessas esferas.

Os dados obtidos junto aos informantes privilegiados, assim como a etnografia realizada, demonstram uma forte predominância de mulheres nos dias dos atendimentos sociojurídicos destas associações, o que aponta para o fato de que as mulheres tendem a assumir a gestão dos problemas familiares que aparecem no contexto migratório. Se as razões de tais procuras são bastante variadas, o que se observa, entretanto, são preocupações voltadas para a obtenção de informações jurídicas referentes às possibilidades de obter *in locus* uma mudança nas suas condições jurídicas de estadia.

Muitos atores associativos enfatizam a prioridade que os migrantes brasileiros dão à questão da regularização da residência na Bélgica. Quando eles são

clandestinos, a prioridade é assim a mudança de sua situação administrativa no território e a questão dos *papiers* parece assim tomar um lugar prioritário nas suas vidas e, isso, mesmo em detrimento de outros problemas com os quais os migrantes podem se ver confrontados no país de destino. O foco nas questões de regularização é tamanho, que alguns atores associativos dizem tomar conhecimento de problemas maiores, envolvendo-lhes, somente após anos de contato, e quando sua condição de estadia já estava regularizada. O desafio para o setor associativo é, dessa forma, conseguir estabelecer uma relação de confiança com a comunidade migrante, sem que isso implique em um reforço na relação de forte dependência que tende a se instalar entre as associações e os migrantes no contexto da migração clandestina¹.

Apesar dos obstáculos identificados, os atores observam que, hoje em dia, a informação circula melhor entre os brasileiros instalados na Bélgica. Se antes se colocavam as questões das barreiras linguísticas e do medo da deportação, hoje uma maior relação de confiança existe em relação aos serviços institucionais disponíveis. Razão pela qual o interesse cada vez mais crescente que têm os brasileiros pelas informações relativas aos seus direitos enquanto imigrantes².

Se o início da minha pesquisa tinha por foco a investigação da questão da *resolução alternativa* de conflitos tais como praticadas pelos membros da comunidade de brasileiros vivendo na Bélgica em *situação ilegal* e tinha como hipótese inicial de trabalho o *não acesso dessa comunidade ao sistema de*

¹No mais, em um contexto em que o problema se põe em termos de sobrevivência, os testemunhos obtidos apontam para o problema de se assegurar, a longo termo, o acompanhamento regular daqueles que vivenciam uma situação conflituosa.

²As observações recolhidas no campo vão ao encontro desta constatação, já que foi possível observar o comparecimento de uma gama de migrantes brasileiros, nos dias de atendimento das associações, especificamente para obter informações quanto aos direitos de que dispõem no país de destino.

administração da justiça, sua condução posterior no campo me levou à reformulação dos questionamentos da pesquisa, assim como à reorientação da linha que eu até então conduzia, já que no campo da pesquisa, essa hipótese se mostrou infundada. Isso porque foi possível observar uma série de casos de brasileiros residindo em situação irregular no território belga que haviam recorrido ao sistema em questão para os fins de buscar uma resposta a uma situação vivenciada como conflituosa¹. Além disso, a pesquisa de campo realizada até aqui permitiu identificar casos em que, apesar do ambiente jurídico e dos riscos reais de retenção e de expulsão que reinam no campo migratório², houve recurso aos serviços de polícia ou às inspeções do trabalho³. Riscos

¹ Seja contra um empregador por motivos diversos, ligados a questões trabalhistas, contra o companheiro ou companheira, por motivos familiares, contra os locadores, por razões ligadas a um contrato de aluguel, ou mesmo contra instituições públicas.

² Riscos reais, na medida em que alguns dos migrantes que encontramos ao longo da pesquisa exploratória foram retidos, receberam uma ordem de deixar o território ou foram realmente expulsos do território belga.

³ Trata-se do conjunto dos serviços da administração federal encarregados de efetuar o controle do trabalho na Bélgica. Diferentemente daquilo que observei em relação aos serviços de polícia, as inspeções do trabalho não são legalmente obrigadas a informar o Ofício dos Estrangeiros sobre toda pessoa residindo de maneira irregular no território da Bélgica. Teoricamente, todo trabalhador clandestino teria o direito de ajuizar uma demanda na justiça ou de denunciar seus empregadores junto a uma inspeção do trabalho sem correr o risco de acabar preso, de ser enviado ao seu país de origem ou de receber uma ordem para deixar o território. No entanto, os atores sociais que eu pude encontrar ao longo da pesquisa exploratória observaram: em primeiro lugar, a dificuldade de denunciar um empregador que faz parte da mesma comunidade, como é geralmente o caso, e isso porque os trabalhadores indocumentados sobrevivem normalmente graças às suas redes de proximidade; em segundo lugar, o desconhecimento por parte dos trabalhadores clandestinos de seus direitos. Assim sendo, não é raro que sejam os próprios empregadores a utilizar a ameaça de uma denúncia como meio de dissuasão de qualquer iniciativa que poderia tomar um trabalhador

dos quais as associações instaladas em Bruxelas são conscientes, mas que não as impedem, por vezes, de tomar medidas para que um *sans-papiers* possa se dirigir às instituições policiais. A esse respeito, a observação das práticas dos atores associativos vai em direção à *logica precavacionista* que prevalece quando se trata de buscar os serviços da polícia e que vai, por exemplo, do contato com policiais que, sabe-se de antemão, não seriam inclinados a proceder a uma retenção ou a enviar um relatório ao Serviço dos Estrangeiros para que uma medida seja tomada a respeito do migrante; ou que passa pelo acompanhamento do estrangeiro em situação irregular ao *commisariat de police* para que este não se encontre só diante dos policiais.

No mais, no âmbito dos conflitos já recenseados durante este primeiro ano da pesquisa, foi possível identificar alguns atores que são mobilizados pelos migrantes brasileiros assim como os meios comumente empregados pelos membros desta comunidade a fim de dar uma resposta a um situação conflituosa. A tabela abaixo apresenta, de forma não exaustiva, um balanço dos principais atores que são mobilizados assim como dos meios que são empregados pelos brasileiros instalados na Bélgica. Tendo em vista a fase inicial da pesquisa, ainda não foi possível identificar aqueles que seriam os mais significativos nas lógicas de ação dos brasileiros. Trata-se, assim, de uma tabela meramente enumerativa: os atores mobilizados assim como os meios empregados nela figuram levando-se em conta sua aparição no campo e não sua maior ou menor representatividade nas lógicas de ação dos atores sociais.

Tabela 1 – Atores mobilizados pelos migrantes brasileiros e meios empregados para regular uma situação conflituosa

migrante; em terceiro lugar, a dificuldade para o imigrante em situação irregular de provar que o trabalho foi realmente realizado em prol de um empregador qualquer.

Atores mobilizados	Levantamento dos modos de resolução de conflitos empregados pelos migrantes brasileiros
A família; o círculo de amigos, as associações, os serviços de polícia, os serviços de ajuda à juventude (SAJ), os tribunais (notadamente do trabalho, civil e da juventude); os juízes de paz; as inspeções do trabalho; os sindicatos; os mediadores familiares; os assistentes sociais, os advogados, inclusive os advogados gratuitos; os hospitais e os serviços médico-psíquico- sociais; os centros de acolhimento, os centros de orientação; as escolas; os serviços comunitários (Ex.: inspeção de habitação e de higiene); os líderes religiosos; o Consulado do Brasil na Bélgica	O evitamento; o afastamento; as ameaças; os escândalos; as agressões; as fofocas; as negociações diretas; as mediações por uma terceira pessoa ou entidade, inclusive a mediação religiosa, a ação na justiça (litígio)

Assim, face a tais dados, a questão da pesquisa assim como a hipótese do trabalho que haviam sido fixadas no início dos trabalhos de campo, sucumbiram diante da diversidade e da complexidade das práticas sociais, impondo sua revisão. É neste sentido que a reorientação da problemática de pesquisa foi no sentido da formulação de uma questão aberta, capaz de permitir a compreensão do fenômeno cuja investigação me interessa: o que fazem os brasileiros residindo na Bélgica em situação irregular para fazer frente às situações conflituosas? Da mesma forma, a reorientação

da pesquisa implicou a substituição da noção de estadia ilegal ou de imigrante em situação ilegal pela noção de estadia irregular ou imigrante em situação irregular, a fim de evacuar a conotação jurídico-penal que caracteriza aquelas noções. Outrossim, englobamos no objeto desta pesquisa o grupo de migrantes brasileiros residentes na Bélgica em situação regular, seja porque eles conseguiram obter *in locus* a regularização de suas condições administrativas de estadia, seja porque eles já entraram no território belga portando um visto diverso do visto turístico (estudos, reagrupamento familiar ou trabalho qualificado). Com esse alargamento do campo da pesquisa, espera-se compreender melhor o impacto que a situação jurídica de estadia é suscetível de ter sobre os mecanismos de regulação de conflitos. Finalmente, um novo deslocamento foi operado no âmbito da pesquisa, na medida em que o seu foco não é apenas o que a literatura denomina “resolução alternativa de conflitos”.

Com efeito, os estudos efetuados sobre o assunto e os dados que estão sendo recolhidos no campo tendem a sugerir que a regulação privada de conflitos não se constitui necessariamente como estando em oposição à regulação estatal, mas ao contrário, estaríamos diante de lógicas complexas de regulação, que se produzem seja no exterior das fronteiras jurídico-institucionais, seja no seu interior, seja enfim na intersecção entre as esferas judiciária e não-judiciária. Indo além disso, pergunta-se, diante da constatação segundo a qual poucas pessoas resolvem seus problemas recorrendo à justiça, não seria este, na realidade, o mecanismo alternativo de um sistema social mais amplo de regulação. Esta pesquisa pretende, assim, compreender a maneira pela qual parecem se articular os modos de regulação privados de conflitos com aqueles que são empregados pelo Estado pelo viés de suas instituições (penais, administrativas, civis, trabalhistas, etc.).

Em certa medida, não se trata apenas de compreender a relação que o direito estabelece com os indivíduos mas também as relações que os indivíduos

estabelecem com o direito em um dado contexto social, inclusive com o direito penal. Assim, as atitudes dos migrantes brasileiros em relação às associações demonstram a importância de que a *dimensão jurídica* pode se revestir nas suas experiências migratórias. A questão que se impõe não é tão-somente aquela de saber até que ponto os migrantes têm ou não acesso às instâncias estatais encarregadas de regular os conflitos nas sociedades contemporâneas, mas também aquela de saber como os migrantes chegam a adquirir, ao longo de seus percursos migratórios, uma certa *consciência jurídica*, manifestando-se pela tomada de consciência de novos referenciais jurídicos e, em grande medida, de uma nova identidade jurídica. Os atendimentos que puderam ser objeto de um olhar etnográfico, foram oportunidades de observar numerosos migrantes, incluindo os recém-chegados, buscando por informações sobre seus direitos, de um lado, e sobre a maneira de resolver certos problemas com os quais estavam sendo confrontados na sociedade de destino, de outro. Esta tomada de consciência jurídica é, parece-nos, uma variável que não pode ser negligenciada e que precisa ser levada em conta se quisermos compreender os processos de juridicização de seus conflitos sociais.

A maioria dos migrantes busca por uma solução aos problemas que enfrentam. Não é raro que a leitura deles feita não seja necessariamente jurídica. Buscam, dessa forma, por uma solução ao problema que lhes toca e esta pode, mas não necessariamente, dar lugar a uma ação jurídico-institucional. A esse respeito, se neste momento inicial da pesquisa se optou por investigar os papéis que exercem as associações no terreno da resolução de conflitos, foi após ter constatado no campo que estas acabam tendo, no âmbito dos jogos de normas sociais e muito embora não sejam os únicos atores, uma incidência não negligenciável no *processo de juridicização* dos conflitos vividos pelas migrantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta comunicação teve por objetivo apresentar os resultados preliminares de uma pesquisa exploratória levada a cabo no âmbito de uma tese de doutoramento em Criminologia. Optamos, no âmbito deste trabalho, por apresentar o contexto político-jurídico belga que tende cada vez mais a manter os migrantes (clandestinos) à margem do Estado de direito. É, assim, na esteira de novas perspectivas criminológicas que esta pesquisa visa investigar as formas de “resolução” de conflitos empregadas pelos membros da comunidade de brasileiros instalados irregularmente na Bélgica, para fazer face aos problemas que emergem no contexto migratório. Se os dados dos quais dispomos não nos permitem, ainda, destacar as variáveis suscetíveis de dar conta, teoricamente, da complexidade e da diversidade das práticas observadas no campo social, pudemos, ao menos, através da pesquisa exploratória realizada ao longo deste período, perceber práticas diversas que se desenvolvem nas relações concretas dos atores sociais, dentre as quais a questão do acesso de alguns migrantes ao sistema de administração da justiça, apesar dos riscos de uma retenção e de uma expulsão do território belga. A imigração brasileira na Bélgica tende a se instalar de forma duradoura e os migrantes, embora as questões da marginalidade social e da invisibilidade social não possam ser negligenciadas, começam de forma sensível a transitar nos espaços institucionais no país de acolhida. Se meu questionamento inicial passou por esta dimensão, o que se pretende na verdade é analisar e compreender, à luz das atuais transformações nas sociedades contemporâneas, a pluralidade de lógicas de regulação e de significação que podem existir e coexistir em uma dada estrutura social.

Se nesta comunicação optamos por enfatizar alguns aspectos gerais da problemática, em detrimento de estudos de casos podendo trazer os primeiros

elementos de uma abordagem compreensiva, é porque ainda estamos na fase inicial dessa investigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACOSTA, F. “A propos des illégalismes privilégiés. Réflexions conceptuelles et mise en contexte”. In : *Criminologie*, vol. 21, n. 1, 1988, pp. 7-34.
- ADAM, I.; MOHAMED, N. B.; KAGNÉ, B.; MARTINIELLO, M. e REA, A. *Histoire sans-papiers*. Bruxelles : Éditions Vista, 2002.
- APPADURAI, A. *Après le colonialisme. Les conséquences culturelles de la globalisation*. Paris : Éditions Payot & Rivages, 2005.
- ARNAUD, A-J. *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*. Paris : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1998.
- BAUMAN, Z. *Le coût humain de la mondialisation*. Paris : Hachette Littératures, 1999.
- BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Brasileiros no mundo. Estimativas*, terceira edição, junho de 2011. Disponível em: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/>. Consulta em 14 de janeiro de 2012.
- CARVALHO, V. N. C. de. “Oscilações e tendências da migração latino-americana na Bélgica: uma análise do caso brasileiro”. In: *Estudos apresentados no V Congresso Europeu de Latinoamericanistas – CEISAL*, Bruxelas, 2007.
- ENGBERSEN, G. “Sans-Papiers”. In : *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, set. 1999, pp. 26-38.
- HUMAN RIGHTS WATCH. « La loi était contre moi ». *Accès des femmes migrantes à la protection contre la violence intrafamiliale en Belgique*. Novembre de 2012, 62 pages.
- JUNGER-TAS, J.; HAEN-MARSHALL, I. e RIBEAUD, D. (eds.) *Delinquency in an international perspective. The international self-reported delinquency study (ISR)*. Amsterdam : Kugler Publications, 2003.
- LASCOUMES, P. “La place du pénal dans le règlement différentiel des conflits”. In : *Année sociologique*, vol. 35, 1985, pp. 153-165.
- LOCHAK, D. *Étrangers : de quel droit ?* PUF, 1985.
- NAGELS, C. e REA, A. “De la criminalisation des travailleurs sans-papiers”. In : *Champ pénal/Penal field*, vol. VII, 2010.
- PICUM. *Stratégies pour mettre fin à la double violence contre les femmes sans-papiers. Protéger leurs droits et assurer la justice*. Bruxelles, mars 2012, 141 pages.
- PIRES, A. e DIGNEFFE, Fr. “Vers un paradigme des inter-relations sociales? Pour une reconstruction du champ criminologique”. In: *Criminologie*, vol. 25, n. 2, 1992, pp. 13-47.
- PIRES, A. “La criminologie et ses objets paradoxaux: réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme”. In : *Déviance et Société*, vol. 17, n. 02, 1993, pp. 129-161.
- REA, A. *Sociologie de l'immigration*. Paris : Édition la découverte, 2008.
- ROBERT, Ph e FAUGERON, C. *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*. Paris : Éditions du Centurion, 1980.

SAYAD, A. "Immigration et pensée d'État". In : *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 129, set. 1999, pp. 05-14.

STRIMELLE, V. e VANHAMME, F. "Modèles vindicatoire et pénal en concurrence ? Réflexion à partir de l'expérience autochtone". In: *Criminologie*, vol 42, n. 2, 2009, pp. 83-100.

VAN DER PLANCKE, V. "Porter plainte quand on est sans papier ». *Semaine thématique de la ligue de droits de l'homme : étrangers – insécurité fondamentale*". Varia, 30 de março de 2011. Disponível em <http://www.liguedh.be>. Consulté le 15 janvier 2011.

VAN LOON, F. e LANGERWERF, E. "Socioeconomic development and the evolution of litigation rates of civil courts in Belgium, 1835-1980". In : *Law & Society Review*, vol. 24, n. 2, 1990, pp. 283-298.

VANHAMME, F. "*Justice!*" *Entre pénalité et socialité vindicatoire*. Ottawa : Laboratoire d'études et de recherches sur la Justice, 2011.

VERDIER, R. "Le système vindicatoire: esquisse théorique". In : VERDIER, R. (textos reunidos e apresentador por). *La vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, vol. 1 – Vengeance et pouvoir dans quelques sociétés extra-occidentales. Paris : Cujas, pp. 11-42.

ZAUBERMAN, R. e ROBERT, Ph. *Du côté des victimes, un autre regard sur la délinquance*. Paris : L'Harmattan, 1995.

**GLOBALIZAÇÃO E MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS:
A IMIGRAÇÃO NAS FRONTEIRAS SUL E LESTE DA UNIÃO EUROPEIA
SOB A PERSPECTIVA POLÍTICO-JURÍDICA**

Carolina de Figueiredo Furtado¹

RESUMO

O presente trabalho é decisivo para a compreensão da relação que se estabelece entre movimentos migratórios, globalização e as concepções socioeconômicas, que os norteiam. Tem como objetivo geral, investigar o fenômeno migratório levando em conta suas modalidades contemporâneas e as condições jurídicas da integração econômica da União Europeia. A pesquisa também se destina a avaliar a relação que os Estados-membros do bloco mantêm com os imigrantes, em especial, o cidadão magrebí e o do leste da Europa; além de verificar se os compromissos de liberdade e da dignidade humana dos estrangeiros, pactuados nos acordos Schengen e na Diretiva de Retorno, protegem esse contingente marginalizado, subordinado às finalidades e interesses desta comunidade no período pós-globalização e atual crise do bloco. Para tanto, são recuperados fatos e compreensões sociais do fenômeno migratório, suscitando, assim, uma discussão construtiva e interrogativa sobre suas faces: econômica, social, espacial, política e jurídica, questionados por meio de uma ideia histórica, conceitual e estimuladora, o que desperta novos debates acerca do tema. A

¹ Advogada, Especialista em Direito Processual Civil e Docente da Universidade do Oeste de Santa Catarina. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2595387846998560>>.E-mail: carolina.furtado@unoesc.edu.br

escolha das articulações em foco resulta de uma conjunção de fatores. Em primeiro lugar, a União Europeia é a mais consolidada e ambiciosa experiência de integração da atualidade. Além disso, situa-se na segunda posição do mapa dos blocos economicamente mais poderosos do mundo, por isso, o mais almejado pelos migrantes. Para encetar a investigação, adotou-se o método dedutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais e virtuais. O resultado do estudo é relatado de forma descritiva e explicativa e afigura-se imprescindível para elucidar se os caminhos jurídicos que vêm sendo percorridos correspondem aos anseios de justiça social que nutrem esta parcela da sociedade internacional, diante da situação de clandestinidade em que se encontram e, que podem ser superadas pela combinação de dois ingredientes fundamentais: a vontade política e os extraordinários avanços tecnológicos do momento histórico que a civilização atravessa.

Palavras-chave: Globalização. Imigração. Políticas Migratórias. União Europeia.

ABSTRACT

The present work is crucial to understanding the relationship established between migration, globalization and socioeconomic concepts that guide them. Its overall objective, to investigate the migratory phenomenon considering its forms and contemporary legal conditions of economic integration of the European Union. The research also aims to evaluate the relationship that the European Union maintain the block with immigrants, in particular, the citizen magrebí and eastern Europe, as well as verify that the commitments to freedom and human dignity of foreigners, agreed in Schengen agreements and Returns Directive, contingent protect this marginalized, subordinated to the purposes and interests of this community in the post-globalization and crisis of the block. For this, facts are retrieved and social understandings of

migration, raising thus a constructive discussion and questioning on their faces: economic, social, spatial, political and legal, questioned by a historical idea, conceptual and stimulating, which awakens new debates on the subject. The choice of joints in focus resulting from a combination of factors. Firstly, the European Union is the most established and ambitious integration experience today. Moreover, located in the second map position of the blocks economically world's most powerful, so as desired by migrant. To begin the investigation, we adopted the deductive method, operationalized with the techniques of the referent, operational concepts and research of documentary sources and virtual. The result of the study is reported in a descriptive and explanatory and it is essential to elucidate the paths that have been traversed legal correspond to the expectations of social justice that nurture this part of society on the international situation in which they are hiding, and which can be overcome by combining two fundamental ingredients: the political will and the extraordinary technological advances of the historical moment that civilization crosses.

Keywords: *Globalization. Immigration. Migration Policies. European Union.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo investigar o fenômeno migratório levando em conta suas modalidades contemporâneas e as condições jurídicas que desencadeiam o processo de adaptação do migrante das fronteiras sul e leste da União Europeia. Também avalia a relação que a União Europeia mantém com os imigrantes e o compromisso da liberdade e da dignidade humana do estrangeiro, subordinado às finalidades e interesses da sociedade no período pós-globalização.

Para tanto, serão recuperados fatos e compreensões sociais do fenômeno migratório, procurando reconstituir sua razão de ser ou de aparecer, tudo de acordo com seu movimento de constituição, suscitando, assim, uma discussão construtiva e interrogativa sobre o fenômeno e suas manifestações econômicas, sociais, espaciais, políticas e jurídicas, para então, questioná-lo por meio de uma idéia histórica, conceitual e estimuladora, que desperta novos debates acerca do tema.

Na verdade, essas questões formam um todo, apresentado separadamente para melhor articular o pensamento, pois é necessário desfazer-se do costumeiro entendimento de que todas atitudes e formas são espontaneamente naturais, para compreendê-las como produto de escolhas sociais que atende aos anseios dos homens num dado contexto, numa determinada época; fundadas no pressuposto de que o homem, ao produzir sua vida, provoca e satisfaz novas necessidades.

Seguidamente, se colocou em alerta os aspectos mais relevantes da migração relacionados com a economia, o mercado de trabalho e as corporações transnacionais – elementos estimuladores e responsáveis pelo grande fluxo destes movimentos.

No artigo também se discute o sistema migratório da União Europeia, observado de suas fronteiras do sul (Magrebí, Iugoslávia e Turquia) e do leste (Ex-União das Repúblicas Socialista Soviética – URSS, Polônia, Romênia, Hungria, Bulgária, Chequia e Eslováquia).

Por uma parte, se pretende oferecer um panorama do atual estado dos fluxos migratórios, bem como, da população estrangeira residente na União Europeia. Por outro, se intenta obter as implicações do fenômeno migratório. Para isso, se analisam superficialmente as características da população estrangeira residente na União Europeia e os fluxos de entrada dos últimos anos.

Na continuidade, se demonstrarão os fatores determinantes do movimento de população, em particular: as causas demográficas e sócio-econômicas dos países de origem do emigrante. De igual modo, este artigo destina-se atenção à entrada dos refugiados e solicitantes de asilo, fenômeno de grande importância desde a queda dos regimes comunistas.

Para completar a visão do fluxo migratório na União Europeia, analisou-se o marco jurídico concernente à entrada e ao estabelecimento de cidadãos não comunitários, fazendo-se um breve recorrido pelo conjunto de medidas jurídicas da política migratória do bloco.

1. O FENÔMENO DA IMIGRAÇÃO: DOS PRIMÓRDIOS À GLOBALIZAÇÃO

A migração é uma realidade planetária e está cada vez mais presente no mundo globalizado. São milhões de pessoas que normalmente migram de países pobres para países ricos visando melhor satisfazer suas necessidades pessoais, essas em sua maioria, oriundas do processo de globalização. Talvez, por isso, que a migração continue sendo um fato marcante na história mundial, já que grandes transformações sempre foram precedidas de volumosos fluxos migratórios.

À primeira vista pode parecer complicado distinguir o momento no qual o deslocamento humano adquiriu um significado verdadeiramente social, pois muito antes dos primatas serem conscientes de sua existência relativa ao mundo físico e ao

social, as migrações já se encontravam em sua essência por uma simples imposição ecológica ou demográfica.

Segundo as teorias mais consolidadas sobre a evolução humana, os primeiros homens a emigrarem foram os *Homo erectus*, que ao adotarem o estilo de vida caça-coleta, capacitaram-se a percorrer maiores distâncias do que seus ancestrais imediatos os *Homo habilis*; mas, foram os *Homo sapiens*, há cerca de duzentos ou cento e cinquenta mil anos atrás, que impulsionaram a intensificação desses deslocamentos (LEAKEY, 1981).

A Antigüidade Clássica marca a discriminação ao imigrante, já que só era considerado cidadão aquele que morasse na cidade e participasse de seus negócios. O cidadão era o que tinha direitos diante do Estado e a cidadania implicava o direito à prática desses direitos (ANNONI, 2002). Considerando o imigrante um mero estrangeiro, esse por consequência, não era tido como cidadão e, consequentemente, possuidor de poucos ou nenhum direito.

Durante a Idade Média, a condição jurídica do imigrante passou por significativas transformações. Se na Antigüidade eram comuns que os ordenamentos reconhecessem poucos ou nenhum direito ao estrangeiro, na Baixa Idade Média, a cultura jurídica predominante concebia o imigrante como hóspede do rei (*hospites Regis*). Nessa perspectiva, todo imigrante deveria, enquanto tal, estar juridicamente protegido pelo Estado que o hospedava. Nos lugares onde se estabeleciam em grandes grupos, era corriqueira que fosse concedido aos mesmos, por privilégio real, a faculdade de regerem suas relações segundo o seu próprio direito. Outra possibilidade era a de ficarem sob a jurisdição de juízes especiais (DAL RI JUNIOR, 2004).

O nascimento do Estado Moderno traz em seu bojo os mesmos preceitos da Antigüidade Clássica, vez que os estrangeiros não podiam gozar do exercício de determinados direitos e privilégios que eram privativos dos cidadãos. A idéia de

cidadania passou a ser vista como uma estável submissão do indivíduo à autoridade do Estado, nascendo aí à concepção de nacionalidade. Desta maneira, “O estrangeiro, em qualquer lugar que se encontre, mesmo que súdito de um soberano que não seja o seu de origem, nunca perde a condição de cidadão do Estado de onde é originário.” (DAL RI JUNIOR, 2004, p. 225).

No período que se segue, isto é, na passagem da Idade Média para a Idade Moderna, mais precisamente, em 1453, com a conquista de Constantinopla; os turcos fecham a passagem para as Índias e surgem às grandes navegações como alternativa de uma nova rota do ocidente para o oriente e, com elas, as migrações transoceânicas, constituindo a base demográfica e política para as migrações do século XIX. Destaca-se nesse período, o descobrimento da América, tornando possível a grande expansão européia para além da fronteira do Atlântico, o que produz também conseqüências demográficas (LIVI-BACCI, 1997).

No início do século XIX, a Revolução Industrial aparece como grande propulsora migratória, assinalando o abandono do campo pelo homem, em busca de melhores condições de vida. A política econômica advinda da maquinização resultou em novas circunstâncias e oportunidades de migração; numa primeira etapa, mediante conquistas coloniais e, posteriormente, pelo êxodo-rural. Conforme Geiger (1996), as duas dimensões, expansão e urbanização impulsionaram o desenraizamento das populações de seus territórios para a colonização de novas terras e para as cidades, respectivamente.

A Segunda Guerra Mundial impulsiona ainda mais o deslocamento maciço de pessoas em todo o planeta. Com a reorganização do capital e a divisão internacional do trabalho surge o neoliberalismo, consolidando um sistema econômico mundial cujo traço essencial é a procura do trabalho, o livre investimento do capital e o abandono do território (ALBARCA, 2000).

Nesse contexto, as migrações passam a ver vistas como um problema e uma solução a lógica do capital. Além disso, as categorias de migrantes nascidas nesse período (refugiados, clandestinos, transnacionais, laborais, turistas, estudantes etc.) revelam a complexidade do processo migratório alcançado no final do século XX.

2. O NASCIMENTO E O CONCEITO DA GLOBALIZAÇÃO

O aparecimento da globalização é relacionado, na maioria das vezes, com o início das Grandes Navegações e das Descobertas Marítimas (século XV e XVI). Arrazoa Dollfus (1994) que esses acontecimentos se associam à globalização, por estarem ligados à conquista de novos territórios e à exploração de suas riquezas, criando o conceito de economia-mundo.

De outro norte, Giddens (1990) defende a corrente de que a globalização não é um fenômeno recente. Para o autor, sua existência pode ser constatada na constituição do Império Chinês, nas civilizações egípcias, na Grécia, assim como, em Roma. Além disso, pode-se mencionar seu surgimento na Antiguidade Clássica, com a expansão do território de caça-coletas. Esses deslocamentos deram início às relações amistosas entre as diversas tribos e, mais tarde, entre as diversas nações, por intermédio das trocas comerciais.

Ao fenômeno da globalização, a Guerra Fria também foi favorável, pois os governos e as corporações dos países dominantes se engajaram em projetos de industrialização. Desse modo, o capitalismo passou a desenvolver-se extensivamente por todo o mundo, orquestrado pelas empresas multinacionais (IANNI, 1997).

Destarte, não é difícil concluir, que a globalização em curso é comandada no interesse das corporações transnacionais, constituindo-se em fator adicional de pressão sobre as políticas monetárias, cambial e comercial dos governos nacionais, enfraquecidos pela perda de sua capacidade de prover as necessidades básicas

(alimentação, saúde, educação, emprego e segurança) para sua população (RATTNER, 1996).

Em termos gerais, a globalização se caracteriza pela concentração de meios de produção e comercialização e é considerada como o processo que define a década de noventa. Para alguns autores como Santos (1993), a globalização significa a unificação do planeta – da Terra, num só e único mundo, constituindo a nova fase da história do homem, especialmente na variante do espaço.

Alude McGrew (1992) que a globalização se refere aos processos que atravessam fronteiras nacionais, integrando comunidades e organizações em novas combinações de tempo-espaço, tornando o mundo mais interconectado.

De outra banda, Maurel (1996), Zaffaroni (1997) e Geiger (1996) manifestam-se no sentido de que a globalização é essencialmente tecnológica, com certo automatismo em função das leis do mercado, motivo pelo qual, a noção de globalização passa a ser econômica.

Não obstante, o conceito de globalização não expressar apenas a internacionalização da economia ou a expansão das corporações multinacionais, ele compreende também a internacionalização dos movimentos sociais urbanos que se preocupam com os direitos humanos, com as questões ambientais e, porque não dizer, com os movimentos migratórios (GEIGER, 1996).

2.1. Os efeitos da globalização

Assim, quando se escreve sobre a recente história do mundo, pode-se refletir sobre duas tendências: o processo migratório e o fenômeno da globalização. A globalização tem sido a mais polêmica, porque tem efeitos bons e maus, e, a migração, por sua vez, abriu espaço para as pessoas fugirem dos maus efeitos da globalização. Por isso, é grande a controvérsia sobre as consequências econômicas e sociais da

globalização, já que os fenômenos não se definem apenas por sua duração, mas, também e, principalmente, por sua estrutura. Daí, a instabilidade do novo sistema mundial, que permanece imprevisível, longe do equilíbrio.

A tarefa de construir uma nova ordem mundial tem se mostrado difícil e o desafio é a competição econômica. Entretanto, a formação de uma economia de caráter mundial pouco tem de novo. A integração das diferentes culturas e povos já foi há muito desejado e ainda hoje permanece como objetivo para alguns idealistas utópicos; inclusive, no período colonial, eram comuns as tentativas de integrar espaços intercontinentais sob o comando de um único império (a antiga idéia de dominar o mundo).

“Sob esta ótica, o conceito de globalização poderia ter um duplo sentido, se ele não fosse tão marcado pelo desenvolvimento neoliberal da política internacional.” (ANDRIOLI, 2006). Ao lado da globalização neoliberal está o seu negativo ou a possibilidade de realização do seu contrário, com afirmação de lutas democráticas em escala global (ARRUDA JUNIOR; GONÇALVES, 2002). A globalização oferece a sugestão de igualdade, mas, em contrapartida acrescenta as disparidades sociais existentes.

A internacionalização crescente convive com o esboço das heranças nacionais, a indicar a formação de blocos regionais. Surgem mega-atores como a União Européia, a Organização das Nações Unidas e a Associação Latino Americana de Integração entre outras (RESENDE, 1997). De uma parte, a centralização dá origem aos movimentos separatistas e regionalistas. De outra, obriga a formação de alianças territoriais, ampliando especialmente os mercados.

A formação contemporânea de blocos de países em mercados comuns representa de certa forma, a reprodução da bem sucedida experiência norte-americana, do imenso mercado sobre um espaço geográfico nacional contínuo, como uma forma

de compensar o fim da era colonial.

Por essa configuração ondulante passam as linhas de fuga da transnacionalização, complexas, traçadas pelo movimento das minorias. Na multiplicidade dos contextos, o local se cartografa sobre novas bases, afetando e sendo afetado pelo global. O indivíduo encontra vetores alternativos de luta por sua autoconstituição, a qual não contém nem fronteiras nem limites, credos ou ideologias. Tornam-se visíveis o bem e o mal imposto pelo Estado e pelo mercado, repercutidos em Organizações não governamentais, movimentos sociais, migrações clandestinas, contrabando, narcotráfico e desobediência civil (RESENDE, 1997a).

Deste modo, não é contraditório dizer que conjuntamente com os processos de integração desenvolvem-se processos de fragmentação. Observa Ianni (1997) que a globalização tem agravado as contradições sociais e produzido novas, em todos os níveis, ao passo que continuam a subsistir e se desenvolver os interesses dos blocos de poder dominantes. São claras as subcondições de vida e trabalho, assim como as de luta e emancipação das classes subalternas que se situam nesse cenário e formam o novo palco da história.

O mundo – a globalidade – se apresenta aparentemente caótico, o que gera a sensação que dentro desse sistema não existem possibilidades concretas de melhorar as condições e as qualidades de vida da maioria da humanidade, justamente pelo desencontro entre a idéia de globalidade e a vivência angustiante da fragmentação (IANNI, 1997).

Mais de bilhões de pessoas, distribuídas por centenas de países, sobretudo nos países tropicais e subtropicais, sofrem os efeitos de um jogo mundial sobre o qual não têm nenhuma ação. Ao lado dos conflitos que estão a alterar fronteiras, há outras circunstâncias que levam a imaginar as modificações plausíveis dos mapas em alguns contextos.

2.1.1 Da exclusão no contexto da globalização

O processo de mundialização, desordenado, acelerado e mal regulado, aumenta os riscos de exclusão em todos os países. Os resultados prováveis são: o aumento das tensões políticas, a fragmentação, a desordem social, a alteração do espaço e o capitalismo desenfreado. “Não há dúvida de que as principais explicações para os processos de longo prazo de exclusão-inclusão são econômicas, mas em forte associação com instituições políticas e elementos sociais e culturais.” (REIS; SCHWARTZMAN, 2006, p. 5).

No entanto, a dimensão econômica, e, mais precisamente, a do mercado de trabalho relaciona-se quase sempre às situações de exclusão. As metamorfoses do mundo do trabalho (o crescimento do desemprego estrutural de longa duração e, por consequência, o aumento da desigualdade social), os impactos recentes das inovações tecnológicas, a desterritorialização provocada pelos movimentos de internacionalização da economia são os principais responsáveis pelas situações de exclusão (NASCIMENTO, 1997).

As sucessivas crises político-econômicas que vêm afetando, especialmente, os países desenvolvidos, têm evidenciado ainda mais os efeitos da exclusão, notadamente para os grupos sociais mais jovens, que não conseguem se inserir nos mercados de trabalho de seus países e são compelidos a migrar em busca de melhores oportunidades de vida. Como consequência, aumentam os fluxos migratórios.

Frente a tais desafios, é necessário repensar o processo de globalização, para entendê-lo como uma expansão do capitalismo, que impõe uma racionalidade, padroniza culturas e acaba criando a ilusão de uma totalidade que, de fato, não existe (BÓGUS, 1997). Se voltar a atenção para o rol de contrassensos que caracterizam as sociedades modernas, chega-se a conclusão que o capitalismo é a fonte do problema.

O capitalismo é o processo capaz de incorporar vários países em distintos estágios de desenvolvimento, caracterizado pelas relações de subordinação econômica ou mesmo política dos países mais atrasados para com aqueles países que dispõem de tecnologia de ponta; assegurando a esses últimos: liderança econômica internacional. Desde seu nascimento, esse sistema se guia pela dinâmica da acumulação, concentração, centralização e internacionalização do capital como forma de sua constituição e expansão.

O controle de idéias segundo os interesses do capitalismo é quase total. É um querer induzido. A ideologia-cultura do capitalismo proclama, literalmente, que o sentido da vida é encontrado nas coisas que se possui. Consumir, portanto, é estar plenamente vivo, e para permanecer vivo é preciso consumir continuamente (IANNI, 1997).

Assim, o consumo tem se tornado, no contexto mundial, sôfrego e compulsivo, mais do que isso, a maneira pela qual a publicidade induz ao mesmo, faz com que indivíduos, coletividades e multidões, conscientes ou inconscientemente, elejam o consumo como meio de participação, inserção social ou mesmo de cidadania. O cartão de crédito torna-se de fato e de direito a identidade de muitos, tanto em nível nacional como internacional, transformando seu portador em *cidadão do mundo*, alguém situado no mercado (IANNI, 1997, grifo do autor).

Como consequência dessa incômoda assimetria – capitalismo, consumismo *versus* globalização – nota-se uma paulatina erosão dos valores nacionais e uma contínua incorporação de valores externos, alguns dos quais, profundamente negativos. Entre esses, assinala-se: o racismo, a xenofobia, o fundamentalismo religioso ou fanático e a confusão moral gerada por imagens comerciais que anunciam a felicidade e o sucesso por meio da posse de bens materiais inacessíveis à grande maioria dos habitantes. Vale ressaltar, que esse é um mundo composto por uma minoria elite rica e

poderosa e uma maioria pobre e esfomeada (RESENDE, 1997a).

Apesar disso, a globalização dita um único modelo de civilização e de desenvolvimento, que é proposto como meta para todos os povos e terras, independente de qualquer reflexão que leve em consideração relativismos: econômicos, políticos, sociais e, sobretudo, culturais.

Obviamente, ela vem acompanhada do discurso político ou da argumentação cultural correspondente, a fim de que populações de todas as divisões nacionais, por intermédio de seus grupos dominantes, convençam-se de uma forma ou de outra que ela, com seu atual conteúdo é o único horizonte dos povos do planeta. Tanto que, assiste-se neste novo século a um êxodo populacional intenso, em que brasileiros procuram emprego na Inglaterra; turcos, na Alemanha; latino-americanos, nos Estados Unidos; albaneses, na Itália; mouros, na Espanha (BÓGUS, 1997).

Ao invés da união dos povos e das culturas, pregada pelos defensores da globalização, o que se percebe é que cada vez mais as fronteiras se fecham para os habitantes do Terceiro Mundo (BÓGUS, 1997). A globalização, ainda que pretenda uniformizar os povos culturalmente, está longe de homogeneizar o panorama econômico-social no nível mundial ou no interior de cada nação.

3. GLOBALIZAÇÃO E MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS

A questão territorial, nos dias de hoje, constitui um forte fator de cautela a uma tendência de pensar o mundo como se ele fosse totalmente integrado, ou seja, sem fronteiras (sejam elas de ordem cultural ou econômica). Dito em outras palavras, as fronteiras dos domínios reais não suscitavam problemas, já que eram apenas delimitações geográficas (territoriais).

No entanto, a noção de fronteira mudou vez que o fenômeno da globalização unificou e não uniu, na acepção da palavra, pessoas e lugares; nascendo aí à idéia de

geografias da desigualdade. Saliente-se que globalização e migração dão-se no plano das pessoas e do espaço. No caso do espaço, a globalização faz com que esse se divida em parcelas cada vez menores, ao passo que as migrações, os ampliam. Nas atuais condições do mundo, os territórios tendem a configurar novas formas de aglutinação, definindo um novo desenho da geografia mundial (IANNI, 1997).

A globalização do mundo é uma contradição: globaliza-se a partir de uma estratégia que emana de um centro de decisão econômico, logo, não se globaliza o mundo, mas uma parte privilegiada dele. Nesse caso, as migrações constituem a trajetória que possibilita o abandono dos velhos territórios para os novos. A procura da maior liberdade no desejo de migrar.

Apesar do panorama generalizado de restrição, a verdade é que as migrações não pareciam ser um tema delicado nas relações entre países; nem seu número pareceu tão elevado. Acredita-se que o número de imigrantes envolvidos nesse processo é de oitenta milhões no início dos anos noventa (PEIXOTO, 2001), triplicados na década atual. Em comparação à população mundial, tal número chega a ser inofensivo, mas seus impactos e, notadamente, a mudança social que transportam são muito superiores.

Peixoto (2001) relaciona que dentre as principais causas para o avanço do movimento migratório destacam-se: as desigualdades mundiais de riqueza; as pressões políticas, ecológicas e demográficas; os conflitos étnicos e o desenvolvimento de novas áreas de livre comércio ou integração econômica – que sempre acabam por gerar tensões étnicas crescentes e, numa perspectiva mais otimista, o desenvolvimento de uma sociedade multicultural.

Em termos internos, sobretudo no caso dos países em desenvolvimento, o esgotamento do padrão migratório rural-urbano, tendo como destino os centros mais dinâmicos, também provoca o redirecionamento dos fluxos migratórios para o exterior (BÓGUS, 1997).

Embora a pobreza, o desemprego e a superpopulação possibilitem as migrações atuais, é inegável que a reorganização da economia mundial, resultando na formação de um espaço transnacional, em que a circulação de trabalhadores tornou-se apenas um dos fluxos (como os de capital, mercadorias, serviços e informações), acaba por se caracterizar como uma das variáveis mais influentes, no fluxo das migrações internacionais (SASAKI; ASSIS, 2007), o que se justifica no interesse pela reserva de trabalhadores que o sistema capitalista mobiliza quando necessita (PEIXOTO, 2001).

Nesta acepção, os movimentos migratórios representam uma aspiração comum tanto para o capital quanto para o trabalho. Quando uma corporação estrangeira abre uma fábrica ou um escritório no exterior, esses novos postos de trabalho são vistos como benefícios, pelos trabalhadores que concorrem para consegui-los e pelos governos que tem programas de incentivo para atraí-los. Assim, “[...] a menor qualificação dos imigrantes, sua condição de ilegalidade e o conseqüente menor custo de sua força de trabalho são elementos centrais para torná-los tanto desejáveis quanto adequados” aos anseios das empresas que os utilizam (SCUDELER, 2007, p. 4).

As corporações transnacionais são novas e poderosas estruturas de poder mundial, que compreendem extensos segmentos da sociedade civil. Igualmente, pode-se dizer que são estruturas de poder político-econômico com implicações sociais e culturais de grande influência e abrangência; sobrepondo-se aos Estados, ao mesmo tempo em que impõe seus objetivos aos grupos de classes ou blocos de poderes predominantes no mundo, motivo pelo qual, vêm alcançando o espaço mundial, já que atuam segundo cartografias e diretrizes geoeconômicas ou, mais propriamente, geopolíticas de alcance global (IANNI, 1996).

Por consequência, onde antigamente haviam benefícios comparados entre as nações, hoje as empresas transnacionais trabalham no espaço global captando a nata

das vantagens de cada uma e se tornam relativamente imbatíveis com elas. A grande empresa passou a trabalhar com espaços múltiplos. Contrata pesquisa, com baratíssimos e bem formados engenheiros russos; transfere a digitação e programação para a Índia; subcontrata a produção com a Indonésia ou a Tailândia e manterá nos Estados Unidos os serviços de *marketing* e semelhantes. O produto chega a preços que desestruturam os sistemas da Argentina, do Brasil e tantos outros países em desenvolvimento. Com isso, reduz-se o espaço do emprego formal, e explode o setor informal, resultado direto do enxugamento empresarial (DOWBOR; IANNE; RESENDE, 1997).

No que tange às migrações, seus efeitos podem ser vistos sob duas óticas. De forma direta, as multinacionais passaram a ser obrigadas a fazer circular entre a sua rede mundial de estabelecimentos, não apenas os recursos financeiros, as tecnologias e as produções locais, mas, primordialmente, o trabalhador. E, de forma indireta, essas empresas não podem ser consideradas inocentes na formação dos fluxos migratórios mundiais. As fronteiras sempre estão fechadas aos homens – trabalhadores e abertas aos produtos. Por isso, o panorama das migrações é complexo e não se restringe há nenhum tipo de regra.

4. IMIGRAÇÃO NAS FRONTEIRAS SUL E LESTE DA UNIÃO EUROPEIA

O fenômeno migratório está associado ao comportamento do homem desde a origem da humanidade, marcado por um determinado estágio da história das sociedades. Assim, observa-se a grande importância da União Europeia nos fluxos migratórios que, atualmente, na concentração de 27 (vinte e sete) países, recebe população de todas as partes do globo.

Dita importância, verifica-se com maior intensidade, depois da Segunda Guerra Mundial, vez que as democracias que ficaram de fora da órbita soviética

buscaram um lugar que garantisse sua sobrevivência frente ao comunismo. O mundo assistiu a uma reordenação das relações sociais, que culminou com a instauração do que veio a se chamar Estado de Bem-Estar Social (tipo de organização estatal caracterizado por oferecer garantia de saúde e educação para todos seus cidadãos, bem como a introdução de um sistema de pensão e auxílio-desemprego para todos aqueles que ficassem fora do objetivo do pleno emprego) (ALAMEDA, 1995).

Assim, as enormes cotas de bem-estar e paz social que se produziram nas sociedades européias nesse modelo de Estado, despertaram um elevado atrativo entre os cidadãos das periferias do continente que não podiam desfrutar em seus países da mesma situação política e econômica da Europa ocidental; desencadeando uma vasta corrente de imigração. Tal fato se deve, entre outros, ao desenvolvimento econômico que elevou o nível de vida da população em geral.

Desde então, a União Europeia não deixou de ser receptora de imigrantes e o padrão basicamente não mudou até os dias de hoje. O que mudou foram os protagonistas. À medida que os países periféricos se aproximaram dos níveis de vida da União Europeia e, inclusive, se incorporaram a ela como membros de pleno direito, a brecha se deslocou para as fronteiras mais distantes, alcançando os países mediterrâneos e os do leste da Europa.

De um modo geral, os fluxos de imigrantes que se deslocam para a União Européia são bastante diversificados, incluindo, na maior parte, pessoas jovens (BÓGUS, 1997). Contudo, o fenômeno migratório é visto e tratado como um problema, enaltecido pelo conjunto de medidas jurídicas e políticas que tem como fim exclusivo, o fechamento das fronteiras da comunidade para a passagem de novos imigrantes.

E, pelo que parece às medidas de controle impostas surtiram seus efeitos, pois o fluxo de migração legal se estabilizou nos três últimos anos, ao passo que o de

ilegais, está sendo controlado com maior efetividade desde a aprovação da Diretiva de Retorno (PARLAMENTO..., 2012).

A pressão migratória que recebe a União Europeia, desde meados dos anos oitenta, supôs o fracasso do plano de acesso irrestrito dos migrantes estabelecidos nos Acordos Schengen. Incontestavelmente, a realidade pôs em cheque a medida de controle aberto, sendo incapaz de frear eficazmente o fluxo de entrada dos trabalhadores estrangeiros. Essa, talvez, tenha sido a principal causa das imigrações ilegais, que suscitam o fechamento das fronteiras e a aplicação de sanções como a detenção e a prisão que, hodiernamente, ocorrem na União Europeia.

Não é novidade, que um dos maiores obstáculos da política migratória do bloco é a imigração ilegal. Seu fluxo é preocupante porque levanta dúvidas sobre a efetividade do controle e vigilância nas aduanas, e, ameaça as políticas de integração dos imigrantes legais.

Apesar disso, há vários modos de ficar em situação irregular em um país da União Européia, já que a condição de ilegal não só o têm aqueles imigrantes que cruzam de forma ilegal as fronteiras, como também os que permanecem no país de destino sem as condições legais, como por exemplo: finalização do visto, caducidade da autorização de residência ou de trabalho, rejeição da solicitação de asilo como refugiado, entre outros. Não obstante, é útil remarcar as vias de ilegalidade porque cada uma delas distingue os contingentes de ilegais que se mantêm no bloco.

No leste da Europa, o habitual é cruzar as fronteiras da comunidade legalmente. Os procedimentos possíveis são: solicitação de asilo (ainda que seja manifestadamente infundado), visto turístico e permissão de trabalhos temporários. A situação irregular é adquirida mais adiante, uma vez no território, esses imigrantes decidem permanecer na espera de encontrar trabalho em algum setor da economia submergida ou continuar no trabalho em curso sem autorização para tal.

De outro vértice, boa parte da imigração magrebí opta por atravessar clandestinamente a fronteira com a esperança de ganhar a vida nos países do sul da Europa (a Espanha é o país que mais sofre com tal situação). Seguramente, os magrebís também recorrem a algumas vias similares às utilizadas no leste, mas a diferença é o alto número de cruzamentos ilegais nas fronteiras.

A explicação desse comportamento está no desconhecimento da população Magrebí em acudir há procedimentos legais de entrada, além do quê, a situação econômica dos habitantes do leste é em geral mais confortável, permitindo-lhes uma maior margem para encontrar algum meio legal de entrar na comunidade, ao passo que as dificuldades econômicas do Magrebí podem forçar a população a tomar decisões mais arriscadas para escapar da miséria, antes de esperar que se resolvam os trâmites burocráticos para a concessão de vistos ou permissões de trabalho. As características geográficas das fronteiras sul e leste da União Europeia têm um peso importante. A fronteira sul, marítima, tem mais possibilidade de ser atravessada com êxito (LORCA, 1992).

Estes fluxos migratórios respondem a fatores e características muito diferenciadas. A imigração Magrebí obedece ao sistema tradicional de pressão demográfica e situações de baixo desenvolvimento econômico, já a imigração do leste não tem em sua origem fatores demográficos, mas, em compensação, são conseqüências do processo de transição das economias centralizadas para as economias de mercado.

No âmbito das diferenças, pode se aduzir que os cidadãos do leste compartilham o mesmo substrato cultural do resto dos europeus, ao passo que a margem sul do mediterrâneo forma um sistema cultural próprio, distinto e não assimilado pela Europa comunitária.

Contrariamente à imigração do leste, a imigração Magrebí e turca tem maior

vocação de permanência (comportamento que se reflete na antiguidade de suas colônias na Europa e nos processos de reunificação familiar da última década). Essa influência se deixa sentir, em especial, na França, que recebeu quase a totalidade da imigração provinda da Argélia, da Tunísia e do Marrocos (GARCÍA, 1994).

Os fatores determinantes da emigração Magrebí explicam porque o fluxo migratório é tão elevado. Por um lado, está o fator demográfico frente ao envelhecimento da população europeia. Além disso, o fator econômico, com alto desemprego e as fortes diferenças com relação ao nível de vida europeu, determina uma alta à emigração.

A respeito das imigrações do leste, destaca-se que até 1989, essas eram essencialmente políticas. Em sua maioria, foram os dissidentes dos regimes autoritários os que se aventuravam a cruzar as fronteiras em busca de maiores liberdades políticas. Também é muito conhecido o caso de esportistas, artistas ou cientistas que aproveitavam suas viagens oficiais a alguns países ocidentais para solicitar asilo político. Entretanto, após a queda do muro de Berlim, a imigração se converteu basicamente em um fenômeno de natureza econômica – o período de transição ao capitalismo, pelo qual ainda atravessam esses países, somados ao aumento contínuo do desemprego, mantem este fluxo (DE ATAURI, 1996).

A lógica da imigração clandestina ou não requer, sem embargo, outro elemento: a economia submergida. O setor informal tem um peso considerável em países como Portugal, Espanha, Itália ou Grécia, nos quais a mão-de-obra encontra um mercado propício de recrutamento de trabalhadores na imigração ilegal, já que o estrangeiro obtém uma remuneração sem necessidade de cumprir qualquer requisito administrativo, previdenciário ou trabalhista. Em certa medida, a migração clandestina e setores informais são fenômenos que se autoalimentam (DABOUI, 1991).

A imigração ilegal também tem apoio nas redes de intermediários de ambos

os lados da fronteira, que se dedicam a uma ampla gama de atividades, como o abastecimento de documentação falsa, apoio para cruzar ilegalmente a fronteira e a organização de um tráfico ilegal de mão-de-obra, que aproveitam a condição desprotegida dos imigrantes para lucrar facilmente (LÁZARO, 1993).

A política mais imediata da União Europeia tem sido o reforço da vigilância nas fronteiras exteriores para impedir a entrada daqueles que não apresentem a documentação necessária, pretendendo, com isso, desincentivar os imigrantes ilegais com a aplicação das medidas protetivas preconizadas na Diretiva de Retorno. Essa prática combina cada vez mais, com os controles internos dos Estados-membros, seja no local de trabalho ou mediante controle de identidade, especialmente em suas aduanas.

Quanto ao controle nos postos de trabalho, as medidas se centravam unicamente no trabalhador ilegal, gerando a expulsão desses do país, mas, se esquecia da figura do empresário ou do empregador, que abusavam da situação de precariedade desses imigrantes num flagrante desrespeito aos direitos humanos e fundamentais.

Na atualidade, testemunha-se a modificações importantes nas distintas legislações nacionais que punem a contratação ilegal de estrangeiros. Outro recurso que vêm abarcando os Estados-membros são os processos de regularização, que servem para acabar com os excessos cometidos com frequência aos trabalhadores ilegais, podendo comprometer a eficácia das políticas de integração e servir de incentivo claro para a entrada de novos imigrantes que vislumbram portas abertas para sua regularização no futuro não distante.

4.1. O marco jurídico e a política migratória na união europeia

No âmbito da União Europeia, grande parte dos princípios legais que regulam o tratamento com os estrangeiros foi promulgada durante a primeira metade do século

XX, tendo os Estados-membros, liberdade e independência para disciplinar a matéria, o que possibilitava significantes diferenças nas legislações acerca dos direitos e deveres relativos aos estrangeiros. Em consequência, a inexistência de uma legislação comum provocava disparidades nas práticas políticas dos diversos Estados-membros.

Todavia, mesmo com a aprovação da Diretiva de Retorno, pelo Parlamento Europeu, no sentido de unificar as políticas migratórias, ainda não se foi capaz de suprir as diferentes regulamentações que conferem aos Estados-membros vantagens e inconvenientes que podem provocar a eleição de um ou outro país como o mais propício para encontrar uma situação estável, pois, o tom restritivo dado a todos eles através da diretiva fez com que as diferenças legais não sejam substanciais e por ele pesem outros determinantes na hora de eleger um território de residência, tais como: língua, comunidades étnicas, entre outros.

Em geral, verifica-se nas legislações dos Estados-membros, que o estrangeiro tem seu *status* limitado quanto ao exercício de direitos fundamentais. A depender do modelo estatal, pensam sobre este contingente os conflitos e tensões entre nacionais e estrangeiros que podem originar atitudes discriminatórias e excludentes contra o imigrante, principalmente, nas hipóteses de nacionalismos ou de quem vivencia crises econômicas (BOCAULT, 2002).

O compromisso da União Europeia com os cidadãos se pauta no Tratado de Maastrich, tendo como um dos pilares, conjuntamente com os direitos humanos, o respeito à democracia (ANNONI, 2002). No entanto, para essas condições se tornarem realidade sobre o solo europeu – um Mercado Único com livre circulação de mercadorias, capitais, serviços e pessoas, exigia, em relação à última categoria, modificações notáveis nas legislações nacionais.

As modificações introduzidas, como a supressão de fronteiras interiores ou a mobilidade total de trabalho pela política estampada nos Acordos Schengen, afetaram

unicamente aqueles estrangeiros que obtiveram a cidadania européia mediante a prévia aquisição da nacionalidade de algum Estado-membro, ficando os demais ainda à mercê das legislações nacionais do Estado em que residem.

Assim, os múltiplos problemas que conduzem à formulação do propósito jurídico e político capaz de regular a sociedade europeia é fenômeno da progressiva materialização das normas jurídicas, as quais absorvem valores e costumes diferentes, tanto em sede de tratados e convenções internacionais, como no âmbito do direito interno dos países, inviabilizando a existência de sistemas normativos absolutos e intolerantes (ALBARCA, 2000).

Nessa ambientação, emergem instrumentos internacionais constitutivos do regime jurídico dos direitos humanos, desenvolvidos pelas Organizações não governamentais, alicerçados nas prerrogativas do dever do Estado receptor em proteger os cidadãos migrantes (BOCAULT, 2002), já que são praticamente inexistentes quaisquer regulamentações de integração e observância dos direitos fundamentais dos imigrantes nos Estados-membros.

4.1.1. Os Acordos de Schengen

Durante a década de oitenta, foi lançado um debate entre os Estados-membros sobre o princípio da livre circulação de pessoas. Para certos Estados, este deveria ser aplicado exclusivamente aos cidadãos europeus, o que implicaria na manutenção dos controles de fronteiras. Outros Estados, em contrapartida, desejavam estabelecer a livre circulação para todos e abolir os controles fronteiriços (EUROPA, 2007).

Dada à impossibilidade de chegar a um acordo, em 14 de junho de 1985, foi assinada por Alemanha, França, Bélgica, Holanda e Luxemburgo os Acordos de Schengen, com o objetivo de fazer efetiva a liberdade de circulação de pessoas, preconizadas pela globalização, e, resolver os problemas de segurança e de controle

de imigração dos Estados-membros; criando entre si um território sem fronteiras. A ele aderiram mais tarde: Itália, Espanha, Portugal, Grécia, Áustria, Dinamarca, Finlândia e Suécia (EUROPA, 2007).

Estabeleceram-se, por conseguinte, três instrumentos nesta ocasião: o *Convênio de Aplicação do Acordo de Schengen*, pelo qual se regula a supressão paulatina dos controles das fronteiras comuns; o *Projeto de Convênio dos Estados-membros da Comunidade*, relativo ao cruzamento das fronteiras exteriores e a política de vistos; e, por fim a *Proposta de Decisão*, na qual se recomenda aos Estados-membros a inclusão em seus ordenamentos jurídicos do controle relativo às fronteiras exteriores; respeitando-se as distintas constituições e tratados internacionais.

A atual política europeia em matéria de imigração se centra em critérios e objetivos distintos dos idealizados nos Acordos de Schengen, em aberta contradição com os princípios de democracia, liberdade e aplicação de direitos humanos e fundamentais aos imigrantes.

4.1.2. A Diretiva de Retorno

Ao surgir o Acordo de Schengen (1985), a Comunidade Europeia tinha por objetivo, eliminar gradualmente o controle de barreiras internas e por outro lado, buscar harmonia na legislação sobre a política de concessão de vistos e medidas compulsórias. Porém, esta regra não previu o aumento do fluxo migratório de pessoas pertencentes a países terceiros, criando a necessidade de melhorar o controle de entrada de pessoas estranhas ao bloco. (SARTORI, 2012).

Assim, no movimento contrário aos Acordos de Schengen, “No ano de 2008, [...] foi aprovada no Parlamento Europeu, uma norma que causou muita discussão e sua repercussão ultrapassou o ambiente europeu. Trata-se da Diretiva 2008/115 CE, a chamada Diretiva de Retorno.” (SARTORI, 2012).

A Diretiva 2008/115 CE versa sobre as normas e procedimentos comuns nos Estados-membros relativas ao regresso de imigrantes em situação irregular que não têm permissão legal para entrar, permanecer ou residir na União Europeia, “[...] ou de uma maneira mais clara, trata do controle migratório, principalmente a imigração ilegal.” (SARTORI, 2012).

A diretiva está em vigor desde 24 de dezembro de 2010, data limite estipulada por esta mesma norma, para que a mesma fosse incorporada à legislação nacional dos Estados-membros, preconizando que:

[...] imigrantes sem-documentos sejam presos durante até 18 meses ou expulsos para seus países de origem, ficando proibidos de entrarem na União Europeia por cinco anos. Além disso, prevê-se também a detenção dos menores desacompanhados, e sua posterior expulsão, separando famílias sem nenhuma consideração. (O QUE..., 2012).

Diversas determinações da lei foram criticadas por Organizações não governamentais e governos dos países de origem da mão-de-obra migrante, especialmente, os da América Latina, África e Magrebi sob a alegação de violação dos direitos humanos e fundamentais das pessoas migrantes, sendo por isso alcunhada dita diretiva, de *ditadura da vergonha*; e, considerada uma lei racista, xenófoba, discriminatória e de criminalização dos imigrantes pobres.

Para Gonçalves (2012, grifo do autor):

A Diretiva de Retorno, [...], que permite detenção e expulsão dos imigrantes “sem papéis”, está na contramão da história. Faz ruir por terra um dos poucos efeitos

positivos da chamada globalização, a saber, a possibilidade de maior integração e solidariedade de povos e culturas distintas. Essa ameaça que pesa hoje sobre mais de 8 milhões de pessoas não fere apenas o direito de ir e vir, viola também os direitos humanos, o direito sagrado a uma nova chance de vida. Por um lado, as fronteiras do mundo todo se escancaram cada vez mais às notícias e informações, ao capital financeiro e mercadorias, à tecnologia de ponta e serviços em geral, convertendo o planeta numa aldeia. Por outro lado, a política migratória, com suas leis restritivas e controles rígidos, se fecha e se enrijece duramente diante dos sonhos e projetos dos trabalhadores.

Mas, no entender do Parlamento Europeu, “A directiva visa promover o ‘regresso voluntário’ de imigrantes ilegais, harmonizando as condições de regresso e estabelecendo certas garantias.” (PARLAMENTO..., 2012, grifo do autor).

À primeira vista, o objetivo da diretiva era de elaborar normas comuns em matéria de retorno, expulsão, interdição de entrada e uso de medidas coercitivas que levassem em conta o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais dos imigrantes, criando bases adequadas para os nacionais de terceiros países que se encontrasse ilegalmente no território da União Europeia (BLANCO, 2008).

Contudo, a imigração por se constituir em uma necessidade econômica e um problema social na União Europeia, e, desde 2008, o bloco atravessar uma crise econômica mundial, a atual política migratória propõe o enrijecimento do controle migratório, na total desconformidade dos postulados do direito fundamental de ir e vir;

da ideia de uma globalização de aproximação dos povos e culturas; e, da garantia do livre acesso e permanência do cidadão migrante no território europeu.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo, foram analisados diferentes aspectos que se reúnem no processo migratório. O objetivo foi apresentar uma panorâmica do atual estado de dito movimento ilustrado no bloco econômico da União Europeia; sacrificando-se, em parte, a profundidade que requerem certos temas em favor da apresentação e exposição do maior número possível de questões que constituem o complexo fenômeno migratório, visto sob as óticas históricas, sociais, econômicas, jurídicas e políticas submersas na era da globalização.

Aproximou-se este artigo, da recente história da globalização e sua implicação nos fluxos migratórios. Para finalizar, foram sopesadas algumas características da população migrante das fronteiras leste e sul da União Europeia, ressaltando-se as políticas migratórias e o marco jurídico regulador da entrada e estabelecimento de cidadãos de países terceiros. Com todo esse material obtiveram-se algumas conclusões valorativas.

Para os países receptores, a entrada de imigrantes supõe o acesso de trabalhadores para ocuparem cargos que requerem baixa qualificação, cumprindo com as exigências mercadológicas para o acontecimento do capitalismo competitivo. Sem dúvida, e, sob este prisma, a migração prejudica os trabalhadores nacionais que competem diretamente com os estrangeiros pelo emprego.

Caso se considere os objetivos da empresa transnacional, o imigrante não está integrado dentro da estrutura de proteção e regulação sindical; o que supõe um aumento da rentabilidade do caixa das empresas nas quais trabalham.

Os países europeus aproveitam a imigração como modo de manter a

competitividade de setores como a agricultura, a manufatura de baixa tecnologia ou determinados serviços cuja principal vantagem no comércio internacional é o baixo custo de sua mão-de-obra.

Quanto ao país de origem, a saída do imigrante também constitui elemento positivo para a prejudicada situação econômica, pois se presume um alívio no mercado de trabalho, eis que a oferta de mão-de-obra diminui. A saída de trabalhadores também resolve, em parte, os problemas de desemprego, eliminando os conflitos sociais, e, conjectura uma válvula de escape à pressão demográfica.

Apesar de o imigrante aceitar, normalmente, salários abaixo da média que recebem os trabalhadores nacionais, essa renda é várias vezes superiores à recebida em seu país. Por outra parte, as depreciações das moedas nacionais comparadas ao Euro aumentam o valor nominal da poupança e das remessas enviadas a suas famílias, além do que, receber rendas em qualquer moeda comunitária é um fator de segurança por serem recursos menos voláteis que as moedas nacionais.

Assim, entende-se que abandonar o país de origem é economicamente benéfico. Seria irracional pensar que alguém deixe seu entorno social e familiar senão esperasse uma melhora em sua condição de vida. De todos os modos, para o caso da imigração de trabalho, sempre fica a alternativa de retornar ao país de origem se a experiência for insatisfatória no estrangeiro.

O imigrante assume, na maior parte das ocasiões, uma desagradável contrapartida que constitui todo o conjunto de conseqüências negativas derivadas de conviver em um ambiente social diferente do próprio, sendo obrigado a suportar condições de trabalhos abusivas e atitudes discriminatórias que não facilitam sua inserção na sociedade de acolhida.

Esse feito se aprofunda no caso da imigração ilegal, eis que o desamparo jurídico enseja que seus direitos individuais e trabalhistas sejam facilmente

transgredidos. Não é de estranhar que os imigrantes se reúnam em colônias, mais ou menos isoladas, dificultando, com isso, a integração nos países de destino.

Todavia, a imigração representa um elemento economicamente necessário para a União Europeia que apresenta desequilíbrios nos fluxos de entrada e saída do mercado de trabalho, conseqüência do processo de envelhecimento de sua população.

Outra hipótese, unida com o sistema de pensão e seguridade social, é o atraso da idade de aposentadoria. Não é errôneo dizer que as condições de saúde com que se chegam as atuais idades de aposentadoria dos europeus comunitários são melhores que as existentes no passado, mesmo assim, tal motivo não é obstáculo para a migração porque dela participam população jovem de baixa qualificação, aonde o vigor físico costuma ter importância.

Todas as deduções realizadas até o momento parecem estabelecer um conjunto de condições necessárias para a manutenção do fluxo migratório na União Europeia. No entanto, é necessário contar com o marco político e jurídico adequado. As medidas propostas, tanto nos meios políticos como no seio jurídico vão desde a integração completa do imigrante até a renúncia total de dos seus direitos humanos e fundamentais.

O estabelecimento das redes sociais próprias pelas quais circula a imigração tem criado controvérsia. Enfrentar uma sociedade hostil e Estados relutantes a entrada de estrangeiros não é o melhor ambiente para facilitar sua inserção. Nesse sentido, a aparição em quase todos os Estados-membros da União, de movimentos racistas e xenófobos, embora minoritários, não deixam de ser preocupantes. E, aliado ao marco jurídico atual, constituem um dos principais impedimentos para o desenvolvimento da migração, nesta região.

O direito a sair do país de origem em busca de melhores condições de vida (o direito a emigrar) está contido em quase todas as declarações de direito e legislações

nacionais e internacionais. Por conseguinte, nenhum país, nem acordo internacional recorrem ao direito de imigrar como um direito que possa ser efetivamente reclamado ou invocado.

Circunscrita neste entorno de desproteção do imigrante, a política comunitária está baseada na perspectiva de limitar novas entradas de estrangeiros. Postura esta que se agrava com o passar do tempo, especialmente porque não evita grande parte da imigração, senão que a ilegaliza.

Destarte, enquanto as conseqüências da imigração ilegal são suportáveis, a legislação europeia sobre esse tema, seguirá sendo um obstáculo à entrada de novos estrangeiros, e, conseqüentemente a efetivação dos direitos humanos e fundamentais deste contingente marginalizado e manipulado pelo jogo do capitalismo, na era global, continuará a mercê e no interesse das empresas transnacionais, verdadeiras vilãs dos fluxos migratórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALAMEDA, Anisi. Mercado y Estado del Bienestar: un pronóstico para el año 2000. In: *Crisi econòmica i neu context internacional*. Barcelona: Esteve Orovall Planas, 1995.

ALBARCA, Paloma Junco. *La regulación de la Sociedad Multicultural: Estatuto Personal y Multicultural de la Familia*. Madrid: Colex, 2000.

ANDRIOLI, Antônio Inácio. Efeitos culturais da globalização. *Revista Espaço Acadêmico*, [S.I.], ano III, n°. 26, jul. 2003, mensal, ISSN: 1519.6186. Disponível em: <<http://www.espacoacademico.com.br/026/26andrioli.htm>>. Acesso em: 19 dez. 2006.

ANNONI, Danielle (Org.) *et alii*. O Direito da democracia como requisito imprescindível ao exercício da cidadania. In: *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 93-108.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de Arruda; GONÇALVES, Marcus Fabiano. Globalização, Direitos Humanos e Desenvolvimento. In: ANNONI, Danielle (Org.) *et alii*. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 125-144.

ATAURI, Pedro Días de. Estudio sobre la inmigración Este-Oeste de Europa. *Cuadernos de trabajo*. Madrid, 1996, TEIM, Centro Internacional Carlos V, Universidad Autónoma de Madrid.

BLANCO, Alicia Sorroza. Crónica de una controversia anunciada: la directiva europea de retorno de inmigrantes em situación ilegal. *Revista de Estudios Jurídicos*, Madrid, nº 8, 2008, p. 1-10. Disponível em:

<<http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&ved=0CDgQFjAD&url=http%3A%2F%2Frevistaselectronicas.ujaen.es%2Findex.php%2Frevista%2Farticle%2Fdownload%2F26%2F24&ei=M5WiUJWQOpOe8QSx34HgAw&usg=AFQjCNF21Yr39IatrJVN6y5bg4PgkQrWhQ>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu. O princípio da identidade cultural dos povos e a imigração: desafios para a internacionalização dos direitos humanos. In: ANNONI, Danielle (Org.) *et alii*. *Os novos conceitos do novo direito internacional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 53-57.

BÓGUS, Lúcia Maria Machado. Globalização e migração internacional: o que há de novo nesses processos? In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 165-174.

DABOUI, Rene. *Evolution économique, tendances démographiques, emploi et flux migratoires*. Gênova: SIMED, 1991.

DAL RI JUNIOR, Arno. *História do Direito internacional; Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DOLLFUS, Oliver. Geopolítica do Sistema-Mundo. In: SANTOS, Milton (Org.) et alii. *O mapa do novo mundo: Fim de século e globalização*. São Paulo: Hucitec, 1994. p. 23-45.

DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. Globalização e tendências institucionais. In: _____. *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 9-16.

EUROPA – O portal da União Européia. *O acervo de Schengen e sua integração na União*. Atividades da União Européia. Livre circulação de pessoas, asilo e imigração. Sínteses da Legislação. Disponível em <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l33020.htm>>. Acesso em 17 abr. 2007.

GARCIA, Daniel Castellanos. Impacto de las inmigraciones magrebíes y del Este de Europa en la C.E.E. *Cuadernos de trabajo*. Madrid, 1994, TEIM, Centro Internacional Carlos V, Universidad Autónoma de Madrid.

GEIGER, Pedro P. Des-territorialização e espacialização. In: SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia de A.; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). *Território, Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 233-246.

GIDDENS, Anthony. *The consequences of modernity*. Cambridge: Polity Press, 1990.

GONÇALVES, Alfredo J. *A Diretiva de Retorno: um novo holocausto*. Portal Missionário. Disponível em:

<http://www.alemfronteiras.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=453&Itemid=387>. Acesso em: 13 nov. 2012.

IANNI, Octavio. A política mudou de lugar. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997.

LÁZARO, Franco. *El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas en la CEE*. Zaragoza: Cuadernos de Europa, 1993.

LEAKEY, Richard. *A evolução da humanidade*. Brasília: Editora UNB, 1981.

LIVI-BACCI, Massimo. *A concise history of world population*. 2.ed. Oxford: Blackwell, 1997.

LORCA, Alejandro. Análisis económico de la inmigración. Itinera anales, 1991-1992, Barcelona, Fundación Paulino Torras Doménech. *Anais*. Barcelona: Itinera Libros, 1992.

MAUREL, Joaquín Bosque. Globalização e regionalização da Europa dos Estados à Europa das regiões: O caso da Espanha. In: SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia de A.; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). *Território, Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 29-41.

MCGREW, Anthony. A global society? In: HALL, Stuart; HELD, David; MCGREW, Tony (Orgs.). *Modernity and its futures*. Cambridge: Open University Press, 1992. p. 61-116.

NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do. Globalização e exclusão social: fenômenos de uma nova crise da modernidade? In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 74-94.

O QUE é a Diretiva de Retorno de Imigrantes e suas consequências? *INVERTA Voz Operária*. Edição Digital. Página Inicial. Edição Impressa. Edição

426. Internacional. Disponível em:

<<http://inverta.org/jornal/edicao-impressa/426/internacional/diretiva>>. Acesso em: 13 nov. 2012

PARLAMENTO Europeu aprova a directiva do retorno. Imigração. 18-06-2008 - 16:30. Sessão plenária. Disponível em:

<<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+IM-PRESS+20080616IPR31785+0+DOC+XML+V0//PT>>. Acesso em: 13 nov. 2012.

PEIXOTO, João Alfredo. As migrações e a organização do espaço: novas dinâmicas territoriais e os fluxos de trabalho nos contextos nacional e internacional. In: *Globalizações: novos rumos no mundo do trabalho*/Antônio Garcia Pereira et al. Florianópolis: UFSC, SOCIUS, 2001. p. 155-206.

RATTNER, Henrique. Globalização e projeto nacional. In: SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia de A.; SILVEIRA, Maria Laura (Orgs.). *Território, Globalização e Fragmentação*. São Paulo: Hucitec, 1996. p. 102-107.

REIS, Elisa Pereira; SCHWARTZMAN, Simon. *Pobreza e Exclusão Social: Aspectos Sócio Políticos*. p. 1-66. Disponível em:

<<http://www.schwartzman.org.br/simon/pdf/exclusion.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2006.

RESENDE, Paulo-Edgar A. A federação como alternativa democrática nas relações entre as nações. In: DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo-Edgar A. (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 28-42.

_____. (Org.). *Desafios da globalização*. Petrópolis: Vozes, 1997a. p.17-27.

SANTOS, Milton. Los espacios de la globalización. In: UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, nº. 13, 1993, Madrid. *Anais de Geografia*. Madrid: [s.n.], 1993.

SARTORI, Henrique. *Diretiva de retorno e a imigração na Europa*. Disponível em:

<<http://www.imil.org.br/blog/diretiva-de-retorno-e-a-imigracao-na-europa/>>. Acesso

em: 13 nov. 2012.

SASAKI, Elisa Massae; ASSIS, Gláucia de Oliveira. Teorias das migrações internacionais. In: XII ENCONTRO NACIONAL DA ABEP, GT de Migração, Seção 3 – A migração internacional no final do século, out. 2000, Caxambú, MG. *Anais eletrônicos*. Caxambú: UNICAMP, 2000. p. 1-19. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_2.pdf>.

Acesso em: 25 jan. 2007.

SCUDELER, Valéria Cristina. Imigrantes valadarenses: experiência migratória, legalização e status ocupacional no mercado de trabalho norte-americano. In: PESQUISA DE CAMPO, 10 a 31 jul. 1997, Governador Valadares, MG. *Anais eletrônicos*. Governador Valadares: UNICAMP, 2000. p. 1-29. Disponível em: <http://www.abep.nepo.unicamp.br/docs/anais/pdf/2000/Todos/migt16_4.pdf>.

Acesso em 26 jan. 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Globalização e sistema penal na América Latina: da segurança nacional à urbana*. Discursos Sediciosos, crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 1997.

GT SOCIOLOGIA DO JUDICIÁRIO E PROFISSÕES JURÍDICAS

A TENSÃO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA E O NOVO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A BUSCA POR LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM QUESTÕES POLÍTICAS QUE ENVOLVEM A REALOCAÇÃO DE RECURSOS

Francielle Pasternak Montemezzo *

RESUMO

A fórmula *democracia constitucional*, aparentemente dotada de uma coerência intrínseca, foi construída ao longo da história com ingredientes por muito tempo opostos e considerados absolutos – direitos e poder soberano. Pietro Costa ensina que a aproximação entre democracia e Estado Constitucional ocorre principalmente após a Segunda Guerra Mundial, quando, em contrapartida aos regimes totalitários, buscou-se firmar direitos de maneira entrelaçada à tradição democrática dos sécs. XIX e XX. Atualmente, apesar de pacífica a ideia de compatibilidade (e complementaridade) entre direitos e democracia – já que esta significa bem mais do que o direito de eleger representantes – o conflito se renova, agora sob um novo aspecto: a conformação dos espaços de atuação dos magistrados na proteção dos direitos fundamentais. No Brasil, a CF de 1988, ao proteger um vasto rol de direitos e prever amplo acesso à justiça, possibilitou a apreciação, Pelo Poder Judiciário, de praticamente qualquer demanda. Nota-se, em decorrência disso, dentre outros fatores, uma grande judicialização de questões políticas, como aquelas que envolvem, por exemplo, a concretização de

* Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

políticas públicas, e a conseqüente realocação de recursos públicos. Tendo em vista que os recursos são escassos e as necessidades infinitas, sob o tema há de se enfrentar os limites de atuação dos magistrados, para que decisões políticas tomadas pelos representantes eleitos acerca da alocação de recursos não sejam simplesmente substituídas por decisões do Judiciário, privilegiando a uma ordem de chegada daqueles que acionam os Tribunais. Decisões legítimas dos representantes eleitos devem ser respeitadas, tornando o tema bastante complexo e atual.

Palavras-chave: *Constitucionalismo e democracia; limites de atuação do Poder Judiciário; decisões políticas; Estado Constitucional Democrático.*

ABSTRACT

The expression constitutional democracy, apparently endowed with an intrinsic coherence, was constructed throughout history with ingredients long considered opposites and absolutes - rights and the sovereign power. Pietro Costa teaches that the rapprochement between democracy and constitutional state occurs mainly after the Second World War when, in contrast to totalitarian regimes, sought to establish rights of way intertwined with the democratic tradition of secs. XIX and XX. Currently, although the idea of peaceful compatibility (and complementarity) between rights and democracy - as this means much more than the right to elect representatives - the conflict is renewed, now under a new aspect: the conformation of the performance spaces of magistrates in the protection of fundamental rights. In Brazil, CF, 1988, to protect a vast array of rights and provide broad access to justice, has made it possible for virtually any demand to be taken to review by the Judiciary. Note, as a result, among other factors, a large judicialization of policy issues, such as those involving the implementation of public policies, and the consequent reallocation of public resources. About the theme there to confront the limits

of performance of judges, that political decisions made by elected representatives about the allocation of resources are not simply replaced by court decisions, favoring a finishing order of those that trigger the Courts. Legitimate decisions of elected representatives must be respected, making the issue quite complex and present.

Keywords: *Constitutionalism and Democracy; limits of judicial power; policy decisions; Democratic Constitutional State.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca refletir sobre a renovação da tensão entre constitucionalismo e democracia no atual contexto histórico brasileiro, com enfoque na atuação do Poder Judiciário, em que cada vez mais os juízes passam a decidir questões políticas, muitas delas determinando a realocação de recursos. A partir de breves notas acerca da construção histórica da fórmula *democracia constitucional*, à luz da produção teórica de Pietro Costa, inicia-se o estudo, para demonstrar que a tensão entre soberania e constitucionalismo é longínqua e apesar de remodelada no presente momento, existente.

Em seguida, buscar-se-á traçar algumas considerações sobre o constitucionalismo contemporâneo brasileiro e suas principais características para, após, demonstrar a complexidade da atuação do Poder Judiciário, hoje em dia visto como protagonista na ordem jurídica. Por fim, será focada a dificuldade do tema a partir da análise da crescente intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos públicos, tema que tem recebido grande atenção doutrinária na busca pela verificação dos limites e conseqüências da atuação cada vez mais protagonista dos magistrados no Brasil.

1. BREVE HISTÓRICO SOBRE A CONSTRUÇÃO DA FÓRMULA “DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL”

1.1. Poder soberano e direitos: dois pólos de tensão

Pietro Costa – historiador italiano catedrático da *Università degli Studi di Firenze* – produziu valioso aporte teórico ao estudo da construção histórica do Estado Constitucional. Ao se debruçar sobre questões relacionadas à democracia, soberania,

Estado de Direito, Constitucionalismo, o pesquisador demonstrou a complexa relação entre tais institutos e a fluidez de seus significados ao longo da história. Especificamente quanto ao tema objeto deste artigo, se dedicou a explicar como a fórmula “democracia constitucional”, aparentemente dotada de uma coerência inerente, foi construída ao longo da história com ingredientes considerados por muito tempo opostos.¹

A aproximação entre democracia e Estado Constitucional ocorre principalmente após a Segunda Guerra Mundial – quando, em contrapartida às atrocidades sofridas pela humanidade com os regimes totalitários, buscou-se firmar direitos de ascendência jusnaturalista de maneira entrelaçada à tradição democrática dos sécs. XIX e XX.² A ideia do constitucionalismo – em um sentido amplo – é a de vincular a vontade soberana a certos limites indiscutíveis³.

Na modernidade, sob o paradigma hobbesiano⁴, a vontade do soberano era enfatizada, como sendo esta vontade a única capaz de garantir a paz. A ordem, sob este

enfoque, coincidia com as determinações do soberano, havendo um distanciamento quase que completo entre vontade e razão.⁵ Mas a modernidade após Hobbes teve de combater o poder desenfreado do soberano, sendo que tentativas variadas surgiram em culturas diversas.⁶ Aos juízes – considerados o poder nulo, pela teorização de Montesquieu⁷ –, de longa data já era atribuído o acertamento de uma ordem objetiva, indisponível à ordem dos soberanos, sendo que até mesmo reformadores iluministas

questão de arte e de prática. Nas palavras de Simone Goyard-Fabre, para Hobbes, o Poder seria uma figura de *arte racional*. O Estado Moderno teria o monopólio da criação do direito a tal ponto que onde não existisse o Poder desse Estado, não haveria direito. O filósofo expõe as premissas do humanismo jurídico-político, o que lhe permite construir a primeira teoria moderna do Estado Moderno. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 71 e ss.

⁵ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 243.

⁶ Coke – considerado o fundador do constitucionalismo inglês (início de 1600) –, por exemplo, adotava a perspectiva de existência da Constituição material na Inglaterra seis-setecentista, compreendida como uma ordem indisponível ao arbítrio do soberano, a *common Law*. Haveria um sistema normativo que deveria ser constatado imparcialmente, com o emprego de uma razão artificial, a razão jurídica, através de um corpo profissional. Além disso, em contextos e culturas diversas é possível identificar a representação de normas e princípios que limitam o soberano (por exemplo, Locke, que defende os direitos naturais – jusnaturalistas – da liberdade e da propriedade). Cf. COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 243.

⁷ Montesquieu acreditava que a condição *sine qua non* da estabilidade política era a organização constitucional das competências pelas quais o poder se manifesta. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 102.

¹ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241.

² COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 241.

³ Pietro Costa atenta para o fato de que a utilização no sentido amplo do termo *constitucionalismo* – como tentativa da limitação do poder do soberano – pode, por abranger momentos históricos muito diferentes, induzir à falsa sensação de que haveria homogeneidade nas etapas históricas, que conservam, ao contrário disso, profundas diferenças (constitucionalismo medieval, constitucionalismo moderno, constitucionalismo contemporâneo). Cf. COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 242.

⁴ O filósofo Thomas Hobbes considerava-se o inaugurador da “filosofia política” e criticava autores que o antecederam e consideravam a política uma

eram a favor da ideia de que os juízes encampariam o espaço vazio criado pelo soberano, quando este não emanasse uma legislação sistemática e completa.¹

A ideia de democracia, compreendida durante muito tempo como um regime desequilibrado (com o predomínio dos muitos pobres sobre os poucos ricos), teve o seu significado remodelado com Marsilio di Padova, ainda que não tivesse o mesmo significado atribuído na Modernidade.² Marsilio di Padova promoveu uma leitura alternativa das obras gregas, ocasião em que a ideia de desequilíbrio da democracia começou a ser suplantada pela de “primado de muitos”. Mesmo assim, para o pensador, a ideia de povo ainda seria de uma entidade coletiva de sujeitos desiguais, e não de sujeitos iguais, como era identificada a democracia para os modernos.³

O fenômeno da democracia na modernidade tem a ver com a antropologia individualista dos sécs. XVII e XVIII. Nasce a ideia do sujeito como centro da ordem, e de que o soberano seria a totalidade dos sujeitos.⁴ Neste período histórico, as idéias

de Rousseau foram adotadas como base, sendo que sua construção teórica a respeito da democracia (noção de autogoverno de um povo que é composto por indivíduos livres e iguais) e dos direitos do indivíduo (sendo este não inferiorizado em relação ao povo soberano, e dotado de direitos naturais transformados pelo soberano em direitos civis exigíveis)⁵, serviram de baluarte às revoluções do séc. XVIII nos Estados Unidos e na França⁶, e às teorizações político-constitucionais da época, como a de poder constituinte do abade de Sieyès.⁷ Nas Revoluções do séc. XVIII, a força do *demos* é extremada, considerada ilimitada⁸.

⁵ A ideia de Rousseau era a de que, no processo de legitimação do pacto social, a condição de igualdade das partes contratantes era fundamental. Nesse pacto, ninguém sairia prejudicado, porque o corpo soberano que surge após o contrato seria o único a determinar o modo de funcionamento da máquina política. E obedecer à lei que se prescreve a si mesmo é um ato de liberdade. Cf. NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.) Os Clássicos da Política. São Paulo, Editora Ática, 2004.

⁶ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 246/247.

⁷ Na França, Sieyès diz que a soberania cabe aos “20 milhões de franceses” e que a soberania é a nação. Cf. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 104. Entretanto, para Sieyès, como a Nação não pode agir, o processo revolucionário deve ser guiado por uma Assembléia representativa, como um próprio poder constituinte, destinada a criar uma nova ordem. Nesse ponto Sieyès se afasta diametralmente de Rousseau, para quem a representação esteriliza a liberdade política. Cf. COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 247.

⁸ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 247/248.

¹ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 244.

² Importante ressaltar que o termo “democracia” é antigo, mas a sua conceituação de maneira positiva é recente. Na perspectiva de Aristóteles, na obra *Política*, por exemplo, defendia-se a supremacia de poucos. Na idade média esta idéia também era forte. Os intérpretes medievais de Aristóteles apresentam objeções à democracia, com o receio de que o governo de muitos pudesse se converter em uma massa anárquica e irracional, uma *multitudo bestialis*. Cf. COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 245.

³ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 245.

⁴ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 246.

No outro pólo de tensão, explica Pietro Costa, estavam os direitos que adentraram na cultura moderna pelo paradigma jusnaturalista.¹ Principalmente com John Locke é construída a ideia de que os direitos de liberdade e propriedade seriam inatos.² Tais direitos foram refrão da Revolução Francesa, que não os criou, somente os reconheceu. Assim, na Revolução, os direitos e a democracia se encontraram. É traçada a ideia de que a Constituição deveria, ao mesmo tempo, conformar juridicamente a ordem política da sociedade e girar em torno dos direitos fundamentais. Nas palavras de Pietro Costa, “*a síntese do Estado democrático-constitucional pode ser atribuída às revoluções americana e francesa*”³.

No entanto, embora se possa observar certa homogeneidade entre o constitucionalismo das revoluções do séc. XVIII e do contexto pós-segunda guerra, a história dos setecentos ainda haveria de enfrentar tensões não dirimidas entre os direitos fundamentais e a ideia radical de democracia. Pietro Costa ressalta que, naquele período, a convivência desses dois pólos em um mesmo “campo de força” revelou-se bastante problemática. Além disso, a busca pela difusão dos direitos políticos – ligados à ideia de liberdade-participação rousseauiana – chocava-se com a

concepção de propriedade da época, que, mais do que o teor econômico, era símbolo de maturidade e racionalidade do sujeito.⁴

Já nos primeiro anos de revolução, observa-se a impossibilidade de composição entre os pólos que se pretendiam absolutos (direitos fundamentais e soberania popular). O jacobinismo pôs às claras como o poder oferecia risco aos direitos individuais. Verificou-se a necessidade de conceber a igualdade limitada ao âmbito normativo, e não como a ausência de diferenças materiais (políticas, econômicas, sociais), sob pena de ameaçar os direitos de propriedade daqueles que a detinham.⁵ As respostas para enfraquecer a tensão entre direitos individuais e democracia – além daquela buscada no campo da política, de rejeição do sufrágio universal para evitar as maiorias tirânicas – foram bastante diversas nos EUA e na Europa, sendo que no velho continente foi necessário percorrer um caminho bem mais tortuoso (embora o campo de tensão fosse o mesmo).⁶

Os EUA eram herdeiros da *Common Law*, motivo pelo qual desde logo a tutela dos direitos fundamentais foi atribuída ao Poder Judiciário, traçando-se um aparato político que combina, nas palavras de Pietro Costa “o fazer e o dizer a lei”⁷. A primeira das cláusulas da Constituição Federal Americana inaugurava expressamente a

¹ Mas este paradigma jusnaturalista não é o único instrumento utilizável para atribuir tais características aos direitos. Coke, a partir de outro ângulo, acreditava que os direitos eram decorrentes de uma ordem normativa imemorial que se colocava acima do rei (a *common law*, o “direito dos ingleses”). Cf. COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 249.

² John Locke, inclusive, propõe que, em situações de exercício tirano da soberania, seria oponível o direito de resistência do povo. Cf. GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 187.

³ COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 249.

⁴ COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 250.

⁵ COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 253.

⁶ COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 254.

⁷ COSTA, Pietro. *Democracia Política e Estado Constitucional*. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 254.

supremacia da Constituição. Como os colonos tiveram a necessidade de invocar direitos contra a injusta taxaço imposta pelo parlamento inglês, criaram uma norma superior, a que chamaram de Constituição. Além disso, também era necessário limitar a legislação emanada dos Estados, fazendo referência a uma norma superior, assim considerada porque de fonte popular.¹

Como explica Maurizio Fioravanti, a diferença maior entre as revoluções americana e a francesa é que nesta a lógica hobbesiana impunha uma única vontade popular, fundando indistintamente a autoridade da lei e a da constituição.² No modelo americano, ao contrário, vigorou desde logo um sistema em si dualista, já que o povo exprimiria duas vontades bem distintas: uma constituinte – capaz de fundar a constituição – e outra política, bem mais contingencial (que de tempos em tempos determina a vontade das maiorias da época).³

Por sua vez, buscando tentar superar as divergências entre vontade e razão, o continente europeu passou, nas palavras de Pietro Costa, “por uma engenhosa construção jurídica”, qual seja, o *Estado de Direito*.⁴ As dificuldades, no entanto, continuaram latentes, pois a noção do Estado-nação e sua soberania continuaram

centrais, e aos direitos acabou sendo conferida posição enfraquecida, em decorrência da superação da doutrina jusnaturalista seis-setecentista.

O positivismo jurídico, o historicismo e a sociologia da época acabaram fazendo com que os direitos fossem justificados na figura do Estado. E, embora se buscasse nesse Estado de Direito a conciliação entre direitos e soberania popular através de normas que vinculassem o soberano e através da intervenção de um órgão jurisdicional competente – para aplicar essa norma de maneira imparcial, a tensão não foi dirimida. Isso porque era fácil a possibilidade de revogação de vínculos que limitavam o soberano por ele próprio, tendo em vista que tais vínculos, pela doutrina, eram apenas em relação às funções administrativas do Estado, permanecendo a ideia de impossibilidade de limitação do soberano – a atividade legiferante não poderia sofrer resistência.⁵

A teoria de Kelsen foi capaz de por em crise o forte estatismo, fazendo surgir o Estado de Direito Constitucional na Europa.⁶ É o que se verá no tópico seguinte.

1.2. Da tentativa de superação da tensão entre direitos e soberania pelo positivismo kelseniano ao Estado Constitucional Contemporâneo

Hans Kelsen, nos anos anteriores à Primeira Guerra Mundial, buscou construir uma teoria de superioridade da norma constitucional, partindo de um pressuposto epistemológico de diferenciação entre o ser e o dever ser (entre fatos e

¹ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009, p. 54.

² FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009. p. 55.

³ Como explica Maurizio Fioravanti, uma passagem em *O federalista* é exemplar, pois convida a desconfiar do legislador que a qualquer momento pode imaginar ser ele mesmo o povo. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009. p. 68. (tradução livre).

⁴ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 255.

⁵ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 256.

⁶ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 176.

normas).¹ Para o pensador, o Estado não seria real, mas apenas um aparato normativo que estabelece direitos e competências – sendo coincidente, portanto, com o Direito. A noção de que a lei seria a expressão típica da soberania desaparece, na medida em que o ordenamento passa a ser concebido como estrutura gradual.² A lei não ocupa mais o vértice do sistema, mas a norma constitucional, viabilizando a submissão das leis ao controle do órgão jurisdicional, superando a periculosidade das maiorias parlamentares.³

Através da teorização de Kelsen, o Estado constitucional e a democracia *parecem* se compatibilizar. O Estado não quer dizer poder, mas direito, não subsistindo a tensão entre os termos. Todas as pessoas e mesmo qualquer órgão estatal encontram-se submetidos às normas do ordenamento. Nesse sentido, como ensina Pietro Costa, o absolutismo, para Kelsen, seria a renúncia *em construir o Estado juridicamente*.⁴

¹ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 175.

² COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 257/258.

³ A partir de uma concepção “dinâmica” do ordenamento jurídico, Kelsen defende que o ordenamento jurídico não deve coincidir necessária e mecanicamente com um sistema de normas gerais. O ordenamento se constrói através das “normas gerais” e das “normas individuais”, ambas integrantes de um processo unitário de produção do direito (afasta, assim, a oposição entre produção e aplicação do direito). E na medida em que a lei perde sua posição “absoluta” no ordenamento, passando a integrar um degrau intermediário no processo de criação-aplicação das normas, torna-se compreensível a defesa de que os atos do poder legislativo também são suscetíveis de controle. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 176.

⁴ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 175.

Para Kelsen, a democracia significa proteção das minorias, a partir dos dispositivos jurídicos do Estado constitucional: (i) exigência de maiorias “reforçadas” para ser modificada a Constituição, garantindo proteção aos direitos fundamentais; e (ii) a previsão de uma corte de justiça que controle a atividade do poder legislativo. Sua teoria elimina o direito natural, e considera que somente dentro do ordenamento jurídico os indivíduos podem ser juridicamente classificados como pessoa. Além disso, o princípio majoritário está na base do Estado de Direito na teoria de Kelsen, pois embora a Constituição sirva de limite à atividade legiferante, pode também ser modificada, por uma maioria qualificada. Segundo Pietro Costa, a tensão entre os pólos de tensão descola-se para “cima”.⁵

Com a teoria de Kelsen o Estado de Direito assume uma representação rigorosamente formal, o que promoveu críticas por parte de muitos doutrinários – como Kaufmann⁶, Heller¹. As atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra

⁵ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 259.

⁶ Como ensina Pietro Costa, a tese de que seria insuficiente explicar o Estado a partir de vínculos puramente formais ao direito faz surgir críticas a Kelsen, especialmente em Kaufmann. Para ele, é essencial erigir um Estado vinculado a uma “ordem material de conteúdos”. E o conceito de “instituto” poderia superar o nível de análise puramente normativa do Estado: princípios, valores, formas de vida coletiva (os “institutos”) que fornecem respostas que o formalismo não é capaz de dar (em relação ao problema poder-direito). Para Kaufmann, a instituição, e não o Estado seria o fenômeno jurídico “originário”: o Estado pressupõe a existência de um rico e variado tecido de instituições. É uma teoria do “equilíbrio” (diferente do “monismo”, que se foca apenas no Estado), que reflete sobre a ordem a partir da interação entre o Estado e o tecido institucional. Os direitos individuais, portanto, seriam “nervuras da sociedade”, e não concessões unilaterais. Cf. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 167/169.

Mundial, quando os regimes totalitários estavam formalmente de acordo com o Estado de Direito, demonstraram a ineficácia de uma teoria puramente formal como a de Kelsen.² A temática do segundo pós-guerra focou-se no sujeito como centro do ordenamento jurídico, direcionando a democracia e os direitos à negação do totalitarismo³, preservando a evolução teórica de Kelsen – quanto ao sistema escalonado de normas e superioridade da Constituição – mas buscando superá-la, notadamente quanto à insuficiência para garantir a proteção de determinados direitos substanciais.

O Constitucionalismo passou a se preocupar com a resistência de determinados direitos em relação à democracia. Os direitos fundamentais passam a ser cada vez mais consagrados nas cartas constitucionais. A tensão entre

constitucionalismo e democracia ressurgiu sob outra roupagem, agora em relação às limitações ou não do poder constituinte originário – que se pretende soberano e incontornável. De qualquer forma, pode-se dizer que foi solucionada – ao menos em relação aos contornos até então apresentados – a tensão entre constitucionalismo e democracia, ao se colocar o sujeito como centro do ordenamento.⁴

No período contemporâneo, no entanto, surgem novas indagações a respeito do Estado Democrático Constitucional. Em relação à democracia, por exemplo, questiona-se a possibilidade de participação dos sujeitos no discurso político, já que o que se vê na maior parte das vezes é a imposição das vontades das elites, sendo que o sistema representativo muitas vezes serve apenas como uma “*simulação legitimante: não dá voz ao povo soberano, mas simplesmente oferece um método eficaz para a formação da classe dirigente (...) além de permitir sua troca de maneira frágil e indolor*”⁵.

Discute-se, ainda, na sociedade atual, como conciliar vontades tão diferentes e opiniões sobre os critérios de justiça, já que há uma grande multiplicidade de grupos

¹ Para Heller, o arbítrio do poder é controlado tornando-se previsíveis as consequências jurídicas da ação individual – com o primado da lei e a divisão de poderes, é possível introduzir mecanismos de controle que alcancem o objetivo de tutelar a liberdade e a propriedade individual. A única forma, para Heller, de salvar o Estado de Direito, é transformá-lo no Estado de Direito social. Cf. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 169.

² Kelsen buscou garantir ao direito o caráter de cientificidade, para que fosse utilizado de maneira previsível. O positivismo jurídico seria o método a ser aplicado pelo operador do direito. Como ensina Ana Lucia Pretto Pereira, na visão de Kelsen, “interpretar o direito, para o doutrinador, consistiria em *descrever* o que se pudesse extrair da norma jurídica. E, para o julgador, consistiria em *conhecer* o que a norma e a doutrina lhe pudessem oferecer, e a partir daí construir uma decisão”. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22.

³ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 261.

⁴ Acerca do assunto, aduz Maurizio Fioravanti que a queda progressiva do princípio da soberania é o que determina tal superação, sobretudo aquilo que se refere à supremacia da constituição, porque também no estado nacional europeu, a partir do último pós-guerra, foram determinadas as condições para a afirmação de uma norma jurídica suprema claramente colocada no vértice das fontes do direito. Essa norma porta um papel diverso e bem mais amplo em relação ao passado da jurisdição, que o modelo construído a partir da revolução francesa havia reduzido a atividade de mera aplicação da lei. Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009. p. 68. (tradução livre).

⁵ COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 268-269.

sociais e políticos interagindo.¹ Há também de se lidar com a questão da globalização e da cada vez mais estruturada ordem jurídica internacional (tribunais internacionais, convenções, tratados internacionais), que põe em questão a soberania dos Estados e demonstra a existência cada vez mais recorrente de conflitos sobre qual o direito a ser aplicado (nacional ou internacional).²

No plano interno dos Estados, após as duas guerras e a crise de 1929, surgem as novas linhas mestras do constitucionalismo contemporâneo.³ O Poder Judiciário, através do controle de constitucionalidade, tornou-se mais e mais o protetor dos direitos dos cidadãos. No entanto, observa-se que os órgãos judiciários têm agido com uma crescente ingerência nas decisões políticas dos Estados. Tal atividade proativa é bastante discutida na doutrina brasileira, vez que questões de grande repercussão política são lançadas hordienamente ao Poder Judiciário.

Nas páginas seguintes, serão feitas algumas considerações a respeito do novo constitucionalismo no Brasil, com enfoque na atividade do Poder Judiciário, a fim de

¹ “Há muitos de nós, e discordamos sobre o que é justo”. Cf. WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 1. Surgem, atualmente, diversas teorizações de justiça. Há aqueles que defendem concepções mais substanciais de direito, e aqueles que acreditam que a justiça consiste no respeito ao procedimento de deliberação. Sobre as diferenças entre deliberativos e substancialistas (das vertentes comunitária e liberal), cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

² Acerca do fenômeno da transnacionalização e da limitação da soberania em favor dos mercados, cf. BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Diritto è secolarizzazione: Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Trad. Mario Carpintella. Editora Laterza, p. 205-225.

³ COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 166.

refletir os novos termos em que a tensão entre constitucionalismo e democracia é evidenciada.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL

2.1 O neoconstitucionalismo e a Constituição Federal de 1988

Daniel Sarmento explica que o neoconstitucionalismo⁴ diz respeito a um novo paradigma, o qual emergiu no Direito brasileiro sob a Constituição Federal de 1988. Embora se trate de um fenômeno recente⁵, e não seja possível estabelecer uma homogeneidade segura entre os autores que são considerados neoconstitucionalistas, é possível traçar uma série de fenômenos que caracterizam esse momento constitucional⁶, como i) o reconhecimento da força normativa dos princípios; ii)

⁴ O uso da expressão advém, segundo Daniel Sarmento, da obra *Neoconstitucionalismo(s)*, organizada por Miguel Carbonell e publicada em 2003 - CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

⁵ Diferente dos neoconstitucionalistas, Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida entendem que o constitucionalismo dos nossos dias é uma etapa evolutiva natural do constitucionalismo clássico, surgido no século XVIII, sem renegar seus alicerces. Cf. FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 32.

⁶ Conforme explica Daniel Sarmento, os autores adeptos ao neoconstitucionalismo usam como fontes autores bastante heterogêneos, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, sendo que nenhum destes se define como neoconstitucionalista. O jurista ainda explica que dentro desse novo constitucionalismo é possível observar correntes positivistas e não-

utilização de técnicas da ponderação e teorias da argumentação; iii) reaproximação do Direito e Moral; iv) judicialização da política e das relações sociais.¹

Após a segunda grande guerra, como visto no tópico anterior, houve um fortalecimento da ideia de supremacia da Constituição da Europa, aproximando-se da tônica já vivenciada há tempos nos Estados Unidos, que desde os primórdios de seu constitucionalismo já garantia essa força à Constituição – embora entre as constituições americana e européias haja diferenças importantes, principalmente quanto ao fato de a Constituição americana ser sintética e as européias do pós guerra bastante abrangentes.²

Em decorrência dessa constitucionalização do Direito, e de que as normas contidas nas constituições acabam trazendo conceitos abstratos e fluidos, a participação do Poder Judiciário acabou por se expandir. Novas técnicas surgiram na

positivistas, liberais, comunitaristas, procedimentalistas. Cf. SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

² No pós-guerra, a aproximação das idéias de constitucionalismo e democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende pelos nomes de Estado democrático de Direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 145.

aplicação do Direito, diferentes da subsunção e do positivismo formalista, ou do reconhecimento da discricionariedade política do intérprete, como defendiam Kelsen e Hart.³ O ambiente em que se desenvolveu este novo constitucionalismo foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.⁴

³ Kelsen entendia que a atividade do juiz criava direito nas situações em que a lei não dispusesse solução para o caso concreto. Como explica Ana Lucia Pretto Pereira, Kelsen foi até o ponto de reconhecimento da existência de vontade judicial na interpretação do direito, mas não se ocupou de impor limites à discricionariedade. Cf. PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 22. Por sua vez, H. L. A. Hart, professor de Filosofia do Direito e Oxford na década de 50, foi também defensor do positivismo jurídico, divergindo, no entanto, em pontos bastante cruciais quanto às idéias de Kelsen. Para Hart, o direito consiste na união de regras primárias (que impõem deveres) e secundárias (regras de reconhecimento, de alteração e de julgamento ou de prestação jurisdicional) e uma regra é considerada válida (fundamento de validade) quando satisfaz aos critérios especificados pela regra de reconhecimento. A regra de reconhecimento seria uma questão de fato, uma “prática social”, de modo que não poderia ser considerada válida ou inválida, apenas existente. Para Hart, esta é uma solução mais atraente do que a solução proposta por Kelsen, que postula uma *Grundnorm* como um constructo (um “pressuposto” ou uma “hipótese”) teórico. Cf. MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 445 e ss.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 195.

No neoconstitucionalismo, há uma tendência de elaboração de teorizações de democracia mais substantivas. A democracia¹ já não é vista mais como a vontade de maioria – ou de seus representantes eleitos. Inclui a garantia de direitos básicos, proteção das minorias, respeito às regras do jogo². O intérprete do direito procura encontrar a solução mais justa possível para cada caso, e a moral ganha espaço na argumentação jurídica.³ Ocorre que o espaço criado para a argumentação cria um infinito de possibilidades, e, sendo o Poder Judiciário considerado o guardião da

¹ Acerca do assunto, afirmam Anna Candida Ferraz e Fernanda Dias Almeida, quanto à democracia, que há no constitucionalismo contemporâneo uma “*tendência de ampliação ou aprimoramento na democratização do exercício do poder, como na participação popular direta na elaboração legislativa (arts. 1, par. único e 14, CF), a eleição de cidadãos para participar no Conselho da República (art. 89, VII, CF), a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil e a obrigatoriedade de receber petições, reclamações, representações e queixas (art. 58, par. 2, II, IV e V) etc.*” Cf. FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 41/42.

² SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

³ Como ensina Barroso, em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do séc. XX. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 148.

Constituição, cria-se o problema da protagonização dos juízes – traço marcante do neoconstitucionalismo.⁴

Daniel Sarmento define o neoconstitucionalismo como uma teoria otimista, oposta ao desencanto pós-moderno – que critica as “metanarrativas” construídas pela visão moderna.⁵ Esse novo constitucionalismo aposta mais uma vez na razão e na valorização dos direitos fundamentais, reafirmando o projeto político da Modernidade.

No Brasil, o controle de constitucionalidade foi adotado desde a proclamação da República, mas somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que se pode falar propriamente em um constitucionalismo. Isso porque as Constituições anteriores, ao invés de buscarem a valorização dos sujeitos e a limitação do poder em verdade serviam de fachada para legitimar situações de manutenção deste. A história do Brasil relata uma realidade distante dos direitos previstos nas constituições: escravidão, fraudes eleitorais, regimes militares.⁶ Além disso, o Poder Judiciário até

⁴ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

⁵ A obra de Jean-François Lyotard, intitulada “*A condição pós-moderna*” foi a precursora do pós-modernismo. Como característica marcante desse pensamento pós-moderno, cita-se a crítica aos termos abstratos como “direitos humanos”, “lutas de classes” – utilizados constantemente pelo pensamento Moderno, que seriam, para os pós-modernos, construções abstratas e totalizadoras. Cf. ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 9.

⁶ Leitura bastante interessante sobre a história do constitucionalismo no Brasil é a produção de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, publicada no ano de 1968 na Revista de Direito Público 3/62. Nela o autor descreve detalhes das constituições brasileiras até então existentes, analisando os improvisos e graus de profundidades das constituições até então vigentes no Brasil. Cf. FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do

então não desempenhava um papel importante, nem era verdadeiramente independente. Em épocas de crise a Constituição não era respeitada, já que o poder era quase arbitrado pelos quartéis.¹

No entanto, diferentemente, a Constituição Federal de 1988 foi fruto de um amplo processo de participação popular e mostrou-se comprometida com a realidade.² Ao fundar o Estado Democrático de Direito (art. 1º *caput* da CF), elencou dentre objetivos a serem alcançados pelo Estado a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I) e a erradicação da pobreza e a marginalização (art. 3º,

inciso III), estampando a prioridade absoluta da pessoa e da proteção de sua dignidade.³

Explicitou em seu corpo um extenso rol desses direitos, delineados de maneira não exaustiva⁴ no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais. E, para além dos direitos individuais, embora em outros textos constitucionais brasileiros já houvesse disposições que previam de maneira fragmentada os direitos sociais, a Constituição cidadã inseriu também tais direitos no título dos direitos fundamentais⁵, contemplando os direitos sociais como verdadeiros direitos, juridicamente exigíveis.⁶

Tais disposições, além de gerarem para seus titulares o poder de pleitear junto

constitucionalismo no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011. Revista de direito Público – RDP -3/62 jan.-mar./1968, p. 254/255.

¹ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012. – Importante ressaltar, no entanto, que, no Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado -, foi introduzida pela Emenda Constitucional. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 151.

² Como afirma Barroso: “A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito. Percorremos em pouco tempo todos os ciclos de atraso.” Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 146/147.

³ Acerca dos acontecimentos e disputas partidárias travadas no ocasião da confecção da Constituição Federal de 1988, cf. PILATTI, Adriano. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, conservadores, ordem econômica e regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora PUC-Rio, 2008.

⁴ O próprio § 2º do artigo 5º da Constituição Federal garante isso, ao prever que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

⁵ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97.

⁶ Flávia Piovesan afirma categoricamente que o artigo 5º, § 1º da CF tem por finalidade firmar a força vinculante dos direitos fundamentais – inseridos nestes os sociais, tornando tais direitos plenamente exigíveis em relação aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Da mesma forma entende o professor Osvaldo Canela Junior, que afirma que os direitos cristalizados no art. 6º da CF são subjetivos e não dependem de reconhecimento subconstitucional. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995, p. 92 e CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

ao Estado a sua satisfação¹, criaram parâmetros de comportamentos dos agentes públicos, independentemente da dimensão subjetiva que tais direitos proporcionassem aos indivíduos.² Assim, ao Poder Público, objetivamente, incumbe agir da maneira mais apta a conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais³, tanto individuais, quanto sociais, embora se saiba que, quanto a esses últimos, o horizonte é sempre infinito, e a eficácia progressiva.⁴

A Constituição Federal de 1988 também sublinhou o papel do Poder Judiciário através dos remédios constitucionais, ressaltando os mecanismos de controle de constitucionalidade e ampliando o rol de legitimados relativamente ao controle abstrato (art. 103, CF). Conferiu verdadeira independência aos órgãos jurisdicionais e hoje, em verdade, tem-se que praticamente quase toda questão política pode ser levada

¹ CANELA, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62.

² Nas palavras de Paulo Bonavides, “as constituições de hoje asseguram direitos de liberdade e igualdade, aos quais é impressa nota de fundamentalidade formal e material, vinculantes para o Estado, prevendo-se, ainda, instrumentos de garantia e de proteção desses direitos. Em vista disso decorre a proteção constitucional dos direitos do trabalho, da previdência, da educação, a intervenção do Estado na economia, a fixação de salários, a manipulação da moeda, a regulação dos preços, o combate ao desemprego, a proteção aos enfermos, os financiamentos, o enfrentamento de crises econômicas, enfim, toda uma estrutura estatal que leva ao que se convencionou chamar de Estado social.” Cf. BONAVIDES. Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 186.

³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 101.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho*. Curitiba: [s.n.] n. 22, 2003, p. 21.

à apreciação dos juízes.

Da extensa proteção de direitos pela Constituição Federal e da proteção dos direitos garantidos pela inafastabilidade do Poder Judiciário, dentre outros fatores, decorre o fenômeno do protagonismo judicial.⁵ Observa-se facilmente, ademais, a importância atualmente conferida ao Poder Judiciário – em especial ao Supremo Tribunal Federal – na vida das pessoas, havendo verdadeiro fenômeno de espetacularização das cortes através do televisionamento das sessões e julgamentos, o que é visto de maneira controversa pela doutrina. A cada dia surgem novos julgados de cunho altamente político⁶, como, por exemplo, a questões da possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, do reconhecimento da família homossexual, da constitucionalidade das cotas em universidades públicas etc.

O papel do juiz atualmente é de co-participante do processo de criação do Direito, pois realiza escolhas entre soluções diversas.⁷ Como reflexo desta atuação

⁵ O fenômeno do protagonismo judicial tem sido amplamente discutido pela doutrina, nos dias de hoje. São utilizados diversos termos a este respeito (judicialização da política, protagonismo judicial, politização da justiça, ativismo judicial, etc.), sendo inclusive, por vezes, o mesmo termo utilizado com significados bastante fluidos. Acerca da diferenciação entre os fenômenos da *judicialização da política* e da *politização do Judiciário*, confira-se em: ROMANELLI, Sandro Ballande. A Constituição Norteadora das Paixões: o Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁶ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, o Poder Judiciário faz política quando se proclama como poder de defesa dos direitos dos cidadãos conta as orientações das instituições político-representativas. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 245, mai/ago. 2007, p. 91.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE,

abrangente do Poder Judiciário, inclusive, tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 003/2011) que pretende, basicamente, que possam ser sustados, pelo Poder Legislativo, atos do Poder Judiciário que exorbitem os limites da delegação legislativa, em uma clara tentativa de frear os limites de atuação dos magistrados em decisões de cunho político.¹

Ocorre que este traço marcante do novo constitucionalismo – a protagonização judicial – traz sob novas vestes o antigo problema: como conciliar a democracia e a proteção dos valores constitucionais? Sendo o novo momento o de reconhecimento de normatividade dos princípios – o chamado pós-positivismo² – como avaliar se a conduta dos magistrados, quando fundamentam decisões com base na razoabilidade ou da dignidade da pessoa humana, não acabam por permitir que os juízes substituam as opiniões de outros agentes, representantes eleitos, pelas próprias opiniões?³ Este é o novo/velho desafio: a busca de equilíbrio entre a atividade

jurisdicional protetora da Constituição e a preservação das escolhas das demais esferas de competência do Estado, o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Para demonstrar de forma ainda mais tensionada esta realidade, o tópico seguinte afunilará o tema, para que sejam feitas algumas considerações a respeito da atividade do Poder Judiciário quando chamado a intervir em decisões que geram a realocação de recursos.

2.2 A atividade jurisdicional e a realocação de recursos públicos

Quando se fala nos limites de atuação do Poder Judiciário em decisões de cunho político, há de se ter em vista que o debate não se restringe à realidade brasileira.⁴ Trata-se novamente da problemática que gravita em torno das superposições entre constitucionalismo e democracia. Como se mencionou anteriormente, na quadra histórica em que vivemos, o conceito de democracia já não corresponde ao princípio majoritário, mas também à preservação de outros princípios e direitos da minoria.⁵ Muitas vezes, quem acaba por proteger tais direitos, quando relegados pelos poderes eleitos, é o Poder Judiciário.¹

Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 153/154.

¹ Sobre o tema, valiosa a contribuição de Egon Bockmann Moreira, que explicita as reais intenções do referido projeto. Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. Golpe de Estado contra o Judiciário. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 04 de maio de 2012. Seção: Direito&Justiça. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1250468>>. Acesso em: 10 de julho de 2012.

² Utiliza-se o termo “pós-positivismo” para referir ao reconhecimento da normatividade dos princípios e sua distinção qualitativa em relação às regras. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 154.

³ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em:

<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

⁴ Sobre a experiência americana nas dificuldades criadas acerca da atuação pró-ativa da Suprema Corte, valiosa a contribuição de Luís Roberto Barroso, que afirma que de algum tempo pra cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da suprema corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 156.

⁵ É preciso considerar, como afirma Clèmerson Merlin Clève, que a democracia não significa apenas o governo da maioria, já que “o que é

Quando se trata de questões envolvendo o controle judicial de políticas públicas², o tema parece polêmico não só do ponto de vista teórico, mas porque a prática tem demonstrado um crescimento exponencial da intervenção do Poder Judiciário na alocação de recursos. A título de ilustração, segundo “O Estadão”, os gastos pelo Ministério da Saúde para cumprir decisões judiciais que determinavam o fornecimento de medicamentos de alto custo aumentaram mais de 5.000% nos últimos seis anos. Isso quer dizer que em 2010 foram gastos R\$ 132,58 milhões pelo Ministério da Saúde por determinação do Poder Judiciário³.

minoria hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião desta dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte”. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 104.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 192/193.

² Entende-se por políticas públicas, para o presente estudo, as diferentes formas de atuação estatal, dentro de uma perspectiva de processos juridicamente articulados, para a contemplação dos interesses de toda a coletividade – o interesse público –, expressamente previsto no artigo 3º da CF. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *O conceito de política pública em direito*. In: *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

Notícia extraída do endereço virtual

<http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos,711740,0.htm> Acesso em 08/05/2012.

O controle judicial de políticas públicas, além do contorno político que reflete, traz uma importante questão a ser dirimida. Por um lado, a Constituição Federal apresenta uma tutela de direitos bastante abrangente, direitos estes que são implementados especialmente através de políticas públicas. Ocorre que a própria Constituição atribui as decisões sobre a alocação de recursos aos poderes eleitos, Executivo e Legislativo. E, tendo em vista que os recursos são inegavelmente escassos – não se pode fugir da lógica da escassez, inclusive quando as questões são absorvidas pelo Poder Judiciário –, inevitavelmente, certos bens não serão tutelados: há de haver a eleição de prioridades.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos, em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical. As decisões políticas não podem ser simplesmente transferidas do povo e de seus representantes eleitos para os operadores do direito em geral.⁴ Tampouco parece razoável, de outro modo, neutralizar a atuação do Poder Judiciário no tocante ao tema, com os argumentos de falta de legitimidade, *expertise* ou separação dos poderes. O Poder Judiciário é o guardião da Constituição, e pelo princípio da inafastabilidade não pode se eximir de julgar quando acionado.

No Brasil, o problema do controle judicial de políticas públicas se agrava ainda mais por conta da crise de legitimidade por que passam os Poderes Executivo e Legislativo. Neste sentido, tendo em vista que a peça orçamentária é considerada meramente autorizativa⁵, e que não há um rígido controle da execução orçamentária,

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 107.

⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico*

não raro o poder público se vê “autorizado a estabelecer contingenciamentos arbitrários”¹. Nos últimos anos, conforme afirma Clèmerson Merlin Clève, o Estado brasileiro, ao invés de se apresentar como um instrumento de realização dos direitos fundamentais, porta-se como um aparelho de direcionamento dos recursos da sociedade ao mercado financeiro, em especial aos títulos da dívida pública.²

Assim, as escolhas por vezes suspeitas dos Poderes Legislativo e Executivo de alocação de recursos, a ineficiência da implementação de determinadas políticas públicas, aneladas ao vasto rol de direitos fundamentais tutelados na Constituição, dentre outros fatores – como o descolamento entre sociedade civil e seus representantes eleitos, a crescente possibilidade de acesso à justiça –, faz com que cada vez mais seja o Poder Judiciário acionado a se manifestar nos casos envolvendo políticas públicas.

O desafio dos novos tempos é novamente o de balanceamento da equação, de modo que se deve debater acerca do equilíbrio entre a supremacia constitucional, a

no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 107.

¹ Segundo Clèmerson Merlin Clève, é imperioso que a peça orçamentária seja elaborada com a participação popular e rigidamente controlada. Cf. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 105.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 107.

interpretação judicial³ da Constituição e o processo político majoritário.⁴ Há de se ter em mente que o Poder Judiciário é o protetor da Constituição Federal, mas que não só ele. Embora pareça bastante pertinente focar, como tem feito a doutrina atual, na busca por critérios que balizem a atuação dos magistrados, quando chamados a intervir em decisões que envolvem questões políticas – como no controle de políticas públicas⁵ – importante mencionar que não só a atuação dos juízes é capaz de melhor equilibrar a tensão entre o constitucionalismo e a democracia.

Há de se buscar maneiras de superação do descolamento entre a sociedade civil e seus representantes eleitos. O ativismo judicial é em grande parte resposta do enfraquecimento das outras instâncias de concretização dos direitos, Poderes Executivo, Legislativo e mesmo na esfera pública informal.⁶ Além disso, o controle a

³ Segundo Barroso, para assegurar legitimidade e a racionalidade de sua interpretação, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as consequências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, 156.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. p. 195.

⁵ Acerca dos limites de atuação do controle judicial de políticas públicas, interessante a contribuição do argentino Lucas S. Grosman, que define como parâmetro de atuação dos magistrados o princípio da “igualdade estrutural de oportunidades”. Cf. GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales en La Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

⁶ SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em:

priori das contas e políticas públicas pelos cidadãos pode ser um mecanismo eficiente de se evitar que questões envolvendo as prioridades de alocação de recursos cheguem ao Poder Judiciário, através, por exemplo, do controle interno e externo de gestão orçamentária, pelos Tribunais de Contas e a população, a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil, bem como a participação da população através de organizações representativas nas políticas públicas.¹

Parece claro que não existe uma solução definitiva.² Nas palavras de Luís Roberto Barroso, à atividade protagonista do Poder Judiciário não se pode atribuir uma inocente característica de evolução. Pode se tratar de avanço ou volta ao passado, ou mesmo somente de um movimento circular.³ A aproximação dos pólos *constitucionalismo* e *democracia* é fruto de um desenvolvimento histórico e, ao lado da atribuição da força normativa da Constituição e da jurisdição constitucional, configurou *rito de passagem*⁴ para o modelo atual. No mais, nesta nova face do

constitucionalismo, o desafio é o de verificação de limites para a atividade jurisdicional no que diz respeito a questões relacionadas à implementação de direitos fundamentais e escolhas dos representantes eleitos.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou demonstrar como a tensão entre constitucionalismo e democracia, que permeou toda a cultura político-jurídica ocidental, ainda está presente nos dias atuais, ainda que com uma nova roupagem. Conforme se verificou ao longo do presente estudo, o conceito de democracia se modificou – significando hoje muito mais do que a vontade da maioria, ou do povo soberano, consistindo atualmente também na proteção do direito da minoria, garantia dos direitos básicos, do respeito às “regras do jogo”. Por sua vez, a concepção da forma de atuação dos magistrados também não é a mesma de outrora, quando era considerado um mero aplicador da lei, ou quando se admitia, sob o enfoque do positivismo, a discricionariedade do juiz apenas para os casos não abrangidos pela lei. O magistrado, na presente realidade histórica, é co-participante do processo de criação do Direito, e como tal deve realizar a atividade de construção da norma, baseando suas decisões em técnicas complexas de argumentação.

A Constituição Federal de 1988 prevê um vasto rol de direitos fundamentais tutelados. Também prevê diversos mecanismos processuais de acesso ao Poder Judiciário, de modo que quase toda questão pode ser posta sob apreciação dos magistrados. Tal realidade, juntamente com outros fatores – como o descolamento entre a sociedade civil e seus representantes eleitos – faz com que seja crescente a

<<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

¹ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

² Segundo Pietro Costa, se a tensão direito-poder é recorrente, tão é recorrente a solução proposta: limitar o soberano significa submeter suas decisões à jurisdição. Contudo, se a solução é recorrente, permanece a forte impressão da dificuldade em se encontrar a solução “definitiva”. Cf. COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 196.

³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p.145.

⁴ A expressão é de Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do

Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011, p. 159.

intervenção do Poder Judiciário em decisões de cunho eminentemente político, como aquelas que envolvem execução de políticas públicas e realocação de recursos. Assim, observa-se um novo/velho conflito entre constitucionalismo e democracia, quando há de se avaliar se as decisões dos representantes eleitos acerca da alocação dos recursos devem ser respeitadas ou não pelos magistrados, levando em conta que, em vista da inegável escassez de recursos, nem todos os direitos serão integralmente atendidos.

Este é o desafio da presente realidade histórica. Por um lado, há de se promover o debate acerca da atuação dos magistrados, limites e possibilidades de decisão. Por outro, também é necessário que este não seja o foco singular, para que sejam pensados mecanismos capazes de equilibrar a sublinhada importância conferida atualmente aos magistrados, que não serão capazes de solucionar todas as dificuldades existentes na sociedade. Acerca disso, estudos sobre desenhos institucionais, reforma política e mecanismos de participação dos cidadãos nas deliberações políticas parecem um caminho bastante acertado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERSON, Perry. *As Origens da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço

democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; e TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e "reserva do possível"*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang. *Diritto è secolarizzazione: Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Trad. Mario Carpintella. Editora Laterza.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado social*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, v. 245, p. 87-95, mai/ago. 2007.

CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I*

Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica – Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*. Curitiba: [s.n.] n. 22, 2003.

COSTA, Pietro. Democracia Política e Estado Constitucional. In: COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro. O Problema da Representação Política: Uma Perspectiva Histórica. In: COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: Ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da C.; ALMEIDA, Fernanda Dias M.. Constitucionalismo contemporâneo na jurisprudência do STF. In CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. Constitucionalismo percorsi della storia e tendenze attuali. Bari: Editori Laterza, 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. História breve do constitucionalismo no Brasil. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional: teoria geral da constituição*. São Paulo: RT, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GROSMAN, Lucas Sebastián. *Escasez e igualdad: los derechos sociales em La Constitución*. Buenos Aires: Libreria, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann. Golpe de Estado contra o Judiciário. *Gazeta do Povo*. Curitiba, 04 de maio de 2012. Seção: Direito&Justiça. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidapublica/justica-direito/artigos/conteudo.phtml?id=1250468>>.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do Direito: dos gregos ao pós-modernismo*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NASCIMENTO, Milton Meira do. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Editora Ática, 2004.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto. A atividade política de jurisdição constitucional brasileira: algumas dimensões. In. CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: RT, 1995.

ROMANELLI, Sandro Ballande. A Constituição Norteadora das Paixões: o Protagonismo Judicial como garantia dos pré-compromissos constitucionais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Constituição, democracia e justiça: aportes para um constitucionalismo igualitário*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SARMENTO, Daniel. *O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29044>>. Acesso em: 01 de outubro de 2012.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. New York: Oxford University Press, 1999.

ACESSO À JUSTIÇA NOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS: BREVES NOTAS SOBRE O PERFIL DO JUIZ A PARTIR DA PESQUISA IPEA/CJF

Andréa Regina de Moraes Benedetti¹

Marta Botti Capellari²

RESUMO

A partir dos anos 1990, no Brasil, buscando remover entraves à incorporação pelo sistema de justiça de novos personagens e conflitos, foram idealizados os juizados especiais, visando tornar o processo judicial mais célere e ampliar o acesso à justiça, especialmente para os menos favorecidos economicamente. No âmbito da Justiça Federal, foram instituídos pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, os Juizados Especiais Federais (JEF's). Passados mais de dez anos da criação dos JEF's, urge discutir sua atuação e analisar sua efetividade. Neste sentido, este artigo apresenta e discute dados referentes ao perfil do juiz, coletados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na pesquisa "Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Federais", encomendada pelo Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF). Os dados foram coletados por equipe multidisciplinar, por amostragem, em duzentas e três varas de JEF's, distribuídas em cento e quarenta e uma cidades do Brasil. Debate, sob uma perspectiva sociológica, a atuação dos juízes

¹ Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos (GPDH). Assistente de Pesquisa Nível III do IPEA. E-mail: deiabenedetti@hotmail.com
² Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Docente da Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos (GPDH). Auxiliar de Pesquisa IPEA. E-mail: mbcapellari@ig.com.br

de JEF's e seu papel no acesso à justiça. Descreve a metodologia empregada pelo IPEA para a construção da amostra e determinar a coleta dos dados. Apresenta argumentos teóricos acerca da judicialização da política e a expansão do poder judicial. Apresenta dados parciais sobre idade média, gênero e percepção dos magistrados sobre JEF's. A metodologia utilizada no artigo é pesquisa descritiva, com análise de conteúdo e cruzamento dos dados obtidos com bibliografia especializada e marco teórico perpassando pelo acesso à ordem jurídica justa, no âmbito do constitucionalismo contemporâneo.

Palavras-chave: IPEA. JEF'S. JUIZ. PERFIL SOCIOLÓGICO.

ABSTRACT

Since the 1990s, in Brazil, seeking to remove barriers to the incorporation of new characters and conflicts by justice system, the special courts were devised in order to make the judicial process more quickly and increase access to justice, especially for people economically disadvantaged. In the context of the Federal Court were established by Law nº 10.259 of 12 July 2001, the *Juizados Especiais Federais* (JEF's). More than ten years after the creation of JEF's, it's necessary to discuss its performance and analyze its effectiveness. In this sense, this paper presents and discusses data on the profile of the judge collected by the *Instituto de Pesquisa Economica Aplicada* (IPEA) in research "Access to Justice in the *Juizados Especiais Federais*", commissioned by the *Centro de Estudos Judiciários* (CEJ), of *Conselho da Justiça Federal* (CJF). The data were collected by a multidisciplinary team, by sampling, at two hundred and three Courts of JEF's, divided into one hundred forty-one cities in Brazil. This article debate, from a sociological perspective, the performance of the judges and its role in the access to justice. Describe the methodology used for the construction of the sample and to determine of data

collection. It presents theoretical arguments about of access to justice and access to legal justice. It presents data in the percentage on the average age, sex and perception of the judges about *juizados especiais federais*. The methodology used is descriptive research, with quanti-qualitative approach of analysis and the theoretical framework permeates through access to the just legal order, under of the contemporary constitutionalism.

Key-words: IPEA. JEF'S. JUDGE. SOCIOLOGICAL PROFILE.

INTRODUÇÃO

A partir dos anos 1990, no Brasil, buscando remover entraves à incorporação pelo sistema de justiça de novos personagens e conflitos foram idealizados os juizados especiais, com o objetivo de tornar o processo judicial mais célere e ampliar o acesso à justiça, com ênfase nas pessoas menos favorecidas economicamente.

No âmbito da Justiça Federal foram instituídos, pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001, os Juizados Especiais Federais (JEFs).

Próximo ao aniversário de dez anos dos JEF's, sensível à necessidade de adequação de uma estrutura já sobrecarregada com o alto volume de demandas, em face da necessidade premente de análise da efetividade do papel dos juizados, o Centro de Estudos Judiciários (CEJ), do Conselho da Justiça Federal (CJF), encomendou ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a pesquisa "Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Federais".

Buscando conhecer a estrutura de atendimento, o perfil do usuário e a efetividade das decisões dos JEF's, o IPEA, por meio de equipe multidisciplinar, coletou dados por amostragem, em 203 varas de JEF's, distribuídas em 141 cidades, em 26 unidades da federação.

Para efetuar a coleta de dados em campo, a partir de instrumentos desenvolvidos pelo IPEA, envolvendo etnografia, entrevistas com magistrados e serventuários e análise de autos findos, dividiu-se o país em 12 regiões de estudos.

O presente artigo concentra-se na apresentação de dados referentes a alguns aspectos sociais dos magistrados e de sua percepção acerca do chamado projeto JEF.

Para tanto, primeiramente descreve-se a metodologia empregada para a realização da pesquisa IPEA-CJF, eis que necessária a divulgação dos métodos empregados, não apenas como forma de demonstrar a seriedade do trabalho realizado pelo instituto, mas também para contribuir com a disseminação de técnicas de pesquisa empírica em Direito.

Apresentada a metodologia da pesquisa IPEA-CJF, passa a analisar teoricamente a questão da expansão do poder judicial em sede de judicialização da política e sua correlação com o acesso à justiça, de modo a demonstrar a importância de se traçar um perfil sociológico dos operadores do Direito, especialmente dos magistrados.

Por fim, apresenta e discute dados divulgados por ocasião do Seminário Interno de Apresentação da Pesquisa *Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Federais* ao CJF, em Brasília-DF, em 03 de Setembro de 2012 e do IX Fórum Nacional de Juízes Federais – FONAJEF, realizado em 13 e 14 de Setembro de 2012, em Curitiba-PR.

Tratam-se de informações parciais da pesquisa IPEA-CJF, eis que a base de dados final ainda não se encontra de todo formatada e disponível para consulta, mas traz informações importantes para contribuir com o debate acerca do perfil dos magistrados e de sua atuação perante os JEF's.

A metodologia utilizada no presente artigo é a da pesquisa descritiva, com análise de conteúdo e do cruzamento dos dados obtidos com a bibliografia especializada.

1. METODOLOGIA DA PESQUISA IPEA

Conhecer a metodologia empregada em qualquer pesquisa é tarefa básica e preliminar à sua discussão. No presente caso, contudo, a apresentação dos métodos alcança até mesmo um conteúdo de cunho social.

Explica-se: a magnitude do material coletado, o volume de informações colacionadas e que será disponibilizada à comunidade científica jurídica é de grade relevo. Os dados disponíveis deverão servir de baliza às políticas públicas aplicáveis ao sistema de justiça e por esta razão, o detalhamento das técnicas empregadas para construção deste acervo é medida que se impõe.

1.1. Características gerais da pesquisa ipea-cjf

A pesquisa IPEA-CJF foi pautada pelos seguintes objetivos: a) conhecer a estrutura organizacional dos juizados; b) identificar os mecanismos de acesso à justiça existentes; c) mapear o perfil dos usuários e das ações judiciais; d) verificar as condições em que ocorre o processo de interiorização dos juizados; e) verificar o impacto da virtualização, em termos de celeridade processual e racionalização organizacional; f) investigar o papel dos atores presentes nos juizados e sua percepção sobre a prestação jurisdicional dispensada aos cidadãos.

A realização da pesquisa se dividiu nas seguintes etapas:

1ª Pesquisa bibliográfica e exploratória, realizada entre fevereiro e julho de 2011, que se fez por meio de estudo de artigos, diagnósticos e teses na área e por visitas a JEF'S para observação.

A observação, no chamado piloto de campo, foi realizada nas Varas da Justiça Federal das cidades de São Paulo-SP, Passo Fundo-RS, Santarém-RO, Maceió-AL, Vitória-ES, Campo Grande-MT e Lavras-MG.

2ª Na sequência, foram definidos eixos de investigação, determinadas as hipóteses e variáveis e o formato final da coleta.

3ª Definidos os eixos, foram idealizados os instrumentos de pesquisa e a construção do banco de dados, entre os meses de agosto e novembro de 2011.

4ª Para seleção dos pesquisadores que trabalhariam na coleta dos dados foi aberta a chamada pública 72/2011 do IPEA, exigindo-se aos mesmos, mediante a concessão de bolsa, os seguintes requisitos científicos: título de mestre na área de Ciências Humanas ou Ciências Sociais Aplicadas e experiência em pesquisa empírica, coleta de dados em campo e/ou estudos sobre o Poder Judiciário.

A seleção e o treinamento destes pesquisadores, na sede do IPEA, em Brasília-DF, ocorreu entre outubro e dezembro de 2011.

O trabalho de campo dos pesquisadores/bolsistas, então, visava, primordialmente, conduzir enquête quantitativa que fornecesse um retrato da realidade dos JEF'S. Esta coleta foi complementada por dados orçamentários e institucionais já disponíveis no CJF e por dados resultantes de pesquisa qualitativa com os atores que conforma a dinâmica desses espaços jurisdicionais (IPEA, 2011, p. 2).

Duas estratégias de coleta de dados foram combinadas em campo, quais sejam: a pesquisa em fontes primárias e em fontes secundárias; ambas mobilizaram “técnicas clássicas de pesquisa social, como aplicação de questionários, realização de entrevistas e observação direta, no primeiro caso, e coleta em registros administrativos no segundo” (IPEA, 2011, p. 2).

A pesquisa IPEA-CJF se caracterizou, portanto, em três grandes eixos:

1 Pesquisa empírica: com base em determinada fundamentação teórica, visando testar hipóteses sobre as relações entre determinados fenômenos.

2 Pesquisa descritiva: com a finalidade de apresentar uma descrição, o mais objetiva possível, de determinado fenômeno.

3 Pesquisa de campo: utilizando-se de técnicas de coleta, registro e análise de dados que buscavam captar um fenômeno ou experiência tal como se manifesta no real.

Foi realizada, ainda, por meio de dupla abordagem:

1 Quantitativa: visando a compreensão extensiva de determinado fenômeno, fazendo uso de instrumentos de coleta de dados que permitiram enumerar ou medir determinados eventos;

2 Qualitativa: visando a compreensão intensiva de determinado fenômeno, mediante contato direto com os agentes nele envolvidos e com o próprio ambiente/situação em estudo.

As fontes de informação, por sua vez, foram:

1 autos processuais, físicos e/ou virtuais;

2 servidores (diretores de secretaria, supervisores de JEF's, oficiais de justiça etc.);

3 usuários dos JEF's;

4 documentos (eventuais).

Finalmente, os instrumentos da pesquisa de campo foram, principalmente:

1 formulários;

2 questionários;

3 entrevistas;

4 observação.

1.2. Construção da amostra

A definição da quantidade de varas e processos a serem visitados e analisados foi totalmente desenhada com base em critérios estatísticos.

A partir de informações disponibilizadas pelo CJF, recebidos dos Tribunais Regionais Federais (TRF's), constatou-se o universo de 1.049.187 processos e 503 varas, conforme a posição estatística de dezembro de 2010. Destes, 2.620 processos e 96 varas eram exclusivamente criminais. Dadas às profundas diferenças de dinâmica, rito e processamento entre feitos cíveis e criminais no âmbito dos JEF's, optou-se pela exclusão dos JEF'S criminais da pesquisa IPEA-CJF, sendo que para estes será realizada pesquisa específica.

Foram, ainda, classificadas como físicas e virtuais simultaneamente 131 varas e verificados 76.391 processos como repetidos nos cadastros da justiça.

Apurou-se, por fim, um universo de 970.176 processos e 276 varas, número utilizado como parâmetro para construção de amostra.

Para determinação do número e tamanho das cidades a serem visitadas, foi utilizado o sistema REGIC-IBGE¹. Deste modo, determinou-se a quantidade

necessária de subpopulações (metrópoles, capital regional e centro sub-regional e de zona) e tipo de juizado (autônomo e adjunto) a serem visitados para que se chegasse a uma amostra nacional dos JEF'S, nos seguintes termos:

No âmbito do REGIC/IBGE, apurou-se o seguinte universo de processos e varas:

- a) Metrópole: 333.486 processos e 62 varas;
- b) Capital: 376.938 processos e 92 varas;
- c) Centro: 259.752 processos e 122 varas.

No que concerne à Justiça Federal:

- d) Juizados Adjuntos: 200.148 processos e 136 varas;
- e) Juizados Autônomos: 770.028 processos e 140 varas.

A partir desta definição, chegou-se aos seguintes parâmetros amostrais: para varas em cada subpopulação: 90 % de confiança e 5% de erro; para processos em cada subpopulação: 95 % de confiança e 5% de erro; para varas em relação ao Brasil: 95 % de confiança e 3,5% de erro; para processos em relação ao Brasil: 98,2 % de confiança e 3,5% de erro.

Definidas a quantidade de cidades em cada região e o tamanho das cidades a serem visitadas para perfazer uma amostra nacional de relevo, realizou-se um sorteio aleatório através do software estatístico SAS² para seleção da amostra, de modo que foram sorteados 1.149 processos e 203 varas, distribuídas na forma abaixo:

¹Regiões de Influência das Cidades – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. É uma publicação que define a hierarquia dos centros urbanos e delimita as regiões de influência a eles associadas a partir dos aspectos de gestão federal e empresarial e da dotação de equipamentos e serviços, de modo a identificar os pontos do território a partir dos quais são emitidas decisões e é exercido o comando em uma rede de cidades. Para tal, utilizam-se dados de pesquisa específica e, secundariamente, dados de outros

levantamentos também efetuados pelo IBGE, bem como registros provenientes de órgãos públicos e de empresas privadas. (IBGE, 2011).

² Statistical Analysis System. <http://www.sas.com/>

Distribuição da quantidade de varas a serem amostradas dentro de cada união entre subpopulações

SUBPOPULAÇÕES	ADJUNTO	AUTÔNOMO	TOTAL
METRÓPOLE	1	49	50
CAPITAL	30	39	69
CENTRO	61	23	84
TOTAL	92	111	203

(AQUINO *et al.*, 2011)

Tabela 2: Distribuição da quantidade de processos a serem amostrados dentro das subpopulações a fim de garantir a representatividades dos processos

SUBPOPULAÇÕES	ADJUNTO	AUTÔNOMO	TOTAL
METRÓPOLE	1	382	383
CAPITAL	136	247	383
CENTRO	247	136	383
TOTAL	384	765	1149

(AQUINO *et al.*, 2011)

Conhecida a metodologia desenvolvida e aplicada na realização da pesquisa IPEA-CJF impende analisar, no âmbito teórico, a importância da discussão acerca da atuação dos operadores do Direito, em específico dos juízes, em sede de judicialização da política e sua interface com o acesso à justiça.

2. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ACESSO À JUSTIÇA: DESAFIOS PARA O NOVO JUIZ

O excesso de ações em trâmite no Poder Judiciário é obstáculo ao acesso à justiça eficiente e efetiva. Os fatores que envolvem a questão são múltiplos e suas abordagens diversas, mas o tema da judicialização da política guarda relação direta

com esta situação eis que se as prestações devidas pelo Estado (Executivo/Legislativo) não são ofertadas/alcançadas a contento, resta ao cidadão socorrer-se do Poder Judiciário.

Fenômeno semelhante, no que tange à expansão judicial, ocorreu com as relações sociais¹, como lembra Roberto Di Benedetto (2011, p. 13) ao aduzir que “a implementação dos Juizados Especiais deu origem a um processo denominado pelas ciências sociais de judicialização das relações sociais. Demandas que antes não eram levadas ao judiciário passaram a ser decididas pelo Estado”. Para o autor, ainda, o juiz “passou a desempenhar importante papel na transformação de brasileiros excluídos em cidadãos com efetiva participação política”.

Anote-se, de antemão, que a expressão *judicialização da política* é aqui empregada tomando por base Tate e Vallinder (1995), que a qualificam como uma reação do Poder Judiciário à provocação de terceiro, onde se revisaria a decisão de um poder político, fundada na Constituição Federal, em franca expansão do Poder Judicial.

Nesta linha de raciocínio, o crescente protagonismo judicial, sobretudo em sede de política, traz consequências diversas, dentre elas: a) uma possível redefinição da teoria da separação dos poderes, em face o agigantamento de um dos Poderes em detrimento do outro; b) discussões acerca da legitimidade do juiz para decidir assuntos que deveriam ser discutidos na esfera política; c) invasão da esfera pública, berço natural do debate das questões políticas que terminam judicializadas,

¹ Para registro, observe-se que Werneck Vianna *et. al* (1999, p.11) diferenciam judicialização da política de judicialização das relações sociais. A primeira seria “invasão do Direito no mundo contemporâneo em face dos poderes republicanos e da esfera política”. A segunda, “a regulação da sociabilidade e das práticas sociais inclusive daquelas tradicionalmente privadas e tidas como impermeáveis a intervenção do Estado”.

refletindo diretamente na questão da Democracia; d) usurpação e delegação de poderes entre os Poderes da República.

A questão que se põe, portanto, é que em face da constitucionalização dos direitos operada pela nova ordem constitucional, a partir de 1988 o Poder Judiciário brasileiro viu sua atuação se expandir, passando a ser exigido em quantidade e qualidade de desempenho jamais observados no país, até então.

O leque de efeitos e influências promovidos pela judicialização da política é vasto, e em face deste cenário, cabe refletir sobre o papel do juiz, no momento de ampliação de seus poderes e atuação.

Especificamente, cabe discutir que conformação vem assumindo o Poder Judiciário, que características pessoais e sociais constituem os magistrados, qual sua origem, como percebem e desejam a dinâmica das varas e juizados onde atuam?

A resposta a tais indagações perpassa necessariamente por uma análise sociológica do magistrado e neste sentido, oportuna a lição de Teori Albino Zavascki (1995, p. 180) analisando a real eficácia das decisões judiciais, ao asseverar que “por maiores e melhores que sejam os recursos hermenêuticos disponíveis, eles, por si só, podem ser absolutamente insuficientes e até mesmo inúteis em certas circunstâncias”.

Para o autor, há componentes ditados pelas condições pessoais dos juízes que não são alcançados pelas técnicas interpretativas ou soluções de racionalização. Tais componentes são suas condições pessoais, “seus sentimentos, sua formação, seu grau de independência, seu caráter e, de certo modo, sua própria vontade” (ZAVASCKI, 1995, p. 180). E dirigir este conjunto de características na direção de decisões socialmente eficazes, dependerá única e exclusivamente, dos padrões de compromisso pessoal do juiz para com o Direito e a sociedade.

Este compromisso social envolve múltiplas dimensões e vários tem sido os estudos neste sentido.

Cabe destacar, de início, os estudos no campo da sociologia jurídica no Brasil, realizados no período de 1983 e 1988, na pesquisa dirigida por Maria Tereza Sadek, denominada “A crise do judiciário vista pelos juízes”, que demonstravam que os direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988 não se refletiam no cotidiano de 70% dos brasileiros, e os setores marginalizados encontravam no Estado e nas suas instituições impedimentos centrais para a efetivação dos seus direitos.

Como uma das causas do alto índice de descontentamento da população com relação ao desempenho do Judiciário, a pesquisa ressaltava a mentalidade dos juízes, marcada pelo espírito corporativo, pouco sensível à evolução dos valores sociais e caracterizada pela tendência de localizar em fatores externos à magistratura os obstáculos ao bom funcionamento da instituição (SADEK; ARANTES, 1994, p. 40).

Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho, Manuel Palácios Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, já no período pós Constituição de 1988, são pioneiros no estudo empírico do aumento das demandas e o papel do magistrado.

A ampla pesquisa de tais autores inicia com a obra *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira* (1997), que aprofunda de modo analítico os dados publicados na pesquisa intitulada *O perfil do Magistrado Brasileiro* (1996), catálogo em que foram colhidas as respostas ao questionário enviado a todos os juízes do país. A partir de 3.927 respostas, fora traçado um perfil demográfico e social do magistrado, a trajetória profissional, suas atitudes frente ao Direito, ao Poder Judiciário, à sociedade e ao sistema político (BENEDETTI, 2011, p. 32).

Noutra forma de abordagem, Marcos Faro de Castro (1997), a partir de um banco de dados, com 1.240 ementas de um total 7.855 acórdãos publicados no primeiro semestre de 1994, analisou o desempenho institucional do STF buscando

identificar o caráter da atuação do tribunal como órgão político, os tipos de conflitos que julga e os interesses em jogo.

No ano de 1999, Luiz Werneck Vianna *et. al* (1999) publicaram outra pesquisa, iniciada em março de 1998, sobre Poder Judiciário e suas relações com a política e sociabilidade do país, por meio da obra *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil* (1999), estudaram ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas entre 1988 e 1998, buscando avaliar o comportamento do Supremo Tribunal Federal (VIANNA *et. al*, 1999, p.17).

Em 2007, no artigo intitulado *Dezessete anos de judicialização da política*, Werneck Vianna, Marcelo Burgos e Paula Martins Salles (2007) revisitam o tema com base na análise de 3.648 ADINS, ajuizadas entre 1988 e 2005, analisando a expansão do poder judicial sobre os temas mais importantes da vida nacional.

Dentre os estudos até aqui colacionados, um primeiro padrão se evidencia: o progressivo aumento das demandas judiciais, especialmente contra atos do Poder Público “integra o jogo democrático das sociedades atuais e nesse sentido, é possível afirmar que o aumento do número de processos, mormente no âmbito da jurisdição constitucional, não é apenas fenômeno jurídico, mas também político” (BENEDETTI, 2011, p. 33).

Assim sendo, se judicialização da política pode ser entendida enquanto fenômeno que expande a atuação do magistrado, dele exigindo uma nova postura, um novo olhar é certo que irá refletir no acesso à justiça.

Anota-se, ademais, que variados são os enfoques e diversas as conclusões encontradas nas análises empíricas até aqui catalogadas.

Marcos Faro de Castro (1997) observou uma mudança no papel institucional do Poder Judiciário, onde a atuação dos tribunais, em sua interação com o sistema político tem se dado em dois planos: um político e outro jurisdicional.

No plano das ações políticas ou não jurisdicionais, há o que o autor chama de exercício informal do poder, através de pronunciamentos de juízes, em discursos de posse e declarações à imprensa. Tais ações complementam o segundo plano, chamado jurisdicional.

No plano jurisdicional está presente o exercício formal da autoridade judicial por meio de despachos, sentença, decisões liminares, etc.

Para Castro (1997) os pronunciamentos não-jurisdicionais, mas que muitas vezes são oficiais, como é o caso dos discursos de posse, tem efeito político relevante, indicando de que modo se opera a interação entre o sistema judicial e o sistema político.

Noutro lado, segundo Castro (1997) as ações jurisdicionais têm sido frequentemente marcadas por confrontações institucionais, sobretudo naquelas que envolviam partidos políticos, que procuravam agir através do Judiciário.

Nestes casos, decisões judiciais, em sua maioria liminar não confirmada no julgamento definitivo, contrárias ao interesse dos políticos ou do governo, causaram reações no Legislativo e Executivo, ‘réplicas’ e ‘tréplicas’ através de pronunciamentos informais de juízes e outros atores.

Observa, ainda, o autor, que a relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes é influenciada pela opinião pública, através das entrevistas que ambos concedem, emitindo suas respectivas “opiniões sobre gastos excessivos atribuídos ao Judiciário e ‘privilégios’ de parlamentares, políticas governamentais, decisões judiciais, princípios como o das “cláusulas pétreas, separação e independência dos poderes”.

Em resumo, os juízes tem exercido um protagonismo cada vez maior.

Na pesquisa de Werneck Vianna *et. al* (1997, p. 47), noutra margem, acerca do perfil da magistratura, aqui já sob um viés sociológico exsurge um Poder

Judiciário forçado a agir de maneira ativa, no papel de guardião dos direitos fundamentais e sociais e comprometido com a realização da justiça.

Para Werneck Vianna *et. al* (1999, p. 53) confirma-se no Brasil a hipótese de Tate e Vallinder (1995) sobre judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares.

Interessa observar, ainda, que ao revisitar o tema da judicialização em 2007, Werneck Vianna *et. al* (2007, p. 385) corroboram uma afirmação feita em 1999, no sentido de que “a projeção do papel do juiz na vida social não é ambição de poder por parte do Poder Judiciário”.

E observam, ademais, que a ADIN se mostra altamente sensível às mudanças na política do governo, alçando o STF a uma condição de ‘Conselho de Estado’. Tal conclusão evidencia que os Poderes Executivo e Legislativo cada vez mais cedem em favor do Judiciário boa parte das prerrogativas que a soberania popular lhes outorga.

Ora, é forçoso admitir, todavia que, ainda que a projeção social do juiz não tenha sido uma vontade deliberada dos magistrados esta é uma realidade presente, que passa a deles exigir um novo comportamento, que em nada se assemelha à tradicional figura cega e inerte da deusa Themis. Ao contrário, do juiz passa a ser esperado desde conhecimentos em técnicas de mediação e conciliação até o manejo de avançados recursos de informática em seu dia-a-dia. Ademais, o juiz passa a ser ativo, proativo, combativo.

Como anotam Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso, em artigo intitulado *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*, o Brasil se destacava como o país no qual, “apesar do predomínio de uma cultura jurídica cínica e autoritária, multiplicavam-se os sinais do ativismo dos juízes comprometidos com a tutela judicial eficaz de direitos, referindo-se nesse

contexto ao Movimento Direito Alternativo” (SANTOS, MARQUES e PEDROSO, 1996, p. 45).

Em suma, o juiz é o protagonista e seu papel é sempre objeto de importante estudo.

Por derradeiro, noutra perspectiva de análise, mas visceralmente relacionada à anterior, está a questão do acesso à justiça. Se a expansão dos poderes dos juízes resta evidenciada é certo que trará reflexos também sobre as formas de acesso a este julgador e especialmente no âmbito dos JEFs’s.

Os Juizados Especiais foram criados com o objetivo de promover o acesso à justiça como resposta a novas demandas da sociedade; o que os qualifica como “uma instituição responsiva, pois os juízes, dotados de ampla discricionariedade nas suas decisões e guiados pelos fins e princípios do direito, buscam atender aspirações legais e políticas dos cidadãos até então excluídos do poder judiciário.” (BENEDETTO, 2011, p. 13).

Ora, tendo a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV reafirmado “o compromisso de que o Judiciário, apesar das dificuldades estruturais e conjunturais, deve continuar a ser depositário das expectativas alvissareiras dos jurisdicionados, como última instância de composição dos conflitos individuais e coletivos” (Yoshida, s.d.), este juiz deve estar atento sobre como contribuir com este acesso em sua plenitude de sentido.

O fato é que a construção de uma sociedade justa e solidária, em consonância com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil perpassa pelo bom funcionamento dos poderes, em especial do Poder Judiciário. Neste passo, não falar em justiça é refletir acerca dos seus meios de acesso, ou ainda, em maior amplitude, acerca dos mecanismos de acesso a uma ordem jurídica justa. E novamente, afirma-se, os JEFs são a porta de entrada das demandas dos

hipossuficientes em face dos Poderes do Estado e por assim restarem configurados é que neles, especialmente neles, o acesso deve ser pleno e de qualidade.

É nesta senda que se entende que o acesso a uma ordem jurídica justa exige também um juiz atento às mudanças de seu tempo, ciente da realidade pulsante no seu entorno, consciente de sua missão institucional e social.

3. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DOS DADOS.

A partir do aporte teórico dantes apresentado, importa analisar os dados colhidos na pesquisa do IPEA-CJF, a fim de traçar as primeiras linhas na direção de um perfil sociológico dos magistrados atuantes em JEFs e assim tentar detectar sua percepção quanto aos Juizados Especiais Federais.

3.1. Parâmetros em direção ao perfil sociológico dos magistrados dos juizados especiais federais

a) Idade média e tempo de atuação:

A média de idade dos magistrados dos JEFs é de aproximadamente 39 anos, apresentando um desvio padrão de 7,54.

Analisado este dado em conjunto com o lapso temporal que os magistrados exercem suas funções na Justiça Federal, de aproximadamente 08 anos, percebe-se que a carreira do juiz de JEF inicia-se, em média, aos 30-31 anos.

Considerando-se, ademais, o desvio padrão, chega-se a juízes que ingressaram na justiça federal com até 23 anos de idade.

A questão da idade ideal para iniciar a judicatura tem sido objeto de reflexão entre os pesquisadores, eis que aferir e determinar a idade certa para o exercício de uma função de tamanha envergadura social é tarefa árdua.

Para o desembargador aposentado Vladimir Passos de Freitas (2011) “30 anos de idade no dia da abertura do concurso para ingresso na magistratura seria a solução. Nem mais, nem menos. Idade adequada ao mundo atual e ao prolongamento da adolescência”.

Para o autor, ainda que não haja lei regulamentando a idade mínima para acesso à carreira de magistrado, a mera exigência para ingresso do bacharelado em direito com três anos de atividade como advogado, não importando a idade, tem-se amesalhado “jovens, por vezes, inexperientes para assumirem tão honrosa missão” (FREITAS, 2011).

E prossegue afirmando que a arte de julgar exige experiência de vida pessoal e profissional e não meramente teórica. Exige-se maturidade, conhecimento da vida, controle das emoções, habilidades que por vezes, só se adquire com o passar dos anos.

b) Gênero

Dentre os magistrados dos JEF's, 69,6% são homens e 30,4% são mulheres.

Tais dados revelam que o número de magistradas ainda é pequeno, o que reflete o argumento de Maria Berenice Dias (s.d.), para quem “o Poder Judiciário ainda é uma instituição das mais conservadoras e sempre manteve uma posição discriminatória nas questões de gênero.” Destaca-se que no STF, atualmente, são apenas duas mulheres, enquanto os homens, são em número de nove. Ademais, apenas no ano de 2000 foi nomeada a primeira mulher para a mais alta corte do país, e somente em 2007 contemplou-se a chegada da primeira mulher, ministra Ellen Gracie, à presidência daquela casa.

Contudo, apesar de persistir forte a discriminação contra a mulher na órbita do Judiciário, na opinião de Dias (s.d.) é crescente sua participação no primeiro

grau de jurisdição, em que o ingresso depende de concurso público, quando é mensurada sua capacidade e competência. Mais rarefeita é a presença feminina nos tribunais, cujo acesso está condicionado a promoção por critério de merecimento ou por decisão política.

Anote-se, por fim, para registro, que os percentuais de gênero também são diferenciados conforme o Tribunal Regional Federal. Por exemplo: 78,2% dos juizes da 1ª Região são homens ao passo que na 1ª Região encontra-se a maior participação de mulheres na magistratura dos JEF's, na ordem de 38,9%. Isto evidencia que as disparidades não sofrem somente influências externas, mas enfrentam oscilações dentro dos próprios TRF's.

c) Relações verticais:

Perguntados aos juizes se seu pai ou sua mãe pertenceram ou pertencem a alguma carreira do sistema de justiça, 23,4% responderam afirmativamente.

A pesquisa evidencia que a maior parte dos entrevistados não possui parentes em carreiras profissionais públicas ligadas ao Direito (magistratura, polícia, defensoria pública, advocacia pública e ministério público).

Tais dados podem indicar certa fundamentação da hipótese de que há uma tendência de democratização ou de abertura da composição do corpo de magistrados, no sentido de um recrutamento pluralístico, isto é, em classes da sociedade sem tradição nas carreiras do sistema de justiça.

d) Relações horizontais:

Perguntados se seu cônjuge e/ou companheiro(a) (se houver) pertenceu ou pertence a alguma carreira do sistema de justiça 47,9% dos juizes responderam afirmativamente.

Trata-se de um percentual expressivo e que comporta algumas interpretações.

Todavia, para além das evidentes conclusões de que o círculo de trabalho proporciona a todo e qualquer trabalhador a possibilidade de conhecer alguém com quem possa se relacionar afetivamente e que com os juízes não seria diferente, o que merece análise são as consequências desta condição.

Aproximadamente metade dos juízes possui um cônjuge no sistema de justiça e um número expressivo de magistrados respondeu ter cônjuge/companheiro servidor da própria justiça federal.

Desta conformação podem decorrer consequências como transferência do cônjuge/servidor que acompanha o juiz (além do tradicional deslocamento dos diretores de secretarias), gerando rotatividade intensa de funções e funcionários nas varas por onde passam; proximidade desproporcional entre cônjuges/companheiros advogados não só ao juiz, mas também toda a Vara sob a qual o mesmo tem jurisdição.

Ademais, merece discussão os casos de impedimento, quando na hipótese de um juiz de segundo grau de jurisdição participar do julgamento de causa que foi decidida em primeira instância por seu cônjuge, também juiz; as situações de impedimento não são previstas pela lei, “mas é de se entender que, apesar da omissão, o impedimento ocorra entre dois juízes do mesmo tribunal, que sejam casados entre si. A razão que inspira a regra legal tem aí maior motivo para ser aplicada, a fim de evitar que o julgamento de um recurso possa vir a ser feito em família.” (BARBI, 1991, p. 346).

Portanto, o fato do cônjuge e/ou companheiro(a) do juiz pertencer a alguma carreira do sistema de justiça, é uma questão a ser levantada para inquirição, já que pode ferir a garantia constitucional do juiz imparcial. Se juízes parentes ou colaterais entre si não podem, nos colegiados, participar do julgamento da mesma

causa, igual obstáculo atinge marido e mulher, e, ainda, os magistrados de instâncias diversas ligados por tais relações.

3.2 Adesão dos juízes ao JEF's – vantagens versus desvantagens

Perguntados sobre a (s) principal(is) vantagem(ns) da atuação do JEF's, os juízes indicaram a efetividade da decisão, os princípios norteadores dos JEF's e a celeridade do processo.

Neste ponto chama a atenção, a visão procedimental dos magistrados acerca da justiça. Observe-se que outras respostas possíveis no formulário sobre o perfil do juiz seriam: proximidade com as partes, facilidade de ajuizamento de ações, impacto social, maior autonomia do juiz ou maior autonomia gerencial.

Merece destaque o fato de que aos juízes, o JEF pareça servir tão somente como mais um instrumento para se chegar a uma sentença. A proximidade com as partes, a facilidade (para as partes, por óbvio) no ajuizamento das ações não se destacam nas preferências judiciais. O ser humano ainda não se sobrepõe ao instrumento *processo*.

Ao juiz, quer parecer, o JEF não se destaca por ser uma forma diferenciada de jurisdição, um modelo talhado para ser mais simples e acolhedor. E especialmente, um meio de se tentar igualar a parte numa demanda que encontra no outro lado como contendor um órgão público, munido de defensores especializados e todos os meios de dificultar a lide do requerente.

Neste sentido, vale a reflexão de que o processo é meio, método, instrumento do exercício da jurisdição, estando a serviço da paz social. A instrumentalidade é necessária para se ter “um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ordem jurídica justa.” Os juízes devem ter uma visão para além do procedimental, “para tanto, não só é preciso ter a consciência dos objetivos a atingir,

como também conhecer e saber superar os óbices econômicos e jurídicos que antepõem ao livre acesso à justiça.” (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2000, p. 41).

Pensar no JEF enquanto justiça para o hipossuficiente e não somente como uma forma de se chegar mais rápido e fácil à sentença é medida que também merece atenção.

No que tange às principais desvantagens dos JEF's, noutra banda, foram apontadas pelos magistrados a insuficiência de recursos (humanos e/ou financeiros), o número elevado de audiências, a matéria excessivamente repetitiva e o fato do JEF ser visto como justiça de segunda categoria.

A questão se ora se propõe é pensar no que implica para o magistrado o JEF ser visto como justiça de segunda categoria. Ademais, o que seria uma justiça de segunda categoria?

O fato do JEF ter sempre os prédios mais simples, não revestidos com o mármore das varas federais? O fato dos Tribunais não darem a estrutura física e de recursos humanos adequados aos JEF, preterindo-os em favor das varas comuns? O fato da matéria tratada nos JEF's ser de “menor complexidade”, e exigir menos da capacidade intelectual do juiz e de seus assessores?

Ora, *venia concessa*, mas dentre tantas desvantagens possíveis num juizado, o fato do JEF ser visto como justiça de segunda categoria mais afeta ao *status* do magistrado do que o exercício pleno de sua jurisdição. Ademais, não seria viável conceber que cabe mais ao próprio juiz elevar o JEF ao patamar da abarrotada, lenta e por vezes ineficaz justiça federal de primeira categoria?

Outra interpretação cabível na resposta seria entendê-la como forma de manifestação da indignação dos juízes com esta indevida discriminação. De fato, são eles (os juízes respondentes à pesquisa) que operam na linha de frente dos JEF's, que

levam esta forma de justiça adiante e que sofrem com a falta de atenção que os JEF's por vezes sofrem. Se esta for, de fato, a hipótese, de toda sorte fica o dado como alerta aos próprios TRF's.

3.3 Percepções dos magistrados

Os magistrados foram perguntados acerca das principais melhorias requeridas, em sua opinião, para a promoção do acesso à justiça. As respostas obtidas foram: aprimoramento da resolução de conflitos nas esferas administrativas, ampliação dos recursos humanos e/ou financeiros, redução do volume de processos para garantir a qualidade das decisões e melhoria da gestão do trabalho.

Neste ponto, cabe uma reflexão importante: o item *promoção de reformas legais/processuais* presente no formulário não foi assinalado pela maioria dos juízes. Isto indica que não são alterações legislativas as ferramentas necessárias para uma maior efetividade e acesso aos JEF's.

Já se tem um bom começo, admita-se. Desvia-se o foco do legislador e chama-se para o juiz e o executivo a responsabilidade pelo projeto JEF. São duas frentes, portanto: eficiência em gestão da justiça e eficiência das ações governamentais para a formulação e reformulação de políticas públicas e programas de desenvolvimento da justiça brasileiros.

As ações governamentais não constituem objeto deste artigo, mas certamente haverão de trilhar uma via de mão dupla, de retroalimentação de informações e interesses institucionais entre os poderes Judiciário e Executivo e especialmente amparada por estudos técnicos de boa qualidade. Especialmente se considerarmos que para a expressiva maioria dos juízes o aprimoramento da resolução de conflitos nas esferas administrativas é medida que se impõe na melhoria dos JEF's.

Resta claro o recado ao INSS, campeão das demandas nos JEF's, que alterações em seu proceder são fundamentais.

A eficiência em gestão, todavia, entende-se que cabe ao próprio juiz. É ele que deve tomar consciência de que a vara e o JEF são extensões de “corpo judicial”, mesmo que juiz substituto seja. O juiz não pode se encastelar em seu gabinete esperando o movimento do processo rumo à sua assessoria. O novo juiz, o juiz do Poder Judiciário em expansão, assume seu papel protagonista e para além do glamour de uma atuação ativista, entende seu espaço de trabalho (sua secretaria, seu gabinete sua sala de audiências, os servidores da vara, os usuários e demais operadores do sistema de justiça) como sua responsabilidade.

O juiz dos tempos de judicialização intensa e extensa, portanto, tem muito trabalho a fazer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 abriu as portas do Poder Judiciário a novos atores e a novos direitos, especialmente aos mais carentes de recursos financeiros.

Neste sentido, o papel essencial de possibilitar o acesso à justiça, por meio dos JEF's, tem se destacado.

Em meio à expansão do poder judicial a figura do juiz necessita acompanhar as mudanças da justiça. Cabe ao juiz restabelecer e adaptar as regras jurídicas às novas e constantes exigências da realidade social e, com responsabilidade, apresentar soluções justas aos conflitos, visando à paz social.

Neste sentido, as breves notas realizadas neste artigo, buscam mais divulgar o grande banco de dados da pesquisa IPEA-CJF, que em breve estará a

disposição da comunidade científica, do que lançar conclusões sobre os dilemas da Justiça.

O material coletado, ao longo de mais de um ano de trabalho, na pesquisa IPEA-CJF, reúne informações que só trarão resultados efetivos e nortearão políticas públicas eficazes, se forem intensamente debatido dentre os pesquisadores do Direito.

Assim sendo, diante dos dados apresentados, no perfil sociológico do juiz que atua no Juizado Especial Federal, percebe-se a tendência da juvenildade, ainda pequena feminização, poucas relações verticais (parentes em carreiras profissionais públicas ligadas ao Direito) em contraponto ao número expressivo de relações verticais (cônjuge e/ou companheiro(a) pertencente a alguma carreira do sistema de justiça).

Por fim, tonou-se possível constatar a percepção do juiz quanto às vantagens e desvantagens do Juizado Especial Federal e seus anseios acerca das principais melhorias requeridas para a promoção e fortalecimento do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de; ANDRADE, Carla Coelho. *Perfil do juizado e dos atores envolvidos*. Palestra proferida no Seminário sobre os 10 Anos dos Juizados Especiais Federais e IX Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef), Curitiba, 13 set. 2012.

_____; IGREJA, Rebecca. O acesso à justiça e a importância do JEF para a Justiça Federal e para a sociedade. Palestra proferida no Seminário sobre os 10 Anos dos Juizados Especiais Federais e IX Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (Fonajef), Curitiba, 13 set. 2012.

_____. *et al. ACESSO À JUSTIÇA FEDERAL: dez anos de juizados especiais*. Brasília: IPEA, 2011. 40 slides: color.

ARANTES, Rogério Bastos; SADEK, Maria Tereza. A crise do judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP Dossiê Judiciário*, São Paulo, vol. 21, mar. abr. mai. 1994.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. *Judicialização da política: a construção de um conceito constitucional nos cenários de expansão do Poder Judiciário*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BENEDETTO, Roberto Di. O direito responsivo e o acesso à justiça nos juizados especiais federais. In: *III Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica (SPIC)*, 2011,

Curitiba. Anais eletrônicos... Curitiba: Centro Universitário Curitiba, 2011. Disponível em:

<http://www.unicuritiba.edu.br/sites/default/files/u7/anais_iii_spic.pdf>. Acesso em: 20 out. 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, nº 34, jun. 1997, p. 147-156.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

CUNHA, Alexandre dos Santos. *Aspectos metodológicos do estudo*. 2012. Palestra proferida na Apresentação da Pesquisa *Acesso à Justiça nos Juizados Especiais Federais* ao Conselho da Justiça Federal, Brasília, 2012.

DIAS, Maria Berenice. A mulher e o Poder Judiciário. *Mais mulheres no poder*. Disponível em:

<http://www.maismulheresnopoderbrasil.com.br/pdf/Judiciario/A_mulher_e_o_Poder_Judiciario.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2012.

FREITAS, Vladimir Passos. Juízes, idade mínima e reflexos nas decisões. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 27 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-27/segunda-leitura-idade-minima-juiz-reflexo-decisoes>>. Acesso em: 15 nov. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Regiões de Influência das Cidades – 2007*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/geografia/regic.shtm>>. Acesso em: 11 fev. 2011.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Manual de campo*, Brasília, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, São Paulo, v. 11, n. 30, fev. 1996, p. 29-62.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. 1995. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: University Press, 1995.

VIANNA, Luís Jorge Werneck. Poder Judiciário, posituação do direito natural e política. *Revista Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 18, 1996. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewArticle/2033>>. Acesso em: 15 mar. 2011.

_____.; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. *Revista Tempo Social*. São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2011.

VIANNA, Luís Jorge Werneck *et al.* *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro: AMB, 1996.

_____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

_____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. O novo papel do Judiciário e dos magistrados na sociedade contemporânea: reflexões em tempos de reforma. *Aduaneiras Informação Sem Fronteiras*. Disponível em:

<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/judiciario.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia social da prestação jurisdicional. In: *Encontro Nacional de Magistrados Federais*, v. 7, 1993, Brasília. Cadernos... Brasília: CJF, 1995. p. 175-182.

**ATUAÇÃO POLÍTICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:
REGIÃO METROPOLITANA DE BELÉM (2000-2010)**

Marla Cecyenne Mesquita dos Santos¹

Romulo Mauricio Pantoja da Costa²

Celso Antônio Coelho Vaz³

RESUMO

A instituição Ministério Público (MP) a partir da Carta Constitucional de 1988, assumiu a prerrogativa de defesa da efetividade de direitos da sociedade, passando a confrontar, inclusive, o próprio Estado. A Ação Civil Pública é o instrumento judicial para promover a defesa dos direitos da coletividade, apesar de existirem outros legitimados a propor tal ação, é o MP que acaba por assumir em primazia a defesa desses direitos. Nessa sistemática ampla das instituições de Justiça, o MP torna-se o impulsionador da judicialização e de politização do sistema judicial. A condição de tutor dos cidadãos assumida pelo MP pode-se explicar não somente pela institucionalização de suas novas funções, como também, pelo posicionamento ativo de seus integrantes, diante dos desafios de redução de desigualdades sociais e ampliação da cidadania. Esse ativismo político visa vencer a hipossuficiência da maior parte da população que não tem acesso aos direitos fundamentais garantidos, porém não efetivados por políticas públicas. Este artigo apresenta o resultado parcial da pesquisa de extensão do Observatório do Judiciário na Amazônia – UFPA sobre a

atuação do Ministério Público do Estado do Pará na proposição de ações coletivas em matéria de saúde no período de 2000 a 2010, avaliando o quantitativo e as consequências políticas e administrativas para os municípios da região metropolitana de Belém em políticas públicas de saúde. A pesquisa buscou ponderar sobre o ativismo político do Parquet levando consideração às relações de poder e as influências no comportamento decisório sobre a implementação de políticas públicas de saúde.

Palavras Chave: *Ativismo Político, Ministério Público, Políticas Públicas De Saúde.*

ABSTRACT

The institution prosecutor (MP) from the Constitutional Charter of 1988, assumed the prerogative to defend the rights of the effectiveness of society, going to confront even the state itself. A Civil Action is the legal instrument to promote the rights of the community, although there are other legitimate to propose such action, is the MP who ends up taking precedence in the defense of these rights. In this systematic large institutions of Justice, the MP becomes the driver of judicialization and politicization of the judiciary. The condition assumed by citizens tutor MP can be explained not only by institutionalizing their new roles, but also by the positioning of its active members, faced with the challenges of reducing social inequalities and extending citizenship. This political activism hiposufficient aims to overcome most of the population not having access to fundamental rights guaranteed but not enforced by public policies. This paper presents the partial results of the research extension of the Observatory of the Judiciary in the Amazon - UFPA on the role of prosecutors in the state of Pará in proposing collective action on health in the period from 2000 to 2010, assessing the quantitative and consequences and administrative policies for the metropolitan region of Belém in public health policies. The research sought to ponder the political activism

¹ Mestranda em Ciência Política-UFPA, advogada, e-mail: marlamesquita@yahoo.com.br

² Graduando em Ciências Sociais-UFPA, e-mail: romulo.costa@ifch.ufpa.br

³ Dr. Celso Antônio Coelho Vaz, e-mail: celsoantoniovaz@hotmail.com

of the Parquet taking account of power relations and influences behavior in decision-making on the implementation of public health policies.

Keywords: *Political Activism, Public Prosecution, Public Health Policies.*

INTRODUÇÃO

Cotidianamente somos informados da negação do direito a saúde aos cidadãos, seja pela mídia ou por situações ocorridas com pessoas próximas. Casos como: atrasos nos atendimentos de emergência que acabam por levar pacientes ao óbito, ausência de leitos, unidades e hospitais sem equipamentos básicos, dificuldades em contratar médicos especialistas, carência de medicamentos para pacientes com doenças crônicas; ou outros casos se referem não à deficiência do serviço, mas a ausência de políticas públicas de saúde para determinadas doenças. O que se constata, portanto, é a incapacidade do Poder Executivo de fazer cumprir seu dever constitucional e um direito fundamental e social de todos os cidadãos. Isso porque o direito à saúde só é efetivamente garantido mediante políticas públicas de acesso universal e igualitário que possibilitem ações e serviços de saúde.

A Constituição da República Federativa do Brasil-CRFB estabeleceu o Sistema Único de Saúde-SUS como sistema que deveria garantir a saúde como um direito de todos os brasileiros. O SUS é uma macroestrutura complexa que envolve os três entes da federação e tem como princípios básicos a universalidade do acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência, a igualdade com equidade da assistência de saúde e a integralidade da assistência, que nada mais é do que um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços de saúde em todos os níveis e complexidades.

O arranjo institucional brasileiro definiu que ao Poder Executivo (União, Estado e município) cabe o papel de planejar e executar as políticas públicas de saúde. Ao Poder Legislativo coube o desempenho de legislar sobre a matéria, assim como decidir sobre orçamento da saúde e fiscalizar a atuação do Executivo. O que de fato ocorre é que o Legislativo apenas avaliza as mudanças de políticas propostas pelo

Executivo e pouco fiscaliza a execução de tais políticas públicas. Ao Poder Judiciário coube o papel de garantir o direito social à saúde aos cidadãos na omissão legislativa ou má execução dessas políticas.

Além do Poder Judiciário, a Carta Magna de 1988 institucionalizou um Sistema de Justiça, do qual integra o Ministério Público-MP. Esta instituição de justiça passou assumir novas funções e a prerrogativa de defesa da efetividade dos direitos fundamentais da sociedade, dentre esses o direito a saúde. Ao MP foram atribuídos, consequentemente, instrumentos extrajudiciais para garantir a efetivação do direito da sociedade por meio do controle e fiscalização das políticas públicas, bem como instrumentos processuais para exigir tal efetivação junto ao Poder Judiciário. De tal modo que essas novas regras institucionais deram ao MP um papel político importante. Esse ganhou a capacidade impulsionar a judicialização das políticas públicas, bem como a possibilidade de um ativismo político de seus membros ou ainda desvirtuamento das funções para uma ação com fins políticos.

Este artigo apresenta o resultado parcial da pesquisa de extensão do Observatório do Judiciário na Amazônia – UFPA sobre a atuação do Ministério Público do Estado do Pará na proposição de ações coletivas em matéria de saúde no período de 2000 a 2010, avaliando o quantitativo e as consequências políticas os municípios da região metropolitana de Belém em políticas públicas de saúde.

1. O DESENHO INSTITUCIONAL BRASILEIRO

O pacto social realizado pela sociedade brasileira em 1988 incorporou inúmeros de direitos civis, políticos e sociais, além de tratar de direitos de minorias. Sendo, assim, contrato brasileiro vai muito além de estruturar de organização do Estado. Pois nitidamente houve a preocupação com o cidadão ao limitar o poder Estado sobre os indivíduos e a sociedade. Deste modo, ao regulamentar os direitos e

garantias, a própria constituição, ou Contrato Social, estabelece metas de políticas públicas para garantir que esses sejam efetivados.

Entretanto, após mais de vinte anos em vigência a, os compromissos firmados na carta constitucional ainda carecem de efetividade, traços da modernidade tardia brasileira, do grande desequilíbrio social, da forma como poder político e econômico se manteve ao longo dos anos mãos de elites e dos poucos espaços temporais de democracia no Brasil.

O que se percebe é que o Contrato Social brasileiro, seguindo a linha teórica de Rawls, estabeleceu que se devessem buscar meios para garantir igualdade de oportunidades e de distribuição de renda que permitam o exercício por todos de suas liberdades básicas.

Porém essa efetivação deixa de ocorrer, ao menos ocorre em passos excessivamente lentos; primeiramente devido à conjuntura relações mundiais, ou seja, as influências econômicas (de competitividade excessiva), políticas e sociais do mundo que tende a nutrir profundas desigualdades e exclusão. E em segundo lugar, mas não menos importante, por condições intrínsecas das instituições brasileiras que não conseguem se aperfeiçoar e garantir que o pacto social consiga se transformar numa realidade para todos os brasileiros. Torna-se, então, um desafio da contemporaneidade, ao Estado Brasileiro e a sociedade efetivar os direitos pactuados, uma vez que matéria é a conquista de expressões e anseios de mobilizações sociais, e se tornou consenso social sendo estabelecido na carta constitucional.

No contexto contemporâneo brasileiro, o grande desafio é a busca pela efetivação dos direitos, liberdades e garantias já pactuados no Contrato Social. Que encontra obstáculos advindos da própria da sociedade mundial que tende a nutrir profundas desigualdades e exclusão e pela falta de aperfeiçoamento das instituições brasileiras, uma vez que as reformas, que claramente são necessárias, carecem de

consenso e a elite brasileira, que detém o poder, tem interesses particulares em manter seus privilégios.

2. O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUAS PRERROGATIVAS

Nessa sistemática inovadora e ampla e das instituições de Justiça. A instituição Ministério Público-MP assumiu dentre outras prerrogativas a defesa dos direitos da coletividade, podendo propor Ações Cíveis Públicas-ACP, como também atuar no inquérito civil, investigando, colhendo provas, fazendo audiências públicas, recomendando e homologando acordos.

A Ação Civil Pública-ACP (via judicial) e os Termos de Ajuste de Conduta-TAC (via extrajudicial) são instrumentos relevantes, no qual o MP tem a possibilidade de promover a defesa dos direitos coletivos como o direito à saúde. Apesar de existirem outros legitimados para propor a ACP, é o MP maior demandado destas ações.

A condição de tutor dos cidadãos assumida pelo MP pode se explicada não somente pela institucionalização de suas novas funções dada pela CRFB; mas, também, pelo posicionamento de ativismo de alguns seus integrantes diante dos desafios de redução de desigualdades sociais e ampliação da cidadania, ao exigir a efetivação dos direitos constitucionalizados. Para esses integrantes, o que se pretende vencer, com essa conduta ativa, é a hipossuficiência da maior parte da população que não tem acesso aos direitos fundamentais.

Assim a Instituição MP, ganhou constitucionalmente, além de maior independência, o poder confrontar-se, inclusive, com os Poderes Executivo e Legislativo, quando estes inviabilizam a efetividade dos direitos sociais, como educação e saúde, ou por sua inércia, ou má administração de recursos, como também pela inaplicação de políticas públicas. O'Donnell (1998, p.40) denomina de

accountability horizontal essa nova prerrogativa de fiscalizar os outros atores estatais do MP.

A Ciência Política (ARANTES, 2002; CARVALHO, 2010; NARDINI, 1997; VIANNA, 1999) tem se dedicado ao estudo da atuação do Ministério Público, por compreender que essa instituição e seus membros, assumiram um papel político importante e são os impulsionadores da Judicialização de políticas públicas, ou em outros termos, da politização do sistema judicial. A condição de tutor dos cidadãos assumida pelo MP pode se explicar não somente por essa institucionalização constitucional de suas novas funções, como também, pelo posicionamento ativo de muitos de seus integrantes, diante dos desafios de redução de desigualdades sociais e ampliação da cidadania, esse ativismo político visa vencer a hipossuficiência da maior parte da população que não tem acesso aos direitos fundamentais garantidos, porém não efetivados por políticas públicas.

A Judicialização é fenômeno que há alguns anos tem sido objeto de estudo tanto pelo Direito como pela Ciência Política, porém é necessário ter a compreensão da realidade da sociedade paraense e conseguir compreender neste âmbito se o discurso teórico de que é benéfico o protagonismo político dos órgãos que compõe o sistema de justiça para a efetivação de direitos tem de fato se desdobrado numa atuação coerente e eficaz a sociedade.

Nos últimos vinte anos tanto jurista como cientistas políticos tem estudado atuação do MP, essa atuação ganhou importância após a CRB de 1988, tendo vista o alargamento das funções dessa instituição o aumento de sua independência funcional e consequentemente poder político que essa instituição ganhou ao se relacionar com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tais prerrogativas constitucionais foram atribuídas ao MP no intuito tê-lo como um órgão capaz de ser o representante legal dos interesses sociais.

O promotor e jurista Maurício Nardini (1997), como não poderia deixar de ser, compreende que o MP é a única instituição governamental capaz de efetivar a promoção dos direitos humanos, mas que essa instituição necessita contar com o Poder Judiciário para que suas proposições possam ter efetiva ampliação. Tal jurista chama atenção para necessidade do intercâmbio entre o Ministério Público e as entidades não governamentais.

Já o cientista político Rogério Arantes (2002) que chama atenção que ao impulsionar à implementação de políticas públicas previstas direitos fundamentais na Constituição Federal o MP pode incomodar governança e acaba por politizar do sistema judicial. Arantes qualifica o a judicialização como “descaminhamento” dos conflitos de interesse.

O primeiro conceito judicialização foi fornecido por Tate e Vallinder (Carvalho, 2004, p.127) e traz a concepção que é uma reação do Judiciário frente à provocação de um terceiro e tem por finalidade revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição.

Porém essa concepção de judicialização das políticas públicas variam bastante, no livro organizado pelo cientista político Luiz Werneck Vianna (1999) estão presentes três formas perceber a judicialização, a primeira é da jurista Giselle Citadino que percebe que a Constituição possibilitou o ativismo positivo de agentes sociais e judiciais na produção da cidadania; o segundo percepção é de José Eisenberg que explica a politização do Judiciário brasileiro como contrapeso a práticas conservadoras da classe política ou econômica e a terceira concepção é de seu organizador Werneck Vianna afirmando que a procedimentalização do direito e a ampliação dos instrumentos judiciais como uma arena pública propicia a formação da opinião e o acesso do cidadão à agenda das instituições políticas.

O cientista político Rogério Arantes (1999) utiliza a ideia de judicialização da política para referir-se também ao ativismo voluntarista do Ministério Público e suas implicações negativas, seja para a integridade das funções políticas das instituições representativas, ou ainda, para a própria manutenção da independência funcional da instituição.

Os defensores da judicialização, afirmam que atuação de integrantes do MP, com relação aos direitos da coletividade tem como fonte defesa a CFB e, é com base nesta estratégia pretende-se garantir efetivamente direitos de cidadania. Como afirma o jurista paraense Jean Carlos Dias:

O sistema de tensões que o Estado de Direito consagra tem por escopo o compartilhamento racional de atribuições políticas, com o fito de determinar um óbice ao monopólio do poder, com a evidente finalidade de salvaguardar os direitos fundamentais dos cidadãos (DIAS, 2007, p.154).

A visão mais adotada pelos teóricos, principalmente os do direito, é que o sistema judicial, que envolve tanto o Judiciário quanto o MP ao judicializar as políticas públicas, estaria tomando para si as mudanças necessárias na sociedade como um todo, função essa garantida constitucionalmente, já que a maior parte da sociedade estaria inapta para exercer plenamente sua cidadania por não ter os direitos básicos para sua emancipação. Deste modo, o papel de garantir o acesso aos direitos fundamentais e consequentemente à cidadania acaba por recair no Ministério Público e no Judiciário.

O Ministério Público no Brasil é independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. É definido na Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado. Além disso, a instituição brasileira distingue-se de todas as demais no que tange à amplitude de suas obrigações: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...]. É imprescindível salientar que a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis abre uma série de possibilidades de atuação. Essa abertura responde pelas principais mudanças no perfil e na identidade do Ministério Público brasileiro, tornando-o absolutamente ímpar (SADEK, 2008, p.132).

A nova cidadania assume uma redefinição da ideia de direitos, cujo ponto de partida é a concepção de um direito a ter direitos. Essa concepção não se limita a provisões legais, ao acesso a direitos definidos previamente ou à efetiva implementação de direitos formais abstratos. Ela inclui a invenção/criação de novos direitos, que surgem de lutas específicas e de suas práticas concretas (DAGNINO, 2000, p. 86).

Dessa forma, a apatia política remediável, no sentido da sequência de ideias desenvolvida na segunda seção, seria relativamente contornada, e teríamos, finalmente, o resíduo de irracionalidade humana [na versão escolha

racional] ou de escolha bem informada e autônoma [na versão pós-moderna] a dar conta do desinteresse pela política, sem necessariamente passar um juízo de irracionalidade sobre o sistema político. É possível ainda que a redistribuição exerça um impacto propulsor sobre o associativismo, desde que este tenha sido previamente inibido pela desigualdade, além de possivelmente torná-lo mais equilibrado. Outro benefício plausível para o associativismo adviria dos efeitos que uma redução da desigualdade exerceria sobre os interstícios incivis, reduzindo os incentivos à incivilidade via redução da vulnerabilidade dos grupos sociais menos favorecidos (KERSTENETZKY, 2003).

Para o cientista político pernambucano Ernani Carvalho o MP se apresenta como uma agência de accountability horizontal e exerce a função de fiscalizar outros atores estatais, o estudioso sobre o assunto cita O'Donnell para justificar tal mecanismo:

(...) para as democracias modernas os mecanismos clássicos de checks and balances apenas entre os três Poderes do Estado não são suficientes. Segundo O'Donnell (1998), esses mecanismos incluem as instituições clássicas do Executivo, Legislativo e Judiciário, mas nas poliarquias contemporâneas também deve se estender por várias agências estatais de

supervisão, como os ombudsman e as instâncias responsáveis pela fiscalização das prestações de contas. No caso do Brasil, o Ministério Público deve ser incluído como uma dessas instituições (CARVALHO, 2010, p.137).

Porém O'Donnell (1998, p. 10) chama atenção para a possibilidade do accountability horizontal não atingir seus objetivos ou pela usurpação, onde uma agência estatal usurpa a autoridade da outra, ou pela corrupção, onde uma autoridade obtém vantagens ilícitas para si e/ou associados. A eficácia da accountability horizontal, segundo O'Donnell, está na independência do órgão de controle, mais isolado possível do governo, e no profissionalismo dos membros da instituição.

Recentemente o renomado constitucionalista português José Joaquim Gomes Canotilho (2011) afirmou que as políticas públicas devem ser conduzidas pelos governos e ao Judiciário cabe apenas verificar se determinadas medidas ferem a Constituição. O estudioso da Democracia conclui que o Judiciário não foi feito para completar políticas públicas ou para demovê-las.

A importância dada pela Constituição de 1988 ao Ministério Público brasileiro é extraordinária, posto que ao ampliar os direitos supra individuais e atribuir a uma instituição a função da defesa desses direitos, consequentemente atribuiu a essa instituição um papel de ator político relevante e privilegiado. Um ator político compreendido, segundo Sadek (2008, p. 133), como um agente dotado de poder, de recursos de poder, que possibilitam e credenciam atuações na vida pública, com capacidade de alterar os rumos da vida pública e de impor suas decisões. Os principais recursos de poder que o Ministério Público tem à sua disposição são: o monopólio da ação penal, a ação civil pública, pois é o principal autor a utilizá-la, o inquérito civil

público e os termos de ajustamento de conduta. Mas o principal recurso de poder do MP, segundo Maira Tereza Sadek, é o poder de agenda, ou seja, o MP, diferentemente das demais instituições do sistema de Justiça, pode definir o que vai fazer, como vai fazer e quando vai fazer; ao que dará prioridade e ao que não dará prioridade.

Além de possuir poder de agenda, o MP também é o principal ativador do Poder Judiciário, assim essa se apresenta instituição imbuída de protagonismo político. Para Maria Tereza Sadek, o MP a possibilidade de uma atuação propositiva e resolutiva, ou seja, uma busca por soluções conciliadas, que prescindam da tramitação judicial é o principal poder do MP:

Os termos de ajustamento de conduta traduzem de forma clara o empenho da instituição e a possibilidade de obter respostas acordadas pelas partes. É uma forma de fazer justiça que fortalece a instituição, que garante direitos, que proporciona diálogos e facilita a convivência futura. (SADEK, 2008, p.138).

Enfim existe ainda a largar discussão sobre a capacidade de atuação de Ministério Público essa atuação pode considerada positiva ou negativa para Democracia e para Cidadania. Maria Tereza Sadek (2008, p.137) chama atenção para a necessidade de estudos sobre a atuação do MP, devido à escassez de os dados, a cientista política cita o estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (CEBEPEJ) que concluiu pela necessidade da investigação do desempenho do MP na tutela dos direitos difusos e coletivos. Assim, atualmente os cientistas políticos buscam compreender as consequências reais dessa atuação a fim de mensurar

suas consequências, esta pesquisa tentará aprofundar esta discussão teórica apoiada e dados empíricos.

3. MÉTODOS DA PESQUISA

A pesquisa buscou avaliar se as proposituras do Ministério Público são confirmadas no Tribunal de Justiça do Pará e quais as ações mais demandadas pelo Parquet. E se de fato uma postura ativa dos seus membros no contexto paraense, especificamente na Região Metropolitana de Belém e se essa atuação efetivamente vem garantindo o acesso ao cidadão a tais políticas públicas.

A instituição do MP que será objeto de estudo será o Ministério Público Estadual do Pará-MPE/PA atuando no controle de políticas públicas de saúde quando se trata de recursos financeiros estaduais e municipais. Tal pesquisa permite é a relação com o Governo do Estado e as prefeituras, bem como quais as principais políticas públicas em matéria de saúde controladas e quais os entes federativos sofreram maior controle.

O âmbito de atuação de controle das duas instituições escolhido para ser objeto de estudo são: Governo do Estado do Pará e as prefeituras que compõem a RMB (Ananindeua, Belém, Benevides, Marituba e Santa Bárbara), tal delimitação foi feita, levando em conta primeiro que as políticas públicas de saúde estadual e municipal se diferenciam, porém se complementam, bem como que as políticas de cada prefeitura se distinguem, mas pela proximidade das cidades acabam por impactar sobre uma mesma coletividade que seria população da RMB. Outro critério utilizado foi a capacidade administrativa e de controle orçamentário dos municípios escolhidos.

A política pública de saúde foi escolhida como fenômeno a ser estudado, porque é um direito social fundamental e que deve ser oferecido a todos os cidadãos, também porque possui um sistema institucional peculiar e bem estruturado, o SUS,

que abrange todas as esferas de governos e apesar disso apresenta inúmeras dificuldades se estabelecer como um direito pleno, tendo em vista escassez de recursos financeiros e a forma como descentralização da saúde foi institucionalizada.

Apesar de possuir uma validade teórica restrita ao âmbito da RMB, por conseguinte a sociedade paraense, esta pesquisa foi uma primeira tentativa de mensurar a capacidade política do MP na Amazônia e de seu papel ao buscar a garantia da efetivação de direitos.

4. RESULTADOS

A pesquisa teve início com um estudo preliminar das ações impetradas pelo MPE/PA que visavam garantir o direito a políticas públicas de saúde, bem com as ações de improbidade administrativas que visavam proteger o direito a saúde. A busca foi realizada na consulta jurisprudencial do site do Tribunal de Justiça do Estado do Pará até 15 de abril de 2012. Ações que em grau de recurso foram submetidas a decisão do Tribunal. Esse estudo visava compreender a magnitude das ACP's e foi determinante para delimitar tanto espaço temporal como amplitude espacial da pesquisa.

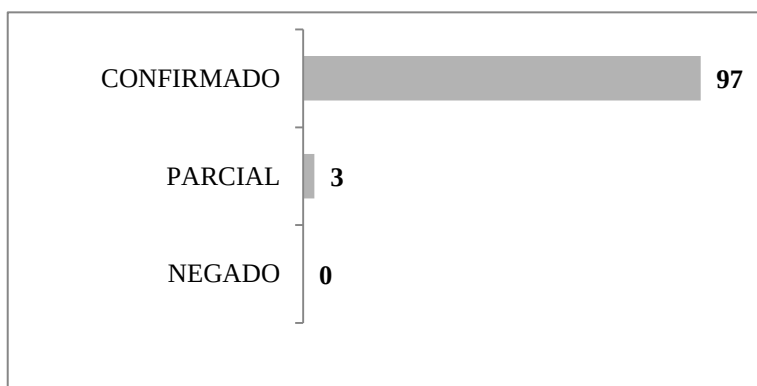
O período em análise foi de janeiro de 2000 a março de 2012. Esse estudo permitiu aferir que:

Do total de 69 ações em matéria de saúde encontradas e julgadas pelo Tribunal, 36 tiveram como parte demandante o MPE/PA e como partes demandadas Estado e/ou Municípios da RMB, ou seja, 52% do total. Um percentual significativo tendo em vista que o total de ações não englobam apenas as relações entre Estado e Municípios, como também litígios entre entidades de saúde particulares e particulares, que fazem parte do sistema de saúde, mas que esta pesquisa foram desconsiderados. E

nos faz aferir que o estudo atuação extrajudicial no MP é necessário e importante para o futuro.

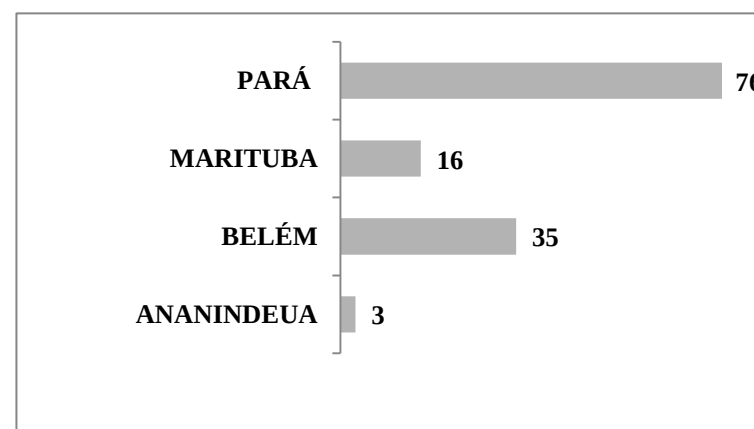
Seguem gráficos com resultados:

GRÁFICO 01:
PEDIDOS DO MPE/PA CONFIRMADOS PELO TJPA (%)
(JAN 2000 - MAR 2012)



FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.

GRÁFICO 02:
AÇÕES QUE TIVERAM COMO DEMANDADOS MUNICÍPIO DA RMB E
ESTADO DO PARÁ (%)
(JAN 2000 - MAR 2012)

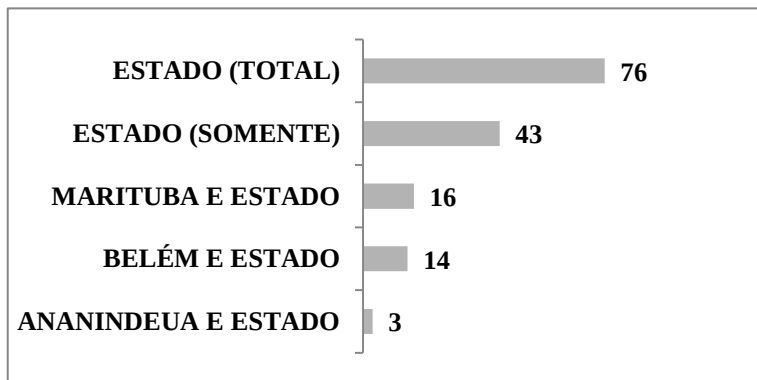


FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.

Observação: os municípios da RMB não demandados por ACP's no período foram excluídos do gráfico.

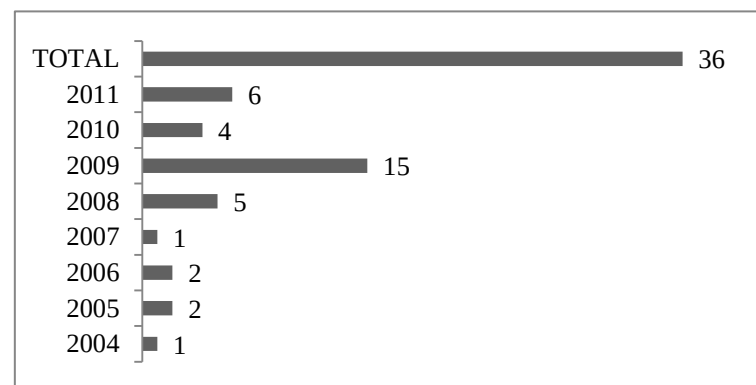
Observação: os municípios da RMB não demandados por ACP's no período foram excluídos do gráfico.

GRÁFICO 03:
AÇÕES POR DEMANDADO (%)
(JAN 2000-MAR 2012)

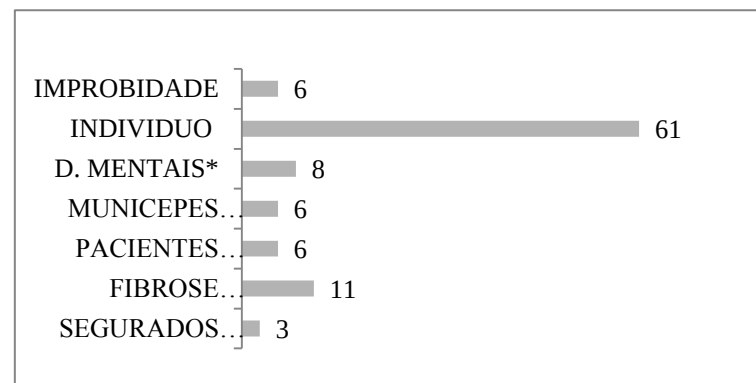


FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.

GRÁFICO 04:
AÇÕES POR ANO (%)
(JAN 2000 - MAR 2012)



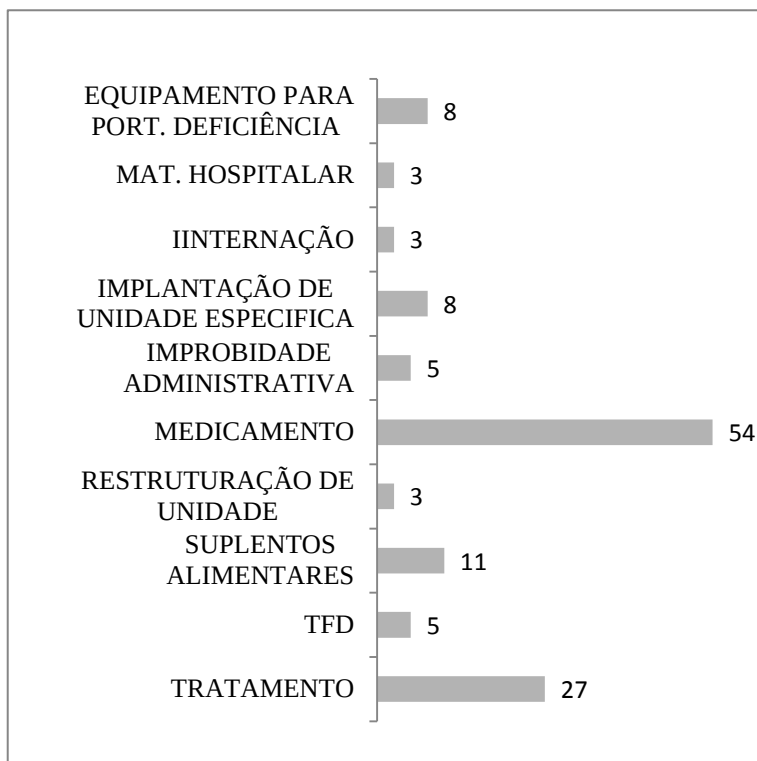
FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.



FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.

GRÁFICO 05:
TIPOS DE DEMANDAS DE SAÚDE (%)
(JAN 2000 - MAR 2012)

GRÁFICO 06:
TIPOS DE DEMANDAS DE SAÚDE
(JAN 2000 - MAR 2012)



FONTE: Campo jurisprudência do Site do TJPA até abril de 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apenas dois municípios da Região Metropolitana de Belém-RMB, possuem uma promotoria específica de saúde, porém como promotorias da infância e juventude e promotorias de idosos também podem propor ação civil no intuito de garantir o direito a saúde. O que veem acontecendo de fato é que as promotorias específicas a partir de 2004 quando foram estruturadas, procuram solucionar os conflitos, de forma extrajudicial, atuando como um conciliador, o que chama-se de juridicalização da saúde.

Tal pensamento não se coaduna com as outras promotorias, promotorias da infância e juventude e promotorias de idosos, que de imediato acionam a justiça levando apenas em consideração a gravidade do estado da criança e do idoso. Das 27 ações propostas pelas promotorias de Belém, apenas 06 ações foram propostas no período pela promotoria de saúde de Belém: 05 em caráter coletivo e 01 para um único paciente. Ou seja, 21 ações foram interpostas pelas outras promotorias da capital, sendo 20 ações para pacientes específicos e apenas uma em caráter coletivo. Nestas não há tentativa de conciliação.

Em Ananindeua, segunda maior cidade em população da RMB, interpôs apenas uma ACP, já no ano de 2012, o nos leva a crer que a promotoria de saúde do município deve atuar em parceria com as promotorias procurando juridicalizar os casos. A cidade de Marituba, terceira maior cidade em população da RMB, demandou 06 APC's todas visando garantir o direito de um paciente específico, envolvendo situações de tratamento especializado, internação e medicamentos especializados. O que se percebe em Marituba, portanto, é que a relação entre o Estado e município é deficiente, posto se o munícipe da Marituba necessita tratamento especializado encontra dificuldade em se inserir no programa. O que se questiona é que se há uma tentativa de conciliação MPE e os dois entes, posto que a dificuldade deve ser de todos

os munícipes. Lembramos que nesta cidade as promotorias cíveis que atuam em matéria de saúde.

As promotorias dos municípios (Benevides e Santa Bárbara) que não propuseram ações neste período, um estudo sobre sua atuação extrajudicial é relevante. Posto que o “zero” na pesquisa é dado que deve ser melhor estudado. Ou tais promotorias tem um excelente resultado extrajudicial ou sua atuação é quase nula com relação a saúde.

Das ações de caráter coletivo os grupos beneficiados foram:

1. Todos os munícipes de Belém com o pedido de reestruturação de serviço, aquisição de medicamentos e material com relação à atenção básica de Belém;
2. Todos os munícipes de Belém com o pedido de reestruturação de serviço fiscalização, para garantir a qualidade de alimentos na capital;
3. Portador de Diabetes mellitus tipo I com o pedido de medicamentos;
4. Servidores do Estado do Pará para ter garantido tratamento especializado no plano dos servidores do Estado;
5. Portadores de doença renal crônica para ter garantido o TDF, para realizarem hemodiálise em outro estado. Ao todo foram atendidos mais de 1.000 pacientes de todo o Estado, 03 ACP's foram impetradas no período de um ano, quando as máquinas de hemodiálise do Estado não estavam em funcionamento. Devido impacto ao financeiro o Estado já reestruturou seus serviços;
6. Portadores de Fibrose Cística, para garantir medicamentos e suplementos alimentares. Devido impacto financeiro o Estado já implantou o serviço;

7. Menores infratores e adolescentes (18 a 21 anos) portadores de doenças ou deficiência mental, para implantação de unidade de saúde específica;
8. Paciente com deficiência de hormônio GH, para terem acesso a medicamento que produzisse dor.

Nota-se que o pedido é coletivo a política pública mais facilmente reestruturada pelo Estado e municípios, devido a impacto financeiro causado.

Medicamento é principal pedido do Parquet. Nos pedidos observados com relação aos medicamentos, para um único indivíduo, observou-se que a maioria dos medicamentos solicitados estavam fora do padrão determinado planejamento do Estado (artrite reumatóide não responsiva, deficiência de hormônio GH, cardiopatia congênita, nefropatia do refluxo, mistenia grave), porém dentro da lista do Ministério da Saúde. E 03 casos ausência no estoque de medicamentos: para portadores de HIV, para a doença de enfisema pulmonar e para portadores de diabetes mellitus.

Tratamento específico e internação de paciente são em seguida os pedidos mais corriqueiros dos promotores. Ocorre tal pedido não sana o problema de ausência de leitos e deficiência de serviços de saúde. Quando o Ministério Público propõe uma ação deste tipo ele sana o problema do paciente que fura a fila de espera, mas em compensação é provável outro cidadão tenha seu rechaçado.

Percebe-se que Tribunal de Justiça tanto em pedido de liminar com em decisão de segundo grau, confirma o pedido do Ministério Público com relação a saúde quando os envolvidos são o Estado e municípios. E que o Estado na maioria das vezes é demandado em matéria de saúde, ou isoladamente ou em litispendência com o município.

O ano que mais se propôs ACP's foi 2009, esse número vem sendo reduzido, haja vista que as promotorias perceberam que apesar de serem vitoriosas nas

ações, inclusive em liminar, muitos pedidos não eram cumpridos e após a demora do processo e a confirmação do pedido, mesmo assim política não era implementada ou o paciente não resistia. Atualmente o Parquet tem procurado juridicalizar o caso e tenta mediar o conflito, antes de judicializar o caso, porém este estudo não mediu a força política do Ministério Público do Estado do Pará na propositura de ações extrajudiciais. Tal estudo é necessário e está sendo realizado pelo Observatório do Judiciário na Amazônia – UFPA.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANTES, Rogério Bastos. *Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 14, 39: 83-102, 1999.

_____. *Ministério público e política no Brasil*. São Paulo: Educ/Sumaré, 2002.

BRASIL, Ministério da Justiça. *Diagnóstico Ministério Público nos Estados*, 2006.

CANOTILHO, José. *Políticas Públicas não são atribuições dos Tribunais*. Valor Econômico, São Paulo, A4, 10.10.2011.

CARVALHO, Ernani. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista. Sociologia e Política, 23: 127-139, 2004.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natália. *O novo desenho institucional do Ministério Público e o processo de judicialização da política*. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. Revista Direito Gv, São Paulo, p. 399-422 ,Jul-Dez,, 2010.

DAGNINO, Evelina. *Sociedade Civil, participação e cidadania: de que estamos falando*. In MATO, Daniel, Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización. Faces, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2004.

DIAS, Jean Carlos. *O controle judicial de políticas públicas*. Coleção Professor Gilmar Mendes. V. 4. São Paulo: Método, 2007.

KERSTENETZKY, Célia Lessa. *Sobre associativismo, desigualdades e democracia*. Rev. bras. Ci. Soc. v.18 n.53 São Paulo out. 2003.

MACIEL, Débora; KOERNER, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. Lua Nova, 57: 113-133, 2002.

NARDINI, Maurício José. *Papel do Ministério Público na promoção dos direitos humanos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 19, set. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=172>>. Acesso em: 10 out. 2008.

SADEK, Maria Tereza (org). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. Centro Edelstein de Pesquisa Sociais, 2010.

SADEK, Maria Tereza. *A Construção de um Novo Ministério Público resolutivo*, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

O'DONNELL, Guillermo. *Democracia delegativa?*. Novos Estudos, 31: 25-40, 1991.

_____. *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova, 44: 27-53, 1998.

SADEK, Maria tereza (org). *O Ministério Público e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Sumaré, Idesp, 1997.

_____. *O sistema de justiça*. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *O sistema de justiça*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999.

_____. *Cidadania e Ministério Público*. In: SADEK, Maria Tereza (org). *Justiça e cidadania no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

TATE, neal; VALLINDER, torbjorn. *The global expansion of judicial power: the Judicialization of Politics*. New York, New York University Press, 1995.

VIANNA, Luiz Werneck (org). *A democracia e os Três Poderes no Brasil. Belo horizonte*: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CULTURA JURÍDICA E INSTITUCIONALIZAÇÃO DO REGIME MILITAR BRASILEIRO: FRANCISCO CAMPOS COMO LEITOR DE CARL SCHMITT

Heloisa Fernandes Câmara¹

Rafael Martins Estorilio²

RESUMO

A ditadura civil-militar brasileira iniciada em 1964 por meio de um golpe costuma ser apresentada como um arbítrio no qual imperou a força em detrimento do direito. Entretanto, a despeito de caráter autoritário e da utilização da violência que marcaram o período, o direito teve papel privilegiado na construção e consolidação do regime. No Brasil, houve a utilização de mecanismos jurídicos ordinários e extraordinários para organizar o regime, o que pode ser comprovado na “fúria legislativa” que deixou como saldo 02 Constituições, 17 Atos Institucionais, 09 Atos do Comando Supremo da Revolução, 105 Atos Complementares, várias emendas constitucionais, decretos-lei e leis infraconstitucionais. A existência de tantos atos legislativos deve ser analisada como evidência de que o campo jurídico era parte importante para a estruturação do regime, e não representava somente a um simulacro de direito, mas constituía uma verdadeira legalidade excepcional. O campo jurídico foi um espaço de luta – ainda que desigual – entre interpretações autoritárias e resistência democrática, no qual participaram os tribunais e alguns dos juristas mais importantes do período e que acabaram por fazer modificações que perduram no ordenamento democrático. Juristas

¹ Graduada e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direitos Humanos e Direito Constitucional no Centro Universitário Curitiba. Participante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia (UFPR) e História e Subjetividade (UFPR).

² Acadêmico de Direito na Faculdade de Direito de Curitiba (UNICURITIBA).

como Francisco Campos, Carlos Medeiros Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, além de alguns ministros do STF, tiveram função importante na criação de novas teses jurídicas e na consolidação da legalidade autoritária tanto por meio de doutrinas quanto também de posições assumidas em julgamentos. Campos representa o protótipo de jurista comprometido com o poder, e neste aspecto pode ser lida a influência de Carl Schmitt em suas concepções de crítica da democracia de massas e fortalecimento do Executivo. O presente trabalho analisará a cultura jurídica nacional existente no período da ditadura, especialmente a partir da atuação de Francisco Campos como um dos ideólogos privilegiados, de maneira a examinar o papel do direito na institucionalização da ditadura.

Palavras-chave: *Direito e ditadura; Regime militar; Carl Schmitt; Francisco Campos.*

ABSTRACT

The brazilian civilian-military dictatorship started in 1965 through a blow is usually presented as a will which reigned the strength in detriment of law. However, despite of the authoritarian face and the utilization of violence that marked the period, the Law have a privileged role in the construction and consolidation of the government. In Brazil occurred the using of ordinaries and extraordinaries legal mechanisms to organize the government, what can be proved by the “legislative fury” that accounted 02 constitutions, 17 institutional acts, 09 Acts from the High Command of Revolution, 105 Complementary Acts, several constitutional amendments, decrees and laws. The existence of many legislative acts must be analyzed as an evidence that the legal field was an important piece for the organization of the government, and not that just representate a simulacrum of law, but constituted a truly exceptional legality. The legal Field was a space for fray – although unequally - between authoritarian interpretation and democratic resistance, which participate the courts and some of the most important

jurists during the period and that finally made modifications that persisted in the democratic system. Jurists as Francisco Campos, Carlos Medeiros Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, and some of supreme court ministers had important function in creation of new legal thesis and the consolidation of the authoritarian legality either through doctrines as also through positions on trials. Campos represents the prototype of jurist compromised with power, and in this respect can be read the influence of Carl Schmitt in his conceptions of critics of massive democracy and fortification of Executive. This work will analyze the national legal culture during the dictatorship, especially from the acting of Francisco Campos as one of the privileged ideologist, so as to examine the role of law in the institutionalization of the dictatorship.

Keywords: *Law and dictatorship; Military Government; Carl Schmitt; Francisco Campos.*

INTRODUÇÃO

A abordagem tradicional do direito consiste em separar em campos distintos os regimes democráticos e ditatoriais. Os regimes democráticos seriam os que aplicam e respeitam o Estado de Direito, tendo as leis e sua aplicação um papel relevante nesta estrutura. Por outro lado, os regimes ditatoriais seriam os que não respeitam determinada ordem jurídica, mas se pautam somente por atos de força e conveniência dos governantes.

Entretanto, este esquema mostra-se simplista e equivocado. Pelo menos desde o regime nazista, a partir da construção da “legalidade” sem lei (as palavras do *Fuhrer* tinham força de lei), chegando até a modificação de ordenamentos jurídicos no pós 11 de setembro – no sentido de limitação de direito e garantias fundamentais – o que percebemos é que é possível a existência de regimes não democráticos (e por sua natureza política, inconstitucionais) pautados no respeito à legalidade. Esta legalidade, chamada de autoritária ou excepcional, teve como momentos propícios de estudo nas ditaduras latino-americanas existentes na década de 60 e 70. Brasil, Argentina, Chile e Uruguai tiveram ditaduras que, ainda que com várias diferenças históricas, contaram com um ordenamento jurídico autoritário, o qual, em menor ou maior medida – com exceção do caso argentino que agiu à margem do direito – era respeitado.

Embora a maioria dos trabalhos acadêmicos cite esta legalidade como um afastamento do judiciário e do direito ou a construção de uma justificativa legitimadora dos atos de força, a construção desta ordem legal desempenhou um papel bem mais complexo do que simplesmente legitimar o arbítrio¹.

¹ Ainda que em uma solidificada doutrina constitucional perceba-se esta visão de arbítrio da força a partir de 1964, desenhando a suposta “ausência” do direito ou “afastamento” dos juristas brasileiros durante o regime: “[...] Entre eles, o AI-2, de 1965, que introduziu as eleições indiretas também para o período que ficara sob o sistema de escolha direta da Carta anterior. **Nada adiantou a contribuição da comissão de Juristas.** O governo manteve-se

No caso brasileiro, cuja ditadura civil-militar durou de 1964 a 1985, a construção da ordem legal autoritária foi marcada por paradoxos, discussões jurídicas ocorridas no âmbito dos tribunais e das universidades. Ademais, a construção da legalidade autoritária foi demasiado complexa quanto a suas fontes. Coexistiam nessa ordem tanto instrumentos ordinários – como a constituição e as emendas constitucionais, leis ordinárias etc. – quanto extraordinários – os Atos Institucionais, Atos Complementares, decretos-lei.

A estrutura e aplicação da ordem jurídica autoritária têm sido ignoradas como tema de estudo tanto na área do direito quanto na de ciência política, pois em geral considera-se que o direito foi somente um simulacro para legitimar atos de força. Assim, pode ser analisada a construção da legalidade autoritária a partir da formação do campo jurídico no qual debates jurídicos normais conviviam com debates “ad hoc”. Isso significa que a despeito do casuísmo legal que marcou a ditadura militar – com

no ritmo de arbítrio que marcara o início **de sua ação direta sobre o Congresso [...]** (BONAVIDES, 2006, p. 440, grifos nossos), e ainda: “A (constituição) de 1969 garantia os direitos à liberdade, à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar. Nesta última quadra histórica, conviveu-se ainda com o constrangedor paradoxo da existência de duas ordens jurídicas paralelas: a das constituições e a dos atos institucionais, que não buscavam nas primeiras o seu fundamento de validade, mas num suposto poder revolucionário em que estariam investidas as Forças Armadas. Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. **O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante**, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. **As constituições eram pródigas na consagração de direitos, mas estes dependiam quase exclusivamente da boa vontade dos governantes de plantão para saírem do papel** – o que normalmente não ocorria. Em contextos de crise, **as fórmulas constitucionais não eram seguidas, e os quartéis arbitravam boa parte dos conflitos políticos ou institucionais que eclodiam no país.**” (SARMENTO, 2009, p. 147, grifos nossos).

alterações constantes nas regras do jogo, especialmente nas regras eleitorais e partidárias – houve discussões jurídicas que dependeram da atuação de juristas tradicionais e debates jurídicos sólidos. Dentre estes juristas podem ser citados Alfredo Buzaid (Ministro da Justiça), Carlos Neder (um dos autores do AI 1), Miguel Reale, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Francisco Campos. Este artigo parte da atuação do jurista Francisco Campos (especialmente nos primeiros anos da ditadura, porque falece em 1968), e da possível influência¹ do teórico alemão Carl Schmitt em seus pensamentos, para analisar o funcionamento do campo jurídico no período ditatorial, como presente e atuante para legitimá-lo.

1. FRANCISCO CAMPOS: O JURISTA

Francisco Campos (1891-1968) teve atuação marcada como jurista e político. Normalmente é apontado como um dos ideólogos de dois regimes ditatoriais – o Estado novo varguista e a ditadura militar. Entretanto, ainda restam sem o devido esclarecimento suas influências intelectuais e a sua atuação na consolidação do regime militar.

Em 1917 Campos conquistou em concurso a cadeira de direito público constitucional, sendo admitido como professor substituto em abril de 1918, na então Faculdade de Direito livre de Belo Horizonte, atual Universidade Federal de Minas Gerais. Atuou como deputado estadual (1917-1921), deputado federal (1921-1926), Secretário do Interior em Minas Gerais (1926-1930), Ministro da Educação,

¹ Embora grande quantidade de autores escreva acerca da influência de Schmitt no pensamento de Campos, esta é somente uma hipótese, ainda que bastante plausível. Isto porque Campos não menciona diretamente Schmitt e, tampouco, consta se Campos falava alemão ou não. Assim, apesar da menção de outros autores, a hipótese de que campos era um leitor de Schmitt ocorre pela utilização de argumentos semelhantes na crítica ao constitucionalismo e democracia liberais.

Consultor-Geral da República (1933-1935) e Secretário de Educação no governo de Distrito Federal. Por causa da intervenção federal (1936-1937), em 1937 ascende ao Ministério da Justiça, onde fica até 1942, e elabora reformas dos Códigos Penal, de Processo Penal e Processo Civil. Em 1942 é nomeado à Comissão Jurídica Interamericana, na qual fica entre 1942 e 1955, e em 1964 escreve o preâmbulo do Ato Institucional (posteriormente nomeado como número 01). Além da atuação política, Campos também foi professor, parecerista e autor de vários livros, dentre eles o “Curso de Direito Constitucional”, obra de referência no período.

Francisco Campos teve grande importância intelectual na construção do Estado Novo, tendo inclusive sido o redator da Constituição de 1937. Mais do que um legitimador do regime autoritário, Francisco Campos foi um grande crítico do regime liberal, por considerá-lo excessivamente individualista e insuficiente para resolver os problemas nacionais. Assim, além de analisar Campos como um “autoritário ideológico”, ele será tratado como um “jurisconsulto adaptável”, para utilizar o termo de Seelander e Castro (2010, p. 255). Isto porque além de sua defesa apaixonada aos dois regimes autoritários, Campos teve uma atuação “plástica”¹ no sentido de adaptar suas concepções políticas ao momento histórico. Cabe, assim, compreender a influência de tais concepções no regime ditatorial.

Essa aproximação às bases teóricas totalitárias converge com o caminho que Carl Schmitt havia percorrido em sua produção intelectual. Nos textos “Teologia Política” e “A situação intelectual do sistema parlamentar atual”, por exemplo, Schmitt

concentrou as suas críticas ao liberalismo político enquanto instituição falida, sob o interessante argumento de que persiste uma tensão e não uma harmonia entre liberalismo e democracia². O liberalismo, para Schmitt, era a institucionalização de um falso discurso de neutralidade e tolerância políticas. Em 1934, ao mesmo tempo em que acabava de se afiliar ao regime nazista, republicou o texto “Teologia Política” confirmando que, ainda que passados 12 anos da publicação desta obra, “a discussão do normativismo liberal e sua espécie (falsa) de ‘Estado de Direito’ manteve-se literalmente a mesma” (SCHMITT, 1996, p. 82).

Portanto, a teorização de Campos no período – e sua influência schmittiana – devem ser entendidas em um contexto de instabilidade que perpassava não somente a realidade nacional, como também a estrangeira por meio de um diagnóstico genérico de crise do estado liberal³.

² Por mais que o senso comum ocidental insista em alocar ambos os significados como siameses em harmonia: “[...] Mas o tipo de universalidade do direito de voto preconizado pelo “uso da linguagem internacional” significa outra coisa: toda pessoa adulta, só como pessoa, deve *eo ipso* ter o mesmo direito político que qualquer outra. Esse é um pensamento liberal, e não democrático; ele coloca uma democracia de humanidade no lugar de uma democracia até agora fundamentada na ideia da igualdade e da homogeneidade substanciais. Hoje em dia, essa democracia de humanidade não predomina, de modo algum, no nosso mundo”. (SCHMITT, 1996, p. 12).

³ “A primeira metade do século XX assistiu a um movimento mundial de contestação às formas liberais de Estado. Estas haviam causado descontentamentos um pouco por toda parte, levando à ascensão de concepções alternativas de Estado que, tendo em vista seus objetivos e forma de atuação, podem ser agrupadas sob a rubrica de ‘intervencionistas’. Com efeito, o período entre-guerra (1918-1939) viu a ascensão do comunismo russo (1917), do fascismo italiano (1922), do hiroitismo japonês (1926), do salazarismo português (1930), do nazismo alemão (1934), do franquismo espanhol (1936) etc. Todos esses modelos de Estado, a despeito das significativas diferenças que têm entre si, tinham no Estado liberal um inimigo

¹ Para Seelander e Castro (2010:260) “O percurso de Campos, na verdade, indica mais adaptabilidade do que apego a ortodoxias ideológicas. Seria um erro, pois, classificá-lo simplesmente como ‘fascista’ - ou mesmo como ‘integralista’”. Esta adaptação ajuda a compreender o que seria, a início, uma contradição: a existência de manifestações elitistas e autoritária de Campos, e também manifestações democráticas (elaboradas no período entre o Estado novo e o golpe militar).

1.1. Função do Estado para Francisco Campos

Campos é um dos grandes críticos nacionais do liberalismo, tanto político quanto econômico. Para Campos, as medidas tomadas no Estado Novo foram decorrentes de imperativo de segurança nacional:

(...) quando as exigências do momento histórico e as solicitações do interesse coletivo reclamam imperiosamente a adoção de medidas que afetam os pressupostos e convenções do regime, incumbe ao homem de Estado o dever de tomar uma decisão excepcional, de profundos efeitos na vida do país, acima das deliberações ordinárias da atividade governamental, assumindo as responsabilidades inerentes à alta função que lhe foi delegada pela confiança pública. (CAMPOS, 1937, p. 03).

Note-se que em Schmitt a primeira frase contida no texto Teologia Política é a que mais lhe rendeu projeção: “Soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção”. Novamente, Campos é espelhado na ideia de exceção do autor alemão, pois, para Schmitt, a exceção representa a Soberania, e, portanto, o próprio direito protegido, e não a sua negação, explicitada no trecho acima citado. Há, portanto, não somente uma autorização, mas uma imposição de que o soberano decida nos

momentos de crise, pois a política se esfacelaria se assim não fosse¹. Daqui, despontou ainda a clássica celeuma com Kelsen sobre o guardião da Constituição, “Der Hüter der Verfassung”, pois para este último o controle de constitucionalidade era admissível apenas por um tribunal constitucional e não pelo chefe do Executivo. Já em Schmitt, o controle deve ser realizado por este último. A exceção não representava um estado emergencial, de sítio ou uma ordem jurídica suspensa, mas a possibilidade discricionária do soberano de decidir, como um juízo de conveniência, sobre a manutenção deste *status* em prol de toda uma comunidade política. É o soberano que define o que é normal e o que é excepcional:

A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse Estado normal é realmente predominante. Todo direito é um direito “situacional”. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio desta última decisão. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se

repercussões e profundos efeitos na vida do País, acima das deliberações ordinárias da atividade¹ Significativo como documento político - e também teórico – desta concepção é o discurso de Getúlio Vargas de 10 de novembro de 1937. O discurso foi elaborado por Campos e começa defendendo as obrigações do homem de Estado: “O homem de Estado, quando as circunstâncias impõem uma decisão excepcional, de amplas governamental, não pode fugir ao dever de tomá-la, assumindo, perante a sua consciência e a consciência dos seus concidadãos, as responsabilidades inerentes à alta função que lhe foi delegada pela confiança Nacional.(...)”. Disponível em <<http://www.exposicoesvirtuais.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?sid=152>>. Acesso em 16 nov. 2012.

comum; e nessa guerra entre modelos de Estado, o liberalismo viu-se cada vez mais enfraquecido. (...)”. (LOPES, QUEIROZ, ACCA, 2006, p. 599-600).

corretamente não como um monopólio da força ou do domínio, mas, juridicamente, como um monopólio da decisão. (SCHMITT, 1996, p. 93).

Desse modo, Schmitt entende que uma situação “ajurídica” em qualquer comunidade política é uma utopia. Para ele, ainda que se tente fundamentar a fraqueza de uma ordem jurídica em regimes de exceção (em função de seu viés atormentador a direitos fundamentais), tal exceção não suspende o direito em nenhuma hipótese, mas sim o revigora. Não existe, portanto, um espaço de “ausência jurídica”. Conforme tratamos aqui, é essa predileção de Schmitt que orientou o justificacionismo do regime militar brasileiro a partir da teorização de Campos:

No caso da exceção o Estado suspende o direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação. Os dois elementos do conceito “ordem jurídica” chocam-se entre si e provam sua independência conceitual. Como no caso normal, em que o momento independente da decisão pode ser reduzido a um mínimo, no caso da exceção a norma é eliminada. Mesmo assim, o caso de exceção continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, norma e decisão, permanecem no âmbito jurídico. (SCHMITT, 1996, p. 92, grifos nossos).

Este “justificacionismo” também rondava a produção de Campos. Para ele, a grande questão que desencadeou a Revolução de 30 (que se teria operado somente

em 1937) foi a inadequação entre os textos básicos à vida brasileira – tese esta que foi defendida por muitos dos autores autoritários brasileiros como Oliveira Viana e Alberto Torres, por exemplo. Uma das consequências desta inadequação seria a existência de uma democracia de massas, na qual havia a ausência de substância política e de expressão ideológica, situação que se refletia nos partidos, considerados de massa. Para Campos: “[...] democracias de partidos, que nada mais são virtualmente do que a guerra civil organizada e codificada. Não pode existir disciplina e trabalho construtivo num sistema que, na escala dos valores políticos, subordina os superiores aos inferiores e o interesse do Estado às competições de grupos” (1937, p. 16).

Outra consequência da situação descrita por Campos seria a insuficiência da atuação do Parlamento, pois:

O Poder Legislativo constituía uma das grandes peças desse formidável aparelhamento. [...] Criada para legislar, a sua função consistiu em congelar as iniciativas de legislação. [...] De resto, a incapacidade do Poder Legislativo para legislar é hoje um dado definitivamente adquirido não só pela ciência política como pela experiência das instituições representativas em quase todos os países do mundo, inclusive nos de tradição parlamentar. Ora, a legislação é uma das funções essenciais do governo. Se o órgão incumbido de legislar se demitira da sua função, cumpria substituí-lo urgentemente por outro processo capaz e adequado de legislação. (CAMPOS, 1937, p. 15).

A argumentação contra a atuação do Parlamento (que seria incapaz de responder aos conflitos existentes) também pode ser encontrada em Schmitt na obra “O Conceito do Político” (Der Begriff des Politischen) e também foi bastante repetida no período ditatorial. Schmitt quis consolidar que todos os “princípios” do sistema parlamentar são contraditórios. Desse modo, a pressuposição de existência de um Parlamento representativo, o discurso do constitucionalismo liberal e a possibilidade de regular o executivo são para Schmitt todas falsas impressões de democracia. Vontade popular, enfim, jamais advém do legislativo:

Pelo menos ainda deve existir a crença de que a legislação verdadeira e justa origine-se de artigos de jornal, discursos em reunião e debates parlamentares. Mas essa é a crença no próprio Parlamento. Se, na realidade efetiva do Parlamento, a publicidade e a discussão passaram a ser só uma formalidade vazia e inócua, então o Parlamento, do modo como se desenvolveu no século XIX, também perdeu, desde então, o seu fundamento e sentido. (SCHMITT, 1996, p. 48).

No início do regime militar brasileiro outro grande ideólogo da ditadura, Carlos Medeiros Silva, afirmou que, dentre as inovações produzidas pelo Ato, as que despertam mais interesse no plano doutrinário são as relativas à elaboração legislativa (SILVA, 1964, p. 09). Isto porque o Ato Institucional ampliou enormemente os poderes do Executivo, especialmente no tocante à legislação ao possibilitar a delegação legislativa, que no regime da Constituição de 1946 era vedada. Para Silva:

[...] É que “a função do governo se confunde cada vez mais com a legislação” dizia eu, o que levou R. Capitant a afirmar: “Governar não é mais agir dentro do quadro das leis existentes; governar é dirigir a própria legislação; governar, em uma palavra, é legislar”. Em verdade, o

dogma da separação de poderes, atribuído a Montesquieu, tem hoje valor meramente histórico, tantas são as mutilações que vem sofrendo desde a sua enunciação. (SILVA, 1964, p. 09).

Ainda no mesmo texto, Silva cita o constitucionalista Mirkin-Guetzevitch para sustentar que os plenos poderes e os decretos-leis eram utilizados pelo rei contra o povo, mas que com o regime republicano não há mais razão para a luta entre executivo e legislativo, pois ambos foram eleitos diretamente.

O que se percebe é que ainda que Campos tenha alterado sua teoria entre o Estado Novo e o regime ditatorial militar, muitas das críticas elaboradas ao regime anterior à Revolução de 30 foram convenientemente também feitas após o golpe de 1964: o questionamento do sentido de democracia, na medida em que limitar esta à participação popular é colocá-la em riscos; o papel do Estado, especialmente pela necessidade de um Estado forte; e a organização das diferentes funções de Estado, de maneira a fortalecer o Executivo.

Ainda, no período inicial da ditadura militar ocorreram várias publicações em revistas jurídicas de doutrinas acerca da delegação de funções, especialmente a delegação da legislação, como marca de concepções “atuais” do direito e da ciência política à época. Nestas elaborações pode-se verificar uma influência direta dos escritos de Campos feitos no contexto do Estado Novo.

Campos defende em 1937 que o sufrágio universal é um mito, pois para ele a maior parte dos eleitores não se preocupa devidamente com a coisa pública. E que o caráter cada vez mais técnico dos problemas nacionais (especialmente as questões econômicas) não podem ser devidamente compreendidos pelas massas, mas devem ser

resolvidos de maneira igualmente técnica. Por esta técnica, enfim, entendia-se legitimado o Executivo.

Campos escreveu que a constituição de 1937 era profundamente democrática, afirmação que impõe que delineemos o seu conceito de democracia, ainda que tal empreitada seja dificultada pelo seu reconhecimento de que a expressão democrática “não tem um conteúdo definido ou não conta com valores eternos” (CAMPOS, 1937, p. 31). Segundo ele, os novos direitos existentes na história demandariam um Estado forte que deveria exercer controle efetivo sobre todas as atividades sociais: economia, política e educação. Ou seja, para Campos cabe ao Estado propiciar o exercício efetivo de direitos (que comumente denominam-se direitos sociais), mesmo que seja necessário limitar valores invioláveis como a liberdade. Até porque a liberdade não se realizou como uma satisfação popular, pois até então teria somente “fortalecido os fortes e enfraquecido os fracos”, ou seja, nunca se destinou a desenvolver o direito ao trabalho, educação e segurança. Logo, em Campos, uma verdadeira democracia demandaria um Estado forte.

A partir dessas diversas teorizações conclui-se que Campos construiu os fundamentos para um constitucionalismo antiliberal no tumultuado palco político brasileiro. Segundo Rogério Dutra dos Santos, essa fórmula era a receita para todo modelo de Estado centralizador, e, de certo modo, o propagador dessa teorização era Schmitt:

A partir de Schmitt, a vaga conceituação de Estado autoritário é substituída por uma fórmula mais precisa. Ele desenvolveu uma doutrina cujo alvo foi a fraqueza constitucional do Estado democrático-liberal para o qual a constituição de Weimar era o modelo clássico. Schmitt

realizou um ataque analítico a cada instituição política de perfil liberal, sendo o seu modelo constitucional – que derivava das críticas a Weimar – recepcionado na Alemanha como saída para a crise da democracia contemporânea, então ameaçada pelo comunismo soviético. Ele preconizava a representação como relação de identidade entre um determinado povo e seu líder, independentemente de intermediação institucional. O processo de governo pela opinião pública não acontecia através da discussão parlamentar [...] a lei tornava-se um ato de vontade do líder, que procedia à regulação, por via administrativa, da vida ordinária. (SANTOS, 2007, p. 283).

De fato, sua preocupação em rebater os fundamentos liberais e o falso republicanismo democrático é tão intensa que Schmitt inicia suas críticas aos autores preambulares da ciência política. Em seu texto “Teologia Política”, Schmitt dirige desde o francês Jean Bodin críticas ao conceito de Soberania deste, dada a partir da famosa conceituação do autor francês: “La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d’une république”. Para Schmitt, no século XVI já não era novidade o fato de Bodin prender, a partir do direito natural, os compromissos do soberano com as instituições e os súditos, nem tampouco revolucionário determinar a vontade do povo como guia do soberano. Mas para o autor alemão, desde Bodin apenas se aproveita “o fator mais marcante de sua definição, que considera a soberania uma unidade indivisível e decide definitivamente a questão do poder do Estado. Seu trabalho científico e o fator de seu sucesso são, portanto, o resultado dessa inclusão da decisão

no conceito de soberania” (SCHMITT, 1996, p. 89, grifos nossos). Ou seja, desde Bodin apenas se contribuiu com a inclusão disfarçada do que Schmitt denominou “decisionismo” no jogo político, crítica esta que se repete para o contratualismo que sucedeu.

Portanto, esta continuidade da decisão no conceito de soberania – portanto o único argumento relevante das teorias políticas clássicas – atrelada às críticas ao parlamento e ao liberalismo político, é a receita com a qual Schmitt se encaminhou a extremos em seu raciocínio de centralização de poder, ao ponto de que a própria complexidade do conceito de “inimigo”¹ para ele não afasta a possibilidade de existência do “inimigo interno”, e portanto não impede (aliás, legítima) a necessidade do combate a dissidentes políticos, mesmo que na condição de cidadãos. Basta, portanto, que “estejam ao lado do inimigo”. Como em Campos, a liberdade e a vida para Schmitt são mandamentos relativizados em detrimento de um Estado onipotente, absoluto, que atua em prol da manutenção da esfera política em detrimento da individual:

O Estado, como unidade política decisiva, concentrou um enorme poder (Befugnis); a possibilidade de fazer guerra e de com isso dispor abertamente sobre a vida dos homens. Pois o jus belli inclui tal disposição; ele significa

¹ Na complexidade da relação amigo-inimigo em Schmitt, o que ele visualiza é um nível de construção do sujeito “inimigo”, e que talvez preexistia à própria existência dos homens inimigos entre si, que transcende sua individualidade, mas ao mesmo tempo é um sentimento interno e determinante de inimizade. É uma essência, que, por si só, desperta a adversidade política de posições, e na qual, de fato, só o conflito entre eles pode sanar a celeuma, eliminando ou neutralizando de alguma forma um ao outro.

a possibilidade dupla: de exigir dos que pertencem ao próprio povo prontidão para morrer e matar, e de matar homens que estejam ao lado do inimigo. A função bem desempenhada de um Estado normal consiste sobretudo em produzir no interior do Estado e de seu território uma satisfação completa, estabelecer ‘tranquilidade, segurança e ordem’, e assim criar a situação normal que é pressuposição para que as normas jurídicas possam valer. (SCHMITT, 1992, p. 72).

Esse aspecto do raciocínio de Schmitt é tal crucial que a identificação entre liberdade e soberania não é só pretexto para limitar garantias fundamentais, mas também a necessidade intelectual de convencimento que a opressão Estatal encontra para institucionalizar a violência negando a liberdade e as garantias humanas. Arendt denotou isso como o grande pivô do Estado de exceção:

Politically, this identification of freedom with sovereignty is perhaps the most pernicious and dangerous consequence of the philosophical equation of freedom and free will. For it leads either to a denial of human freedom - namely, if it is realized that whatever men may be, they are never sovereign - or to the insight that the freedom of one man, or a group, or a body politic can be purchased only at the price of the freedom, i.e., the sovereignty, of all others. [...] The famous sovereignty of political bodies has always been as illusion, which, moreover, can be

maintained only by the instruments of violence, that is, with essentially nonpolitical means. [...] where men wish to be sovereign, as individuals or as organized groups, they must submit to the oppression of the will, be this individual will with which I force myself, or the "general will" of an organized group. If men wish to be free, it is precisely sovereignty they must renounce (ARENDT, 1964, p. 164-165, grifos nossos).

Democracia e soberania estatal, enfim, foram redesenhadas por Schmitt no seu trabalho intelectual, principalmente na exaustiva conceituação de sua “pureza” do conceito do político como eterno conflito. A continuidade desse raciocínio em Francisco Campos é explicitamente evidente, tomada fundamentalmente pela quebra de noção de representatividade parlamentar clássica e de concentração de funções ao Executivo. Tal qual Schmitt, estas teorizações serviram para acomodar Campos, além de jurista renomado, na condição de um homem de Estado.

1 Francisco Campos: o político.

Por um lado, se Francisco Campos representou um homem de Estado, evidentemente atrelado ao Estado Novo e posteriormente ao regime militar brasileiro, Carl Schmitt não foi menos ambicioso na sua vida pública, nem tampouco deixou passar em branco as oportunidades que lhe surgiram em postos públicos, principalmente durante a febre de extrema direita que surgiu em palco europeu na primeira metade do século XX. Tal qual Francisco Campos, Schmitt flertou com um regime autoritário, mais especificamente com a participação no poder político alemão desde a década de 20, bem como foi reiteradamente convidado pelo marechal do

Reich, H. Göring e pelo jurista nazista Hans Frank a integrar postos jurídicos relevantes no fim dos anos 30.

É forçoso reconhecer que, tal como em Campos, parte de seu esforço intelectual vestiram como luvas as mãos firmes com que o partido ascendia ao poder, principalmente na elevação do *Fuhrer* em 1934, época clímax em que as produções Schmittianas se voltavam para criticar o sistema parlamentar e em defender o controle de constitucionalidade pelo soberano, definindo este último como o capaz de decidir sobre o Estado de exceção. Tais opiniões são escarnecidas em “O defensor da Constituição” (*Der Hüter der Verfassung*), publicado em 1931, “O tribunal do Reich como guardião da Constituição” (*Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*), de 1929 e a “Teologia Política” (*Politische Theologie*), republicada em 1933.

Ao seu turno, Campos teve papel determinante na legitimação do golpe militar tanto como “homem de ação” quanto como “jurista teórico”. Exemplo da primeira postura pode ser encontrado na elaboração do preâmbulo do Ato Institucional 01, no qual se justifica a “revolução” pela teoria do poder constituinte de Sieyes. Exemplo da segunda observa-se por meio das citações de Campos realizadas em jurisprudências, especialmente em decisões do Supremo Tribunal Federal (STF).

Francisco Campos, Antônio Neder¹ e Carlos Medeiros² foram os juristas que escreveram o preâmbulo do Ato Institucional 01, de 09 de abril de 1964 (portanto

¹ Neder era adversário de Vargas e foi nomeado por Castello Branco para o Tribunal Federal de Recursos (TFR), e foi nomeado por Médici para o STF em 1971.

² Medeiros já havia ocupado cargos importantes no Estado Novo e no governo Kubitschek. Desempenhou as funções de Chefe de Gabinete do Secretário de Educação da Prefeitura do antigo Distrito Federal (1936-1937). Foi Promotor Público no antigo Distrito Federal (1939); Consultor Jurídico da Comissão de Defesa Econômica (1942-1943); Consultor Jurídico do DASP (1944) e Chefe de Gabinete do Ministro da Justiça (1946), nas gestões dos Ministros

nove dias após o golpe militar, o que demonstra a importância de uma resposta jurídica – legitimadora – ao fato). Os juristas utilizaram uma argumentação rebuscada para justificar a formação do regime ditatorial. A análise do Ato Institucional de 09 de abril de 1964, posteriormente numerado como Ato Institucional n. 01, é de singular clareza quanto à tentativa de construção de uma ordem (jurídica), ainda que neste momento fosse alegado como objetivo a criação de uma ordem revolucionária. Segundo Cristiano Paixão:

Encontramos, então, uma situação aparentemente paradoxal. Um regime de força que edita atos de exceção não necessita, a princípio, justificar suas razões. No caso brasileiro, isso é evidente, considerando que a maioria dos atos institucionais continha cláusula de imunidade ao controle judicial. Mesmo assim, a legalidade autoritária brasileira precisava de uma justificativa. E ela não se encerra com o preâmbulo do AI-1, acima invocado. (PAIXÃO, s/d).

O Ato Institucional número 01 utiliza a teoria do poder constituinte de Sieyès para justificar que um novo direito seja criado, mas ao mesmo tempo faz uma concessão ao direito anterior. É um movimento dúplice. O Ato Institucional foi utilizado como forma de legitimação do que foi nomeado como “revolução”, mas ao

Francisco Campos, Sampaio Dória e Carlos Luz. Exerceu o cargo de Consultor-Geral da República (1951-1954) e o de Procurador-Geral da República (1957-1960). Foi nomeado para o Supremo Tribunal Federal em 1965 (o Ato Institucional 2 de 1965 ampliou no número de ministros de 11 para 16, como forma de obter o controle deste Tribunal). Medeiros ficou um ano no cargo e aposentou-se a pedido, em seguida foi nomeado Ministro da Justiça do governo Castello Branco.

mesmo tempo em que ignora toda a ordem jurídica anterior em nome da “revolução vitoriosa”, também estabelece uma autocontenção conservadora. Este paradoxo poderia ser traduzido em termos schmittianos como uma confusão entre argumentos que defendem ditadura comissária e ditadura soberana (transitória e definitiva).

Os principais jornais do Brasil trouxeram informações distintas acerca do Ato Institucional. Em três deles consultados – Folha de São Paulo, Jornal do Brasil e Estado de São Paulo – frisa-se a existência de um impulso legalista e a auto-limitação da revolução. Tanto que a outorga por parte do Comando Supremo da Revolução teria sido uma orientação de Francisco Campos. Segundo o jornal Folha de São Paulo de 09 de abril de 1964 (p. 40), “inicialmente estava assentado que o documento seria de responsabilidade do poder militar”, mas surgiram dúvidas sobre a conveniência de sua promulgação pela discordância entre a Junta Militar, o presidente Mazzilli e o presidente do Congresso acerca da fórmula. Consta ainda que os líderes partidários, assessorados pelo ministro da Justiça, elaboraram nova minuta do ato que seria decretado pelo Congresso, com apoio das forças militares.

Entretanto, esta solução foi considerada inadequada por Francisco Campos, pois “todo Ato Institucional que saísse sob responsabilidade do Congresso, ainda que expressamente apoiado pelas forças militares, seria sempre uma ato discutível perante a Justiça. ‘Só a força – opinou ainda o sr. Campos – tem autoridade para dizer ao Congresso, à Justiça, que quer fazer tais e quais coisas, e não haverá nunca remédio contra essa sua decisão’”. A matéria jornalística ainda destaca que, segundo o marechal Juarez Távora, “é provável que haja muitas exceções drásticas para que aqueles que fizeram a revolução se sintam à vontade, tenham os instrumentos necessários para realizar aquilo que eles chamam de expurgo necessário. [...] mas, de qualquer maneira, gostaria de dizer à casa que senti um alívio quando me certifiquei de que não vamos assumir a responsabilidade daquilo que só a força pode fazer, e a força,

neste caso, não somos nós, senão dentro da lei. A força está lá, dentro ou fora da lei”’. Portanto, ocorria uma negação teórica de Campos a qualquer influência do legislativo na redação do AI-1, e ao mesmo tempo a própria escusa (retraída) de parlamentares em fazê-la.

Para Valério, Campos buscou claramente inspiração no decisionismo de Carl Schmitt para elaborar o preâmbulo do AI:

Schmitt se tornou o paradigma jurídico-constitucional das ditaduras ocidentais do século XX, inclusive do Estado Novo e do regime militar de 1964. Ao redigir a Constituição de 1937 e o preâmbulo do Ato Institucional nº 1, Francisco Campos desenvolveu um modelo teórico-jurídico de constitucionalismo antiliberal semelhante à Schmitt (VALÉRIO, 2010, p. 64).

Assim, ao apelar pela legitimação a partir da decisão, ou mais especificamente, a partir da teoria do estado de exceção (na qual o soberano deve decidir sobre a normalidade e exceção para manter o ordenamento) Campos teria se vinculado expressamente ao decisionismo schmittiano. Ainda que Schmitt possa ser uma influência direta no preâmbulo do AI 1, como defende Valério, não se pode olvidar a relação contraditória inaugurada neste AI na medida em que ao mesmo tempo em que legitima os atos a partir da Revolução, por outro lado é expressa a tentativa de limitar os poderes da própria revolução por meio da institucionalização.

Esta esquizofrenia normativa a partir da relação entre limitação e ilimitação, de certa maneira é repetida em todo o tempo de existência do regime ditatorial, e pode

ser acompanhada nas características dos Atos Institucionais existentes, conforme acima descrito no caso do AI-1.

1.2. Capital simbólico

Como estabelecido acima, Campos teve em suas várias funções – docente, político, jurista – o reconhecimento de sua importância na construção de argumentos jurídicos utilizados na legitimação de regimes políticos – antiliberais. Esta influência de Campos existe para além de sua atuação “direta”, e pode ser atestada pela utilização por parte do Supremo Tribunal Federal de citações de Campos, especialmente de seu livro “Direito Constitucional”.

A maneira como sua teoria foi tratada no voto do Ministro Prado Kelly¹² em uma decisão de Mandado de Segurança 15.886³ no STF é exemplificativa do prestígio

¹ José Eduardo do Prado Kelly: constituinte. 1934; deputado federal RJ 1935-1937; constituinte 1946; deputado federal RJ 1946-1951 e 1955; ministro da Justiça 1955; deputado federal RJ 1955-1959; ministro STF 1965-1968, membro da Comissão Jurídica Interamericana 1973-1978. Fonte: CPDOC, acesso em 04. Nov. 2012. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Pode-se acrescentar que era udenista.

² É bastante significativo que o Min. Prado Kelly – Min. Indicado para o STF por intermédio do AI 2 em 1965 - tenha utilizado como argumento a teoria de Campos, notório por negar relevância ao judiciário para decidir questões consideradas políticas. Assim, podemos inferir que a citação de Campos em decisões constitucionais envolvendo temas politicamente sensíveis nada tem de neutro, mas parte das conhecidas concepções políticas do autor.

³ O Mandado de Segurança citado (15.886/DF) tinha por objeto analisar a possibilidade de negar cumprimento a lei considerada inconstitucional. Este é um caso politicamente relevante porque diz respeito ao delineamento dos poderes presidenciais. No caso em apreço três servidores públicos de autarquias vinculadas ao então Ministério de Viação e Obras Públicas impetraram mandado de segurança, objetivando fazer cumprir a Lei federal 4.449/64, que tratou sobre questões funcionais aplicáveis aos servidores das

que sua doutrina tinha no período: “Li, com a atenção que me merece, o parecer de um dos maiores juristas que o Brasil tem tido, o Professor Francisco Campos: mas li também outros conceitos seus, ainda agora repeti, dos em obra do Professor Temistocles Brandão Cavalcanti (Do controle da constitucionalidade) (...)”. (BRASIL, 1968, p. 205).

Ainda no mesmo caso (MS 15.886) Francisco Campos é citado através de um parecer publicado na Revista de Direito Administrativo (32/305). Esta citação é feita pelo Relator do caso, o Min. Victor Nunes – que como se sabe, é aposentado compulsoriamente em 1968 e tido como uma das tímidas frentes teóricas de resistência ao regime militar– utilizada de forma interessante para respaldar a sua própria posição sobre a inconstitucionalidade no caso sem questionar a questão da inconstitucionalidade - ou seja, de maneira contrária à citação de Prado Kelly - (BRASIL, 1968, p. 188).

No mesmo Mandado de Segurança Francisco Campos é novamente mencionado. Trata-se do voto de Carlos Medeiros (BRASIL, 1968, p. 196). Medeiros utiliza uma citação do livro “Direito Constitucional” de 1956, em que Campos escreve: “os Tribunais só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis [...] em casos concretos; cada Poder, assim, tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência [...]”. Esta citação é no mínimo interessante, especialmente se notarmos que o MS teve como objeto a interpretação da EC 16/1965, a qual estabeleceu o

autarquias em questão. A lei entrara em vigor após a derrubada, pelo Legislativo, de vetos presidenciais a alguns de seus dispositivos. Entretanto, Presidente da República negava-se a aplicá-la, com base em parecer do então Consultor-Geral da República, Adroaldo Mesquita da Costa, no sentido de existir prerrogativa presidencial para negar execução a leis inconstitucionais. Já o argumento central dos impetrantes consistia em afirmar que, com a derrubada do veto, os tais dispositivos legais tornavam-se válidos, impondo-se ao Executivo (ALMEIDA, 2006, p. 50).

controle concentrado e abstrato de constitucionalidade das leis, de modo bastante exaustivo. Ou seja, a citação por parte de um ministro do STF de um livro de 1956 recusando, ou no mínimo relativizando a declaração abstrata de constitucionalidade (enquanto uma emenda constitucional assim autorizava expressamente), só pode ser entendida no sentido de aplicação de uma retórica baseada na autoridade de Campos, e não de uma detida análise constitucional da própria disposição normativa do regime militar à época.

Em outro caso (MS 127.601) novamente temos a questão do controle de constitucionalidade, mas o caso é de 1963, ou seja, antes da EC 16/65 que cria o controle abstrato de constitucionalidade. O caso é decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. O ponto a ser analisado é, também, a possibilidade do Executivo sustar a execução de lei considerada inconstitucional¹. Como argumento favorável a esta prerrogativa temos uma citação do livro de Direito Constitucional de Francisco Campos. Escreve o relator Sr. Des. Evaristo dos Santos:

¹ Debalde esta antiga problemática sobre a invasão de competências entre Poderes, principalmente no que concerne ao controle de constitucionalidade e à legitimidade de o Executivo em realizá-la, é bastante incompreensível, em plena vigência da constituição de 1988 e para o arripio do jogo democrático, a Proposta de Emenda à Constituição nº 03 de 2011, atualmente em trâmite na mesa da Câmara dos Deputados, propondo a alteração do Art. 49, V da constituição, modificando o termo “Executivo” por “outros poderes”, permitindo assim ao “legislativo sustar atos do Judiciário”, sob o argumento de “necessária e relevante urgência de harmonização dos poderes”. Esse inconformismo refletido nesta PEC, partido de bancadas do Congresso insatisfeitas com o controle de constitucionalidade recentemente realizado pelo STF, não só é desatento a uma vetusta crítica feita ao controle de constitucionalidade restrito pelo parlamento, e que aqui delineamos, mas ainda é míope à toda a teoria de controle de constitucionalidade que a sucede, a qual não autoriza ao Executivo nem a nenhum poder a extrema discricionariedade de conveniência acerca de controle de constitucionalidade ou acerca dos atos dos demais poderes. Uma evidente falta de memória constitucional.

Francisco Campos (Direito Constitucional 1/442-443 ed. 1956) mostra que os tribunais só opinam sobre a inconstitucionalidade das leis por ocasião de aplicá-las aos casos concretos; cada Poder, assim, tem a contar consigo mesmo para dirimir as questões relativas à sua competência; recusar, por conseguinte, ao Poder Executivo ou Legislativo a faculdade de interpretar a Constituição e em virtude de sua interpretação tomar decisões, seria instalar nos dois grandes motores da vida política do País ou do Estado, o princípio da inércia e da irresponsabilidade, paralisando o seu funcionamento por um sistema de frenação e obstrução permanentes (apud acórdão do egrégio Supremo Tribunal Federal, Revista de Direito Administrativo, vol.59/351) (SÃO PAULO, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1966, p. 136).

A decisão deste Mandado de Segurança e, especialmente, a citação de Francisco Campos tem uma característica interessante: não se utiliza o livro no original, mas por citação indireta de uma decisão do STF. Isto sugere que os Tribunais estaduais foram bastante permeados ao pensamento de Campos por sua menção via STF, em um efeito cascata. Ou seja, o fato de Campos ter sido bastante utilizado como argumento em várias decisões da Corte Constitucional pode ter tido influências mais amplas do que a limitação aos casos específicos que rondaram aquele tribunal.

Outra questão relevante aqui é perceber como Campos defende a limitação do Judiciário em prol da atuação do Executivo. Como vimos acima, este mesmo

posicionamento pode ser encontrado em Schmitt, especialmente no debate sobre o Guardião da Constituição.

Outra importante utilização das teorias de Campos ocorreu no parecer da Comissão Mista ao projeto da Constituição de 1967¹ no item referente à delegação legislativa, pois para Campos: “a legislação perdeu seu caráter exclusivamente político de quando se cingia apenas às questões gerais ou de princípios para assumir um caráter eminentemente técnico” (BRASIL, 1967, p. 363). Aqui, foram retomadas várias das teorias de Campos, especialmente quanto à necessidade de conceder ao Executivo poderes para legislar, e, com isso, tirar do Parlamento esta atuação exclusiva.

Um dos primeiros itens a ser analisados neste parecer é a justificativa para fazer uma nova constituição, pois “a constituição de 1946, além de haver recebido numerosas emendas, não atende mais às exigências nacionais” (BRASIL, 1967, p. 339). Esta argumentação é bastante difundida no pensamento de Campos:

Agravara-se com o tempo e com o retorno ao que, por eufemismo, se chamara normalidade, o contraste entre as realidades e as fórmulas jurídicas do Estado, a inadaptação dos textos básicos à verdade da vida brasileira, a divergência irreduzível entre os preceitos teóricos e a situação objetiva a que tinham de ser aplicados. Os erros e os vícios de origem da velha ordem estabelecida tornaram-se tão evidentes que o seu conhecimento não se limitou às elites, mas se estendeu às

¹ Acerca das circunstâncias da “promulgação” da Constituição de 1967, limitando-nos a considerar que houve um projeto formal que, a despeito das afirmações em contrário, é incompatível com um processo constituinte.

multidões, formando-se um só juízo quanto à necessidade de transformar-se o sistema institucional para não sacrificar irremediavelmente o que construímos e levantamos de brasileiro em quatro séculos de Brasil. (CAMPOS, 1937, p. 6-7).

Em verdade uma suposta inadequação da realidade nacional aos imperativos do constitucionalismo liberal é sempre invocada no pensamento de autores considerados autoritários como argumento de que no Brasil a democracia deveria ser tutelada. Assim, a inadequação entre a realidade e o texto jurídico, especialmente o constitucional, seria motivo suficiente para modificar este último – às vezes até com pouca ou nenhuma consideração com os procedimentos formais de mudanças constitucionais.

O parecer da Comissão menciona textualmente os Atos Institucionais número 1 e número 2 (que por sua vez utiliza-se da fundamentação do AI 1 para estabelecer que “não se disse que a Revolução foi, mas que é e continuará”). Se considerarmos que a própria “constituinte” foi chamada pelo AI 4 e percebermos que houve grandes repercussões na engenharia constitucional da ditadura¹, a estratégia de Campos era utilizar o Ato Institucional como uma lei constitucional com características híbridas de constitucionalidade excepcional (mas que se integra à ordem normal).

¹ O termo engenharia constitucional é utilizada por Leonardo Augusto de Andrade Barbosa para ressaltar a construção da ordem jurídica feita pela ditadura militar iniciada em 1964. Assim, frise-se que a despeito dos autoritarismos não é possível olvidar o esforço técnico de construção de uma legalidade autoritária.

Neste sentido, é análoga a clássica insistência schmittiana na dicotomia entre lei constitucional e constituição. Para Schmitt, “constituição” é representada apenas por aquelas disposições que contenham decisões políticas fundamentais, portanto que consagram o decisionismo nos moldes do desdobramento da relação amigo-inimigo de uma determinada comunidade política. Representa, portanto, o preâmbulo de toda uma normatividade jurídica, a partir de uma decisão política: “É uma decisão consciente de que a unidade política adota por si mesma e para si mesma por meio do poder constituinte.” (SCHMITT, 1982, p. 46, trad. livre). A lei constitucional, ao seu turno, advém dessa decisão política, não passando de uma dependente, porém importante, consequência desta: “Las leyes constitucionales valen, por el contrario, a base de la Constitución e presuponen una Constitución. Toda ley, como regulación normativa, y también la ley constitucional, necesita para su validez en último término una decisión política previa, adoptada por un poder o autoridad políticamente existente.” (SCHMITT, 1982, p. 46). O conceito abstrato de “constituição” em Schmitt, portanto - pelo menos até que outro poder constituinte revolucionário o altere - recai em um elemento intangível, imutável, que dispõe sobre direitos e aspectos políticos fundamentais para solidificar uma comunidade política. A lei constitucional, ao contrário, é a continuidade desta corrente, normalmente espelhada no texto das leis constitucionais formais, e não uma decisão política fundamental (pois esta decisão é a própria Constituição, ou o seu conceito).

É desse modo que Schmitt conclui que há a possibilidade de leis constitucionais subsistirem após a “destruição” de uma Constituição, de acordo com a recepção ou não desta nova ordem política, desta nova *Constituição*². Porém, jamais

² Para demonstrar o argumento, o autor cita exemplos de leis constitucionais não revogadas após novas constituições: “Así, continúa en vigor la determinación del artículo 75 de la Constitución francesa de 1º año VIII

subsistirão leis constitucionais quando uma nova constituição surja com disposições contrárias a ela. Ainda, a lei constitucional, normalmente formal e positiva, pode ser suspensão quando em um estado de exceção, enquanto a constituição, a decisão política de um grupo, jamais é suspensão, pois é o núcleo sensível de um povo. Em outras palavras, ou essa constituição vigora sólida ou se rende a um novo constituinte: "La Constitución es intangible, mientras que las leyes constitucionales pueden ser suspendidas durante el estado de excepción, y violadas por las medidas del estado de excepción" (SCHMITT, 1982, p.50).

A construção inicial de Campos feita para legitimar a "revolução" deu a tônica que permeou todo o regime ditatorial, de que era necessário contar com a proteção conferida pelas leis, e que o campo jurídico não deveria ser esvaziado, mas ao contrário, ganhava contornos de luta por sentidos que balizassem os interesses políticos. A menção aos Atos Institucionais n. 01 e 02 é bastante significativa, pois expressa a construção de um discurso coerente (na medida em que, a despeito das contradições existentes entre revolução e conservação, há a invocação de documentos jurídicos anteriores) e também porque gera um debate acerca da hierarquia dos Atos Institucionais.

Isso porque para aqueles que consideravam que os atos eram constitucionais, é importante que a Constituição de 1967 admita expressamente que é

(1799) sobre la anuencia del Gobierno para la persecución judicial de funcionarios de la Administración, a pesar de todas las supresiones y quebrantamientos constitucionales sobrevenidos entre tanto; sobre esto, Esmein-Nézar, páginas 580-81. En las Constituciones alemanas de la Monarquía constitucional, nacidas a consecuencia de la revolución de 1848, se da una continuidad sobre la base del principio monárquico. También aquí siguen valiendo, por eso, las anteriores leyes, ordenes de gabinete, etc., sin recepción especial." (SCHMITT, 1982, p. 110).

constituída pelos AIs anteriores. Entretanto, para aqueles que acreditavam que os Atos Institucionais estavam acima da Constituição, é impossível que a constituição de 1967 os reconheça ou determine em seu texto a existência futura deles, devendo os AIs reconhecerem a constituição (recepcionando esta ou não). De qualquer maneira, ainda que Campos não tenha participado diretamente da feitura da constituição de 1967, suas estratégias jurídicas autoritárias ressoaram e se incorporaram tanto no texto quanto na interpretação deste texto. Segundo o projeto: "Em vigor, a Constituição que vamos votar, estará institucionalizada a revolução e exauridos seus poderes constituintes" (BRASIL, 1967, p. 344).

Considerações Finais.

O que se pode perceber ao analisar a atuação do jurista e político Francisco Campos é que há menos uma oposição entre direito e não-direito do que uma mediação entre "tipos" de direito. Se de certa forma esta constatação possa ser extraída desde os eventos nazistas e do julgamento de Nuremberg, é relevante percebermos que mesmo nos períodos mais autoritários da história constitucional houve um espaço de construção de sentidos do que é e de como se aplica o direito.

A atuação de Campos, tanto como político, docente, escritor, jurista, acadêmico, dentre tantas outras atuações, mostra-nos que a construção da legalidade autoritária ocorreu com a utilização de vários matizes, e talvez por isso mesmo seja de tão difícil extração da prática democrática (que aqui consideramos como inaugurada em 1988).

A influência do constitucionalista alemão Carl Schmitt em Francisco Campos mostra-nos a complexidade do chamado pensamento autoritário, pois se de uma parte tem um viés claramente conservador, por outro lado pode ser utilizado para pensar democracia a partir de suas insuficiências.

A análise de nossa história constitucional, especialmente a construída em tempos sombrios, mostra que criar e aplicar a constituição tem um papel marcadamente político e que embora o direito possa ter sido utilizado como arma do regime, ao escolher constitucionalizar a política paradoxalmente abriu-se um campo de contestação, ainda que limitada. Assim, compreender a formação e a aplicação da legalidade autoritária e do papel dos ideólogos nesta função serve-nos, paradoxalmente, para pensar a aplicação da legalidade democrática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Memória jurisprudencial*: Ministro Victor Nunes. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2006.

ARENDT, Hannah. *Between past and future*: Six exercises in political thought. New York: The Viking Press, 1961.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História Constitucional Brasileira*: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: OAB Editora, 8 ed., 2006.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança* 15.886/DF. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 91, jan/mar 1968.

_____. *COMISSÃO MISTA SOBRE O PROJETO DE CONSTITUIÇÃO*. Parecer 32 de 1966. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 87, jan/mar 1967.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional e suas Diretrizes*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.

CPDOC/FGC. Verbete Prado Kelly. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/busca/Busca/BuscaConsultar.aspx>>. Acesso em 04 nov. 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*. São Paulo: Direito GV, Editora Método, 2006.

PAIXÃO, Cristiano. *A constituição em disputa: transição ou ruptura?* Não publicado, sem páginas.

PEREIRA, Anthony W. *Ditadura e Repressão*: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. Revista de Ciências Sociais. Vol. 50, nº 2. Rio de Janeiro, p. 281-323. 2007.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mandado de Segurança* 127.601. Impetrante: Angelo Mendes Corrêa. Impetrado: Estado de São Paulo. In: Revista de Direito Administrativo. Vol. 84, abril-junho 1966.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia Parlamentar* (Situação intelectual do sistema parlamentar atual e Teologia Política). Trad. Inês Lohbauer. São Paulo. Scripta, 1996.

_____. *O conceito do Político*. Trad. Alvaro Vallis. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

_____. *Teoría de La Constitución*. Trad. Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos. 1982.

SEELAENDER, Airton Cerqueira-Leite. CASTRO, Alexander Rodrigues de. Um jurisconsulto adaptável – Francisco Campos (1891-1968). In: MOTA, Carlos Guilherme. SALINAS, Natasha S.C. (org.), *Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro – 1930 - dias atuais*, São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Carlos Medeiros. *O Ato Institucional e a elaboração legislativa*. In Revista dos Tribunais. Vol. 347, setembro de 1964, p.7-17.

VALÉRIO, Otávio L. S. *A Toga e a Farda: o Supremo Tribunal Federal e o Regime Militar (1964-1969)*. Dissertação apresentada no Departamento de Direito, USP, 2010.

DE AFOGADOS EM LEIS PARA AFOGADOS EM SÚMULAS: LIMITES AO PROTAGONISMO DO JUDICIÁRIO NA ARENA POLÍTICA BRASILEIRA

Clarisse Inês de Oliveira¹

RESUMO

A expansão do poder do Judiciário traz em seu bojo questões adjacentes que desafiam o estudo da Sociologia do Direito numa perspectiva da construção do Processo democrático, com envolvimento dos atores sociais destinatários dessa expansão e que absorverão os efeitos e impactos da prerrogativa dessa esfera de alterar o rumo de Políticas Públicas, normatizar relações de conflito e intervir no Processo Legislativo ainda que este já tenha se concretizado. O Brasil vivenciou após o advento da Constituição Federal de 1988 um processo de proliferação de leis e o Judiciário necessitou dar conta da interpretação e aplicação de novas leis e decretos que anteriormente não existiam, em função de novas demandas e de movimentos sociais da Sociedade Civil. Após esse primeiro momento, o Judiciário passou de uma postura meramente reativa a ator político atuante, podendo controlar a constitucionalidade das leis tanto em caráter abstrato quanto concreto, e, ainda, editar Súmulas, sejam de natureza vinculante ou não, mas passíveis de atuar na convicção de Juízes de 1º grau e de regulamentar situações não normatizadas pelo processo legislativo. Os limites dessa atuação (ou a ausência deles) e seus impactos são discutidos no presente artigo. Em tempos passados, a proliferação de leis e a efetividade de suas vigências foi amplamente discutida na Ciência Política, contudo, o Judiciário hoje se alça ao Poder

passível de cassar leis vigentes, que atravessaram todas as fases do Processo Legislativo e teoricamente representariam a vontade popular. Pode, ainda, intervir na opção discricionária característica do Poder Executivo em eleger, através de um critério político, quais Políticas Públicas deverão ser implementadas em determinado momento espaço-temporal. Os limites de tal protagonismo são discutidos no presente artigo.

Palavras - chave: *Judiciário, protagonismo, limites.*

ABSTRACT

The expansion of the power of the judiciary brings with challenging issues surrounding the study of sociology of law perspective of building the democratic process, with the involvement of social actors and recipients of this expansion that will absorb the effects and impacts of this prerogative and change the direction of public policy, conflict and normalize relations intervene in the legislative process even though this has already been accomplished. Brazil has experienced since the advent of the Federal Constitution of 1988 a process of proliferation of laws and the judiciary needed to account for the interpretation and implementation of new laws and decrees that previously did not exist, due to new demands of social movements and civil society. After that first time, the judiciary has a purely reactive posture to an active political player, being able to control the constitutionality of laws in both abstract and concrete character, and also edit Precedents, whether or not binding in nature, but capable of acting in Judges conviction of 1st degree and regulatory situations not legislated by the legislative process. The limits of this performance (or lack thereof) and their impacts are discussed in this article. In times past, the proliferation of laws and the effectiveness of their vigências was widely discussed in

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense – UFF/RJ. Professora de Prática forense trabalhista da Faculdade de Direito Ibmecc/RJ e advogada trabalhista.

political science, however, the judiciary today is so powerful that it is able to revoke laws that have passed through all stages of the legislative process and theoretically represent the popular will. It may also intervene at the discretion of the Executive Branch to elect, through a political criterion, which public policy should be implemented at any given time-space. The limits of this role are discussed in this article.

Keywords: Judiciary, role, limits.

INTRODUÇÃO

A expansão do poder do Judiciário traz em seu bojo questões adjacentes que desafiam o estudo da Ciência Política e da Sociologia do Judiciário numa perspectiva da construção do Processo democrático participativo, com envolvimento efetivo de todos os atores sociais destinatários dessa expansão e que absorverão o produto e os efeitos da possibilidade dessa esfera de alterar o rumo de Políticas Públicas, normatizar relações de conflito social e intervir no Processo Legislativo ainda que este já tenha se concretizado, em clara ingerência de um Poder sobre a atuação de outro.

A Ciência Política em tempos remotos direcionou seu objeto de estudo para o Legislativo e o Executivo, contudo, dada à prerrogativa conferida ao Judiciário, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, de controlar a constitucionalidade do processo legislativo, tanto em caráter abstrato quanto concreto, e, ainda, à possibilidade de regulamentar situações não normatizadas pelo Legislativo através de aplicação de leis análogas a casos concretos e da edição de Súmulas, sejam de natureza vinculante ou não, a análise da atuação do Judiciário passou à ordem do dia.

Os limites dessa atuação (ou a ausência deles) são discutidos no presente artigo, uma vez que em tempos passados a proliferação de leis e sua efetividade junto à Sociedade Civil foi amplamente questionada, contudo, o Judiciário na contemporaneidade se alça ao Poder passível de cassar leis já vigentes, que atravessaram todas as fases do Processo Legislativo e teoricamente representariam a vontade do povo expressa na figura de Deputados e Senadores eleitos para tal exercício.

Da mesma forma, o Judiciário pode intervir na opção discricionária característica do Poder Executivo em eleger, através de um critério político, quais as

Políticas Públicas que deverão ser implementadas em determinado espaço de tempo histórico.

Para tanto, será abordado como marco o papel do Judiciário desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, inicialmente como esfera contida e meramente reativa até a atual assunção do papel de protagonista do Processo Democrático, segundo a ideologia de algumas associações de Juízes.

Na História recente brasileira, a figura do chefe do Poder Executivo sempre exerceu poderes consagrados no imaginário popular, como aquela esfera investida de colocar em prática as políticas públicas necessárias ao bem estar do Povo, criando uma mitificação em torno do Chefe do Poder Executivo.

Ante os malfadados governos eleitos de José Sarney (este assumindo o cargo na qualidade de Vice-presidente após o falecimento de Tancredo Neves) e Collor de Melo, logo após o processo de redemocratização, que vieram embutidos com malsinados Planos Econômicos, cujas conseqüências tiveram que ser suportadas pela Sociedade Civil, o Judiciário iniciava sua trajetória de alternativa à População de um *locus* a quem se poderia recorrer ante os descabimentos cometidos pelo Executivo e Legislativo.

Aliada à euforia seguida de frustração do desgaste de anos de governança ditatorial e arbitrária, a Sociedade Civil paulatinamente passou a se organizar em movimentos e grupos sociais que demandaram novas Ações perante o Judiciário.

Aliado a tal cenário, uma incredibilidade reforçada na figura de um Parlamento desgastado pela imagem da corrupção ajudou a fundir as bases da estrutura do Judiciário como hoje é revisitada.

O Judiciário brasileiro hoje pode alterar os rumos das Políticas Públicas, interferindo no Executivo, pode alterar a vigência de leis que atravessaram todo o trâmite do processo legislativo e pode assumir funções legiferantes ao editar Súmulas

que visam a colmatar os espaços vazios da ausência de normatização de determinadas demandas sociais.

A análise tanto do conteúdo quanto do quantitativo de Súmulas editadas pelo Judiciário, através de seus órgão de cúpula, é estudada em paralelo ao atual momento vivenciado por essa esfera de Poder.

A pesquisa vem observando o comportamento de Juízes perante a Sociedade Civil, por vezes se proclamando arautos do processo democrático e defensores da cidadania, contudo, a prática cada vez mais proliferada da edição de Súmulas pelos Tribunais Superiores provoca efeito transversal, abafando as vozes daqueles que procuram o Judiciário como instância para se fazer ouvir, enquanto apartados do verdadeiro processo legislativo e alijados das escolhas discricionárias da esfera Executiva.

A reconquista da legitimidade do espaço do Parlamento, como *locus* de conteúdo simbólico do processo democrático, onde o povo se faria ouvir por seus representantes eleitos, é o resgate que se faz necessário a fim de se evitar a prevalência de um Poder sobre outro, seja ele qual for, desequilibrando a harmonia entre os Poderes sustentada por Montesquieu.

Verifica-se portanto que o Executivo parece ceder lugar de protagonista decisório para o Judiciário, cuja transferência de decisões passou a exercer comandos de ordem passiva quanto ativa, sendo singular a edição de Súmulas que muitas vezes normatizam e regulamentam as relações entre os atores sociais.

Os limites desse protagonismo e margem de responsabilidade decorrente dessas decisões emanadas pelo Judiciário são discutidos no presente artigo.

2. ASCENSÃO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO PÓS CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Verifica-se de forma universal uma certa ascensão do Poder Judiciário e tal pode ser aferido em Países como Alemanha, Estados Unidos da América e França. No caso do Brasil, houve uma inegável ascensão por parte dos Juizes a partir do advento da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Embora não tenha vivenciado o mesmo quadro histórico de guerras que culminou na reconstrução da Alemanha, por exemplo, o Brasil passou por um extenso período de governança ditatorial compreendida no regime militar, mais de quinze anos sob a tutela de Presidentes não eleitos e de forte repressão política.

A História de emergência do Poder Judiciário pode ser entendida como fruto da História particular de cada País, que desagiuou em percepções próprias da visão do Judiciário em cada País. No caso da Alemanha, por exemplo, o histórico de um regime nazista e de um sentimento ultranacionalista que se vinculou ao papel do chefe do Executivo, na figura do Reich, fez do Tribunal Federal Constitucional Alemão uma Corte com poderes ilimitados, que julga questões tanto de natureza constitucional quanto questões de natureza infra constitucional que não seriam o lócus apropriado para julgamento.

A cientista política Ingeborg Maus (2000) questiona até quando o papel do Judiciário não tomou o lugar do antigo chefe do Executivo do Reich na figura de um “superego” como sustentado por Freud. O Judiciário estaria evitando passar poderes ao Executivo como forma de resguardo a qualquer revitalização ultranacionalista, transpondo-se à Jurisdição constitucional questões que não deveriam ser de sua competência ou alçada.

No caso brasileiro, logo após o advento da Constituição Federal de 1988, na leitura que muitos Juizes brasileiros fizeram do novo texto constitucional, pode-se fazer um paralelo com a forma contida com que muitos Juizes da era do *Reich*

germânico procuravam interpretar as leis, o mais próximo possível da literalidade para se evitar inseguranças jurídicas e interpretações dúbias.

No contexto da Alemanha, as punições para os Juizes que eventualmente ousassem decidir em desfavor do reich poderiam ser severas, através da Policia Nazista e os Juizes poderiam ser considerados indignos da nacionalidade alemã, o que seria muito grave.

A formação dos Juizes de então era fulcrada num ordenamento jurídico burguês, que privilegiava o instituto da propriedade e da segurança, não podendo haver interpretações inusitadas ou mesmo divergentes da norma.

Essa visão foi aos poucos sendo amadurecida no caso brasileiro e uma das mudanças de tal direcionamento se deve ao fato da alteração do viés interpretativo dos direitos naturais, que seriam direitos “dados”, inerentes a condição humana, para direitos fundamentais, que deveriam passar pelo crivo dos Juizes, que teria um arcabouço teórico adequado a julgar esse tipo de demanda.

O Juiz, pela sua formação, teria condições de julgar em conformidade com a moral, como proposto por Dworkin (2002). A Sociedade Civil passou a depositar sua confiança no Judiciário e a ele se socorrer em estratégias econômicas mal sucedidas, como no caso dos planos econômicos das eras Bresser, Collor e Sarney.

A Constituição de 1988 investiu o Judiciário brasileiro de poderes e garantias substanciais para assegurar a liberdade e independência no ato de julgar, como a inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídio¹.

Os novos Juizes pós Constituição de 1988 foram investidos de garantias, mas também tiveram que se adaptar e julgar as novas demandas sociais emergentes, bem como a “inflação legislativa”, nos dizeres de José Eduardo Faria (1994), além das sucessivas legislações em matéria econômica para suprir ou conter galopes

¹ Art. 93 incisos I, II e III da Constituição Federal.

inflacionários, o estreitamento entre o público e o privado e um esvaziamento do Direito Positivado, com suas inúmeras normas que muitas vezes frustravam os cidadãos com sua ineficácia, as chamadas “leis que não pegaram”, desencadeando uma “crise no Judiciário” em paralelo a crise do Estado com a Sociedade.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário (IBPT), entre 1988 a 2008, foram editadas aproximadamente três milhões e setecentos mil documentos legais, o que daria uma média de 774 normas editadas a cada dia útil.

Nesse interregno, editaram-se oito Planos econômicos, quatro moedas distintas, onze diferentes índices de cálculo inflacionário, cinco planos de congelamentos de preços, quatorze políticas salariais, dezoito alterações de câmbio, cinquenta e quatro regras de alteração de controle de preços e dezenove decretos oriundos do Executivo para controle de austeridade fiscal.

Dar conta do imbróglio social e econômico em que se encontrava o Brasil na década de 90 exigiu dos Juízes um amadurecimento em paralelo às reconfigurações das instituições democráticas que engatinhavam.

Essa confiança no Judiciário e a forma de controle de constitucionalidade mista, exercida por qualquer magistrado de esfera ordinária, bem como através do Supremo Tribunal Federal, pelo controle abstrato, colocou o Judiciário brasileiro na ordem do dia, permitindo que essa esfera declarasse a inconstitucionalidade de diversas Medidas Provisórias do Governo Fernando Henrique Cardoso bem como desse um passo a mais no julgamento de mandados de injunção, hoje manejados não somente como instrumento declaratório de omissão legislativa, mas também regulamentando vazios legislativos ao aplicar analogicamente ao caso concreto as legislações que regulamentam casos semelhantes, como o que ocorreu com o direito de greve dos servidores públicos.

O apogeu exemplificativo de tal prerrogativa pode ser entendida na declaração de um Ministro do Supremo Tribunal Federal ao afirmar, no julgamento da Ação Penal 470, atualmente em curso perante aquela Corte, de que o Executivo sempre exerceu supra poderes no Brasil e hoje deve se submeter à jurisdição constitucional do STF, órgão de cúpula do Judiciário.

No caso brasileiro, o viés institucional parece ter sido o mais adequado no estudo do *judicial power* do Brasil, dada a forma com que os poderes do Judiciário foram concebidos pela Constituição Federal de 1988 e paulatinamente amadurecidos após a década de 90.

Contudo, a noção de que os Juízes teriam uma formação teórica e moral adequada para julgar com base em Princípios morais, conforme preconizado por Duworkin, seria romanceada e não levaria em conta os valores de ordem política e as inúmeras variáveis dependentes e independentes no ato de julgar a que os magistrados estão submetidos.

O Judiciário no papel de administrador da moral pública e última voz da interpretação da lei acaba por refletir no repositório de sua jurisprudência o que é certo e o que é errado, o que é moral ou imoral.

No clássico livro “Afogados em Leis” de John French, retrata-se a realidade dos trabalhadores brasileiros pós 1930 e as inúmeras leis trabalhistas que se seguiram e culminaram na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, aprovadas no Governo Populista de Getúlio Vargas e que se seguiram anos adentro, passando até mesmo por regimes ditatoriais sem alterações significativas, mantendo seu quantitativo que hoje somam 922 artigos, sem contar os enxertos normativos que se seguiram na forma de letras que acompanham a normatização primitiva.

O livro retrata a convivência “harmoniosa” entre um número expressivo de leis trabalhistas e previdenciárias e o paradoxo de uma ausência de implementação de garantias dessa mesma legislação.

Uma certa convivência da estrutura política e estatal permitiu que o Brasil vivenciasse por anos a fio uma regulamentação exacerbada do Direito do Trabalho mas, em oposição, houvesse muita exploração do assalariado.

Essa convivência contou com a cooptação de sindicatos, e, de toda sorte, ajudou a ratificar a visão das leis “que não pegam”, como é o caso ainda das jornadas de trabalho exacerbadas e que não deixam de existir embora o próprio texto constitucional limite em seu máximo o total de 44 horas semanais.

Diante de um Legislativo desacreditado em função de normas esvaziadas, o Judiciário assumiu um papel de dizer o Direito, de ditar o que é certo e errado e de controlar a administração e a moralidade pública.

Hoje a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho conta com 444 Súmulas que refletem o posicionamento da Corte de cúpula da Justiça do Trabalho.

Embora não tenham caráter vinculante perante os Juízos hierarquicamente inferiores, é certo as Súmulas acabam por inibir as instâncias inferiores a decidir em conformidade com seu entendimento, uma vez que retratam o posicionamento da mais alta Corte de competência trabalhista.

Assim é que situações não normatizadas precisam ser regulamentadas de alguma forma, como é o caso das terceirizações de serviços, onde não há legislação específica até a presente data.

O Tribunal Superior do Trabalho, na ausência da lei, editou a Súmula 331 onde hoje são situados os julgamentos acerca do tema. O caráter normativo da Súmula é claro ao dispor as situações que podem e que não podem ser terceirizadas.

Outros verbetes também possuem matriz normativa, como é o caso da Súmula 372 que determina que todo empregado ocupante de função comissionada por mais de dez anos, não pode ver suprimida a gratificação de função no retorno do empregado ao cargo efetivo.

Seguem-se outros exemplos, como a Súmula 291 que determina o pagamento de uma indenização ao empregado que vê suprimidas as horas extraordinárias habitualmente exercidas.

Nos exemplos acima relatados verifica-se que o Judiciário trabalhista deu um passo a mais na mera função de julgar, passando também a normatizar determinadas situações não regulamentadas pelo Legislativo e que terminam por recair na esfera do Judiciário, onde o trabalhador bate à porta para ver resolvido seu conflito concreto.

Isso sem mencionar as Súmulas de natureza vinculante emanadas do Supremo Tribunal Federal, essas com poder de engessar as decisões de instâncias inferiores, que somam ao todo 32.

O afastamento dos atores sociais do verdadeiro processo democrático participativo, consequência de um Parlamento fragilizado e desacreditado, aproximou mais e mais a figura do Judiciário da arena política, passando a exercer um papel de protagonista.

As ingerências nas esferas do Executivo e Legislativo, podendo alterar Políticas Públicas e aplicar ou deixar de aplicar normas faz do Judiciário um Poder que não pode deixar de responder à Sociedade Civil por suas decisões, mais comumente entendido como *accountability*¹

¹**Accountability** é um termo de língua inglesa sem tradução exata para a língua portuguesa e que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados.

O conteúdo simbólico do Parlamento necessita ser recuperado a fim de não desarmonizar a separação de Poderes, como preconizava Montesquieu. Qualquer Poder, ao tentar se sobrepor perante outros, denigre contra as instituições democráticas do País e contra o modelo participativo e deliberativo que deve pertencer aos atores sociais.

Essa tensão entre os Poderes deve ser entendida em um contexto histórico e é inerente ao amadurecimento de um processo Democrático, que deve se pautar pela busca da harmonização e pela existência dos *cheks and balances*¹ entre cada esfera.

O equilíbrio buscado entre a prestação de contas na tomada do ato decisório e o grau de independência do Judiciário é o desafio buscado em um verdadeiro processo democrático.

O Judiciário no Brasil amadureceu em paralelo às instituições democráticas e também em paralelo às expectativas que a Sociedade Civil deposita na figura dos Juízes, não se discutindo mais o relevante papel conquistado como ator político, mas que não pode, em nome de tais conquistas, interferir de forma desarmoniosa nos demais Poderes, seja o Executivo, seja o Legislativo ou mesmo perante a Sociedade Civil, ao dizer o Direito da forma que melhor lhe convém.

Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização. *Accountability* pode ser traduzida também para o português, deficientemente, por prestar contas. «*Accountability*» significa que quem desempenha funções de importância na sociedade deve regularmente explicar o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir. Não se trata, portanto, apenas de prestar contas em termos quantitativos mas de auto-avaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. Fonte: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>>. Consultado em 31.08.12.

¹ Sistema de freios e contrapesos preconizado por Montesquieu na clássica separação entre os Poderes.

A grande armadilha que porventura pode sucumbir a Democracia consiste em passar poderes irrestritos a qualquer esfera e, no caso brasileiro, verifica-se uma proeminência do Judiciário face aos demais, principalmente em tempos midiáticos em que julgamentos da Corte são transmitidos via Internet, por canais de assinatura televisiva.

Todo poder perpassa por alguma forma de controle, não fosse assim o equilíbrio do Princípio de freios e contrapesos de Montesquieu estaria ameaçado. A ausência de prestação de contas por parte de qualquer Poder deve ser questionada pela Sociedade Civil, na medida em que pode trazer seqüelas para o amadurecimento das instituições democráticas.

Em última análise, no caso brasileiro, o Conselho Nacional de Justiça foi criado com tal intenção, através da Emenda Constitucional de número 45 de 30 de dezembro de 2004, contudo, suas decisões de maior visibilidade na mídia são aquelas que refletem a fiscalização de contas praticadas pelo Poder Judiciário, distanciando-se esse controle dos limites exercidos pelo Judiciário em sua atuação nas esferas do Legislativo e Executivo.

CONCLUSÃO

Em paralelo ao processo de redemocratização e reconfiguração das instituições democráticas brasileiras, o Judiciário brasileiro necessitou amadurecer seu papel político na arena do processo democrático e rever seu pólo de atuação passando de um posicionamento meramente reativo para um verdadeiro Protagonista da arena política.

Com poderes para alterar, frear ou ratificar políticas públicas, fazer valer o direito quando o Legislativo silencia em situações regulatórias, coibir verdadeiros desastres econômicos, o Judiciário no Brasil se transformou após a década de 90.

Inicialmente como Poder reativo e carente de ser provocado, necessitou compreender as novas demandas sociais que se agigantavam, os novos movimentos sociais, os atores envolvidos no processo social.

A mera garantia de independência funcional que não se efetive não ultrapassa as margens de normas meramente programáticas. Exemplo que pode ser verificado em âmbito internacional ocorreu no Governo do Chile na época de Pinochet, onde a independência judicial era meramente protocolar e retórica, na medida em que os Juízes não podiam implementar suas decisões, ou nos Juízes da Alemanha de Hitler.

E a possibilidade de se instar os Juízes de instâncias ordinárias no controle de constitucionalidade de leis já em vigência e que atravessaram todas as etapas do regular processo legislativo passou a catapultar o Judiciário à esfera de Supra Poder.

Um verdadeiro Estado de Direito, portanto, pressupõe uma real independência do Poder Judiciário, a fim de que suas decisões não sejam influenciadas pela opinião pública, pela mídia impressa e cibernética, por grupos de pressão, por partidos políticos ou por interesses do próprio Estado e sejam tomadas com serenidade ainda que contrarie interesses poderosos.

Independência, contudo, não pode restar dissociada do grau de *accountability*¹ por que deve responder o Judiciário por suas decisões. O grande

desafio no “jogo judicial” se revela nos sucessivos e inexoráveis atos de ação e reação, que fazem parte de qualquer Processo democrático que se intitule legítimo, numa verdadeira arena de pluralismo jurídico, onde várias vozes se fazem ouvir e onde não há um único Direito posto e imutável.

Mas para que todas as vozes da Sociedade Civil sejam ouvidas, é preciso resgatar a figura do Parlamento, palco por excelência da construção do processo democrático, onde não se exclua qualquer ator social que tenha direito de exercer sua cidadania.

A fragilização do Legislativo, resultado de leis “que não pegaram” e de um quantitativo absurdo de normas ineficazes culminou num fortalecimento do Judiciário, que passou a atuar de forma central na arena política, amordaçando inclusive decisões de natureza discricionária do Executivo.

O *trade off* entre tais elementos é o desafio do equilíbrio de um verdadeiro processo democrático, resultado de um amadurecimento das instituições brasileiras, precedidas da participação de todos os atores sociais que detém uma cidadania, cujas vozes não podem lhes ser negadas.

¹**Accountability** é um termo de língua inglesa sem tradução exata para a língua portuguesa e que remete à obrigação de membros de um órgão administrativo ou representativo de prestar contas a instâncias controladoras ou a seus representados. Outro termo usado numa possível versão portuguesa é responsabilização. *Accountability* pode ser traduzida também para o português, deficientemente, por prestar contas. «*Accountability*» significa que quem desempenha funções de importância na sociedade deve regularmente explicar o que anda a fazer, como faz, por que faz, quanto gasta e o que vai fazer a seguir. Não se trata, portanto, apenas

de prestar contas em termos quantitativos mas de auto-avaliar a obra feita, de dar a conhecer o que se conseguiu e de justificar aquilo em que se falhou. Fonte: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Accountability>>. Consultado em 31.08.12.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras – entre globalização e pós globalização. Crítica da razão jurídica*. Vol 2. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo. Martins Fontes, 2002.
- FARIA, Jose Eduardo. *A Inflação Legislativa e a Crise do Estado no Brasil*, Direito, Estado e Sociedade, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, 5: 49-60, 1994.
- FRENCH, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*. Trad. Paulo Fontes. São Paulo, Ed. Fundação Perseu Abramo, 2001.
- MACIEL, Débora Alves e Koerner, Andrei. *Sentidos da judicialização da política: duas análises*. In Lua Nova, 2002. Número 57, pág. 113-133.
- MAUS, Ingeborg. 2000. *O Judiciário como superego da sociedade*. In Revista Novos Estudos, número 58. Editora Fundação Carlos Chagas.
- MORAES, Marcos Ribeiro de. *As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha*. São Paulo. Fundação Konrad Adenauer. 2001. Parte II.
- NOBRE, Marcos e RODRIGUEZ, José Rodrigo. 2011. *A judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas*. In Novos Estudos. CEBRAP, número 91, novembro, pág. 5-22.
- POSNER, Richard A. 2008. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- TATE, C. Neal e VALLINDER, Torbjörn. 1995. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press.
- Constitucionales.
- VIANNA, Luís Werneck *et alii*. 1997. “*Corpo e alma da magistratura brasileira*”. Rio de Janeiro. Editora Revan.

PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA FELICIDADE

Patrícia Dittrich Ferreira Diniz¹

RESUMO

O presente artigo pretende verificar qual o papel do Poder Judiciário na busca da felicidade, e, para tanto, inicia analisando o conceito de felicidade, bem como as suas modalidades, ressaltando que não se pode confundir a felicidade com a sua busca. Para verificar se o Estado e, por consequência, o Poder Judiciário possui obrigatoriedade em assegurar a busca da felicidade, será analisado o enquadramento de tal direito no

¹ Advogada da Companhia Paranaense de Energia - Copel, Especialista em Direito Tributário e Direito do Trabalho, Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental na PUC-PR. Membro da Comissão de Direito do Trabalho da OAB-PR, bem como da Comissão de Assédio Moral e Conselho de Orientação e Ética, ambas da COPEL.

ordenamento jurídico brasileiro, inclusive citando propostas de emenda à constituição neste sentido e trazendo a experiência de outros países e organismos internacionais em relação ao tema. Por fim, para compreender e solucionar os conflitos da atualidade, os quais estão cada vez mais complexos e em evolução constante, é preciso ter sensibilidade, ou seja, o julgador contemporâneo precisa ser sensível e responder aos questionamentos da sociedade, muitas vezes numa velocidade muito maior que o Poder Executivo e Constituinte, eis que as leis por diversos momentos não acompanham esta mudança social acelerada, cabendo ao Poder Judiciário o papel de conformar muitas situações sem direcionamentos específicos, utilizando unicamente princípios e inclusive a busca da felicidade, exatamente como fez o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e declarar a legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Palavras-chave: Busca da felicidade. Papel do Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This article intends to examine the role of the Judiciary in the pursuit of happiness, and, therefore, begins analyzing the concept of happiness as well as its modalities, highlighting that cannot be confused happiness with your search. To check if the State and, consequently, the Judiciary have the obligation to ensure the pursuit of happiness, it will be analyzed the position of such right in the Brazilian legal system, by citing proposals of amendment to the Constitution in this intent and bringing the experience of other countries and international organizations on the issue. At last, to understand and resolve today conflicts, which are increasingly complex and constantly evolving, you need sensitivity, i.e., the contemporary judge needs to be sensitive and respond society questions, often at a speed much higher than the Executive and constituent

members, behold laws, in several moments, do not follow this fast social change, leaving to the Judiciary the role to conform many situations without any specific directions, using only principles and even the pursuit of happiness, just like did the Supremo Tribunal Federal when recognized the homo affective union as a family and declared the legality of research with embryonic stem cells.

Keywords: *Pursuit of happiness. Judiciary's role. Supremo Tribunal Federal.*

INTRODUÇÃO

Através do presente artigo pretendo verificar qual o papel do Poder Judiciário na busca da felicidade, e, para tanto, inicio analisando o conceito de felicidade, bem como as suas modalidades, ressaltando que não se pode confundir felicidade com a sua busca.

Para verificar se o Estado e por consequência o Poder Judiciário possui obrigatoriedade em assegurar a busca da felicidade, analiso o enquadramento de tal direito no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive citando propostas de emenda à constituição neste sentido e trazendo a experiência de outros países em relação ao tema.

Por fim, passo à apreciação do papel do Poder Judiciário na busca da felicidade e a sua concretização através da análise de decisões em que o Supremo Tribunal Federal aplicou tal direito, transformando-se em um verdadeiro conformador das normas jurídicas face às crescentes e complexas transformações sociais.

1. FELICIDADE. CONCEITO E MODALIDADES

Antes de analisar o papel do Poder Judiciário na busca da felicidade, é importante analisar o conceito de felicidade e as suas modalidades, sempre ressaltando que não se pode confundir felicidade com a busca da felicidade, eis que a primeira é totalmente subjetiva, advinda do âmago de cada indivíduo, e, a segunda, pode ser abordada de forma generalizada e objetiva, assegurando condições mínimas para que cada indivíduo possa buscar a sua felicidade.

O conceito de felicidade varia de acordo com as concepções aplicadas nesta análise, por este motivo é importante ressaltar que a filosofia antiga era partidária da concepção objetiva, a filosofia moderna da concepção subjetiva e a filosofia medieval realizava a análise de tal conceito no contexto próprio da saúde natural e beatitude sobrenatural.

De qualquer forma, de todos os conceitos analisados, nas mais diversas concepções, o qual mais se adéqua ao período em que vivemos, em minha opinião, é o de Georges Bataille, o qual através de uma visão antiutilitarista, enumera o instante, a experiência interior e a subversão como pontos chaves na construção do referido conceito:

(...) a pura felicidade está no instante. (...) A felicidade pertence a quem decide imediatamente e arrisca tudo, sem se perguntar pelo que ocorrerá. (...) A felicidade não tem objeto. Aqueles que a experimentam sabem bem que ela é indefinível, quer dizer, que ela se subtrai às palavras. Dizê-la é perdê-la; querê-la é deixá-la escapar. E no entanto, obtida como que por surpresa, ela é frequentemente contagiosa e se “comunica” de maneira difusa e irresistível. É por isso que a felicidade é

*subversiva, como sugere Bataille: ela desorganiza o que o discurso queria reter e a ação programar, mas ela solidariza também aqueles que a vida social dispõe ordinariamente uns contra os outros. Ela está associada à “comunicação livre entre os seres”.*¹

A felicidade possui diversas modalidades, podendo ser individual ou coletiva, objetiva ou subjetiva.

Quanto às modalidades, individual ou coletiva, a própria etimologia das palavras já nos leva ao seu conceito, sendo aquela considerada como a felicidade de um indivíduo, e esta, a de toda uma coletividade.

No que se refere às modalidades objetiva e subjetiva, destaca-se que aquela é passível de apuração, podendo ser medida e observada através da criação de índices próprios, principalmente quanto aos aspectos das condições de vida, e, nesta segunda modalidade, não há forma de apuração, eis que se trata de experiência interna de cada indivíduo, seus sentimentos e suas reflexões.²

Há ainda outras duas modalidades de felicidade, a que está ao alcance de todas, chamada de natural, bem como, a que está ao alcance somente de quem sabe ler e escrever, denominada de *concebida*.³

Kant também delimita duas outras modalidades de felicidade, sendo a primeira denominada moral, a qual “consiste na satisfação com a sua própria pessoa e com a própria conduta moral, e, portanto, com o que se faz”, e a natural, consistente na “satisfação com o que é concedido pela natureza, e, portanto, com o que se goza como uma dádiva de origem externa”.⁴ Observe que a modalidade natural de Kant é semelhante à colocada por Russel, com o acréscimo da origem externa, para diferenciar da felicidade moral, que é interna.

Após a análise do conceito e modalidades da felicidade, passa-se a expor o entendimento de diversos filósofos acerca do tema.

Sócrates defendia que a felicidade de todos é mais importante que a felicidade individual, e que a única felicidade que tem valor é a paz e a saúde da alma, encontradas através da busca pela verdade e pela justiça.⁵

Já para Aristóteles “a noção de felicidade (*eudaimonía*) é uma noção humana, e, portanto, humanamente realizável. O caminho? A prática ética”, ou seja, ser justo traz felicidade, porque o homem justo vive em paz, em equilíbrio e não traz perturbações aos outros e a sociedade, conforme analisa o epicurismo.⁶

Ainda analisando o pensamento de Aristóteles, pode-se ainda mencionar que o mesmo reprovava seu mestre Platão por seu utilitarismo, por pensar que a felicidade

¹ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). **HISTÓRIA ARGUMENTADA DA FILOSOFIA MORAL E POLÍTICA: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001], p. 648-651.

² GIANNETTI, Eduardo. **FELICIDADE: diálogos sobre o bem estar na civilização**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002, p. 61.

³ RUSSEL, Bertrand. **A CONQUISTA DA FELICIDADE**; tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional, p. 133-134.

⁴ KANT, Immanuel. **A METAFÍSICA DOS COSTUMES**. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008, p. 231.

⁵ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org.). **HISTÓRIA ARGUMENTADA DA FILOSOFIA MORAL E POLÍTICA: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001], p. 50.

⁶ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 128 e 167.

poderia ser obtida através de um cálculo racional e abstrato, eis que tal matéria não poderia ser analisada de forma racional.¹

Nas palavras de Cícero “*não há felicidade sem uma boa constituição política; não há paz, não há felicidade possível, sem uma sábia e bem organizada República*”², ou seja, a segurança surge novamente como balizador da busca da felicidade, segurança de ter ciência dos seus direitos e deveres, com governantes que ajam de forma sábia e de maneira pré-estabelecida, de forma a gerar harmonia entre todos, sem causar distúrbios ou desequilíbrios aos seus cidadãos.

Santo Agostinho no “*Diálogo sobre a felicidade*” inferiu que nem todos que conseguem tudo o que querem são felizes, assim como ninguém pode ser feliz se não tiver o que quer. O importante para ser feliz é querer e obter algo que lhe convém e que não dependa do acaso para possuir ou manter a sua posse, pois o medo da perda lhe retira a felicidade. Quem possui Deus é feliz, porque Deus é eterno e permanente.³

A pergunta que fica para Santo Agostinho é: qual homem possui Deus? O homem que procura a verdade, a sabedoria, sendo esta representada pela moderação e ponderação da alma, pela suprema medida. O homem deve alimentar o corpo e a alma.

4

¹ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org). **HISTÓRIA ARGUMENTADA DA FILOSOFIA MORAL E POLÍTICA: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001], p. 51.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 181.

³ AGOSTINHO, Santo. **DIÁLOGO SOBRE A FELICIDADE**. Lisboa: Edições 70.

⁴ Segundo o autor: “*No entanto, enquanto procuramos ainda não alcançamos a fonte e, para me servir da palavra de há pouco, não nos saciamos com toda a plenitude, ainda não alcançamos (devemos reconhecê-lo) a nossa medida. E, de igual modo, mesmo que Deus nos ajude, ainda não somos sábios nem felizes. Assim, a plena saciedade das almas, a vida feliz, consiste em*

Para Maquiavel a felicidade possui relação com a sorte, consubstanciada na fortuna:

*Dito isso, concluo que, sendo a sorte (fortuna) inconstante e os homens obstinados em suas formas de agir, estes serão felizes pelo tempo em que com ela convergirem e desditosos quando dela divergirem.*⁵

Para Kant há um vínculo entre felicidade e racionalidade abstrata, conforme se pode analisar na sua terceira proposição extraída do texto “*Ideia de uma história universal com um propósito cosmopolita*”:

*A natureza quis que o homem tire totalmente de si tudo o que ultrapassa o arranjo mecânico/da sua existência animal, e que não participe de nenhuma outra felicidade ou perfeição excepto a que ele conseguiu para si mesmo, liberto do instinto, através da própria razão.*⁶

Emerson Gabardo, analisando tal proposição, conclui que o homem é responsável pela sua própria felicidade, a qual será alcançada através do seu

conhecer com perfeita piedade quem nos guia para a verdade, que verdade fruir, e através de quê nos unimos com a suprema medida. Banidas as várias superstições da vaidade, estas três coisas revelam-nos a compreensão de um só Deus e de uma só substância.” in AGOSTINHO, Santo. **DIÁLOGO SOBRE A FELICIDADE**. Lisboa: Edições 70, p. 87.

⁵ MAQUIAVEL, Nicolau. **O PRÍNCIPE**. Tradução de Antônio Caruccio – Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 123-124.

⁶ KANT, Immanuel. **A PAZ PERPÉTUA E OUTROS OPÚSCULOS**. Lisboa: Edições 70, 1988. P. 24.

desenvolvimento até uma situação de bem-estar pessoal, e por ter esta visão subjetiva da felicidade, é que Kant não aceita que esta na sua forma coletiva resulte na infelicidade de alguns indivíduos, e, por fim, trata a felicidade como um ideal da imaginação, pois é impossível a criação de regras universais para a obtenção da felicidade.¹

A felicidade não possui conceito único, nem modalidades taxativas, e, ainda não pode ser medida no seu aspecto subjetivo, nem pode servir de método comparativo, mas se podem enumerar elementos básicos a todos os indivíduos que os auxiliem na busca de sua felicidade.

2. ENQUADRAMENTO DA BUSCA DA FELICIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A busca pela felicidade inserida em ordenamentos jurídicos não é novidade, pois já há muitos países que reconheceram tal direito aos seus cidadãos, como, a França, o Japão, a Coreia do Sul e o Reino do Butão, sendo que este último inclusive aplica o Índice Nacional de Felicidade Bruta – INFB, o qual “*é mensurado de acordo com indicadores que envolvem bem-estar, cultura educação, ecologia, padrão de vida e qualidade de governo.*”²

Destaca-se ainda a busca da felicidade no artigo 1º da Declaração dos Direitos da Virgínia de 12 de junho de 1776, na Declaração de Independência dos Estados Unidos, bem como, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, sendo que esta última proclamou em seu preâmbulo pela primeira vez a noção coletiva de felicidade.

¹ GABARDO, Emerson. **INTERESSE PÚBLICO E SUBSIDIARIEDADE: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 346-347.

² Texto extraído da justificção da Proposta de Emenda à Constituição nº 513/2010.

No Brasil, atualmente há duas propostas de emenda à constituição com o objetivo de incluir o direito à busca individual e coletiva no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil.

A primeira proposta foi apresentada pelo Senador Cristovam Buarque em 07/07/2010 sob o nº 19/2010, estando na coordenação legislativa do Senado desde 15/02/2011 e a segunda proposta foi apresentada pela Deputada Federal Manuela D’Avila em 04/08/2010 sob o nº 513/2010, a qual aguarda parecer na Comissão de Constituição de Justiça e de Cidadania desde 16/03/2011.

A busca da felicidade como objetivo humano fundamental foi reconhecido pela Organização das Nações Unidas e também pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, conforme será analisado em tópico posterior, sendo um direito inerente a cada indivíduo e objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, mas afinal, o questionamento que se faz, é como tal busca pode ser enquadrada no ordenamento jurídico brasileiro.

Nas palavras de Ricardo Guastini citado por Paulo Bonavides, os princípios possuem alto grau de generalidade e de indeterminação, ou seja, são concretizados através de métodos de interpretação, motivo pelo qual não são suscetíveis de aplicação ao caso concreto. Normalmente os juristas usam o termo princípio para referir-se às normas consideradas fundamentais no sistema jurídico, e, uma vez constitucionalizado, torna-se a chave de todo o sistema normativo.³

Já os direitos fundamentais possuem um duplo aspecto, quais sejam, o negativo, o qual proíbe o Poder Público de interferir nos aspectos jurídicos individuais

³ BONAVIDES, Paulo. **CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 257-258.

fundamentais, e, o positivo, consubstanciado na liberdade positiva e no direito de exigir eventuais omissões do Poder Público, inclusive de forma a evitar lesão.¹

Dessa forma, pode-se concluir que a busca da felicidade, conforme consta nas propostas mencionadas, tanto é um princípio, como um direito.

É importante mencionar que o Estado somente possui obrigação de assegurar a busca da felicidade no seu conceito objetivo, com a realização de direitos básicos, como a alimentação, vestuário, educação, saúde, enfim, os direitos fundamentais para uma existência digna, mas jamais a própria felicidade no seu conceito subjetivo, sendo que esta deve ser uma busca incessante de cada um, através da realização como sujeito, bem como, da descoberta do sentido da sua existência:

Quanto mais nossa vida depender de nós mesmos, tanto mais tomamos consciência de todos os aspectos de nossa experiência. E cada vez que devíamos recuar enquanto atores sociais, nós nos fortalecíamos como sujeitos pessoais. Só nos tornamos plenamente sujeitos quando aceitamos como nosso ideal reconhecer-nos – e fazer-nos reconhecer enquanto indivíduos – como seres individuados, que defendem e constroem sua singularidade, e dando, através de nossos atos de resistência, um sentido à nossa existência.²

Para Emerson Gabardo a felicidade é ao mesmo tempo princípio e direito, pois comporta “direito à uma vida feliz”, mas tal afirmação não conduz:

(...) imediatamente ao reconhecimento de um direito particular subjetivo passível de ser demandado pelo indivíduo junto ao Estado (porém nem sempre direta e isoladamente). Sua natureza é de um “direito público subjetivo” prima facie que consiste em um “direito originário à prestação” do qual decorrem direitos derivados para os particulares (em geral, somente estes últimos demandáveis).³

Por ter o Brasil um modelo de Estado Social, deve assegurar a busca da felicidade, nos seus aspectos objetivo e coletivo, propendendo à concretização da justiça social, a existência de vida digna e o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Destaca-se que a busca da felicidade já resta implícita no ordenamento jurídico brasileiro, sendo consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, o fato de estar ou não explícito no rol dos direitos sociais, não retira do Estado a obrigatoriedade de assegurar tal direito/princípio.

O Estado Social deve ainda realizar a paz social e garantir a todos um mínimo de bens materiais e culturais, equalizando as possibilidades de acesso ao bem-estar

¹ MORAES, Alexandre de. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 60.

² TOURAINE, Alain. **UM NOVO PARADIGMA: para compreender o mundo de hoje**. 3ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 123.

³ GABARDO, Emerson. **INTERESSE PÚBLICO E SUBSIDIARIEDADE: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 360.

social, à justiça, e, por fim, realizando uma reestruturação social tendente à integração social, possibilitando aos indivíduos a participação no poder social.¹

Portanto, a busca da felicidade pode ser enquadrada no ordenamento jurídico brasileiro ao mesmo tempo como princípio e direito, cabendo ao Estado assegurar a busca da felicidade, mas não a própria felicidade, a qual dependerá unicamente do esforço de cada indivíduo após a satisfação dos seus direitos básicos.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA BUSCA DA FELICIDADE

O Poder Judiciário, juntamente com os Poderes Legislativo e Executivo, forma a tríade funcional do Poder, nos moldes elaborado por Montesquieu² da separação do exercício do poder, cada qual com atuação independente, sendo que esta formação possui como objetivo impedir a tirania dos Estados absolutistas do passado, estabelecendo um *sistema de freios e contrapesos*.³

“O Poder Judiciário é um dos três poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de Direito”, sendo que a sua função típica é a jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei ao caso concreto visando dirimir um conflito de interesse, além de administrar a

Justiça e guardar a Constituição, sempre com o intuito de preservar o Estado Democrático de Direito.⁴

Com a abolição da justiça privada, o Estado avocou para si a função jurisdicional, a qual se consubstancia no “*poder-dever de fazer justiça, dando a cada um o que é seu e pacificando a sociedade*.”⁵

Sendo a função jurisdicional avocada pelo Estado e exercida através do Poder Judiciário, e sendo o Estado obrigado a assegurar a busca da felicidade, como anteriormente registrado, por consequência tal Poder, também possui tal obrigação.

Para entender com profundidade o papel do Poder Judiciário é preciso analisar de forma pormenorizada a sua função típica consubstanciada na jurisdição, a qual é assim delineada por Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante o processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no

¹ MOREIRA, Vital. **A ORDEM JURÍDICA DO CAPITALISMO**. 3ª ed. Coimbra: Centelha, 1978, p. 67-141.

² Destaca-se que a idéia original de separação de poderes não surgiu por Montesquieu, sendo que Platão, Aristóteles e John Locke já idealizavam tal separação, mas não na forma preconizada atualmente e por Montesquieu, o qual acrescenta à separação, a independência dos poderes. In PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A MAGISTRATURA BRASILEIRA**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77 e 78.

³ FRIEDE, Reis. **CIÊNCIA POLITICA GERAL DO ESTADO**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 144.

⁴ MORAES, Alexandre. **DIREITO CONSTITUCIONAL**. 16ª. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 463-465.

⁵ PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A MAGISTRATURA BRASILEIRA**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

*mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).*¹

O Direito é elemento de mudança social, seja através do Poder Legislativo, com a aplicação de novas leis ou revogação de outras, seja através do Poder Judiciário, com a aplicação da lei ao caso concreto ou solução de conflitos em que há lacuna na lei. Em qualquer das hipóteses o Direito pode variar sua posição perante o fenômeno da mudança social:

(...) o direito pode adotar posições de reconhecimento, de anulação, de canalização ou de transformação de suas tendências. No primeiro caso (reconhecimento), o direito reconhece através de suas normas a nova realidade social, declarando a sua legitimidade e, às vezes, criando instrumentos jurídicos que consolidam a mudança. No segundo caso (anulação), o sistema jurídico opõe-se a mudança, ignorando-a ou mesmo aplicando sanções contra determinadas inovações. No terceiro caso (canalização), o direito tenta limitar o impacto de uma mudança ou alterar os seus efeitos, através de reformas que satisfazem parcialmente as reivindicações sociais. No último caso (transformação), o direito assume um papel particularmente ativo: tenta provocar uma mudança na

¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **TEORIA GERAL DO PROCESSO**. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129.

*realidade social por meio de reformas graduais e lentas (transição) ou mesmo radicais e rápidas (revolução).*²

Neste caso resta essencial o papel da hermenêutica jurídica através do conceito de integração, colocado por Carlos Henrique Bezerra Leite, e essencial para a abordagem do tema ora discutido:

*Pode-se, assim, dizer que a integração é o fenômeno que mantém a plenitude da ordem jurídica, ainda que inexistente norma jurídica específica a ser utilizada diante de determinado caso concreto a ser decidido.*³

A integração, por consequência, tem o papel de preencher lacunas, não havendo como se aprofundar no exame desse instituto sem apresentar as espécies de lacunas enumeradas por Maria Helena Diniz:

Três são as principais espécies de lacunas: 1º.) normativa, quando se tiver ausência de norma sobre determinado caso; 2º.) ontológica, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, quando, p. ex., o grande desenvolvimento das relações sociais, o progresso técnico acarretaram o anquilosamento da norma positiva; 3º.)

² SABADELL, Ana Lúcia. **MANUAL DE SOCIOLOGIA JURÍDICA: introdução a uma leitura externa do direito**. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 107-108.

³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **CURSO DE DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 93.

*axiológica, ausência de norma justa, isto é, existe um preceito normativo, mas, se for aplicado, sua solução será insatisfatória ou injusta.*¹

Dessa forma, o papel do Poder Judiciário vai muito além de aplicar a lei ao caso concreto, ele precisa também reconhecer as lacunas, as quais não são apenas decorrentes da ausência de normas, mas também podem advir de normas jurídicas ultrapassadas ou injustas, e mesmo assim deve aplicar o direito, conforme preceitua o artigo 4º do Código Civil, através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Destaca-se ainda que para surgir um ambiente de felicidade e segurança, não basta haver a correta aplicação da lei, resta também necessário o respeito às leis pelos cidadãos, através da chamada virtude cívica:

*As melhores leis só têm valor se forem efetivamente respeitadas, e elas só o são se impregnam os costumes a ponto de se tornarem uma ética coletiva, uma moral cívica. É graças à lealdade dos cidadãos que uma cidade bem instituída pode viver uma vida verdadeiramente política e feliz. Essa lealdade reina no coração dos cidadãos se ela foi suscitada desde a mais tenra idade por uma formação (paidéia) apropriada.*²

¹ DINIZ, Maria Helena. **COMPÊNDIO DE INTRODUÇÃO À CIÊNCIA DO DIREITO**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 452.

² CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org). **HISTÓRIA ARGUMENTADA DA FILOSOFIA MORAL E POLÍTICA: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001], p. 68.

Os indivíduos em seus casos concretos ou nos demais casos esperam do Poder Judiciário, nada mais, nada menos, do que a justiça, pois esta de certa forma traz felicidade individual à pessoa que sofreu, e também enseja a felicidade coletiva quando a mesma é obtida num caso emblemático, de grande repercussão na mídia, e tal decorre também do sentimento de segurança gerado, que pode ser considerado um dos pilares para a busca da felicidade.

A ideia de justiça para Platão possui relação com a metafísica, precisa ser analisada sob o aspecto terreno e além desta vida, pois a justiça é divina e universal, motivo pelo qual “*não se pode ser justo ou injusto somente para esta vida, pois se a alma preexiste ao corpo, é porque também subsiste à vida carnal, de modo que ao justo caberá o melhor e ao injusto o pior.*”³

A ideia de infelicidade está diretamente ligada ao sentimento de injustiça para Platão:

O propósito de Platão é mostrar a cegueira que caracteriza esse sonho de tirania, cegueira que é devida à ignorância do que é o verdadeiro bem. Não se trata, portanto, de fazer um elogio da justiça à maneira da opinião pública, mostrando as vantagens que ela proporciona, trata-se de mostrar que a injustiça é um mal absoluto, e em primeiro lugar para aquele que a comete. (...) Mas a demonstração não será completa a não ser se mostrarmos, ao inverso, que uma vida de tirano é uma vida servil, que uma vida de prazer não é feliz, que uma vida injusta não é justa e nem proveitosa para quem a

³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 120-122.

*leva. O sonho de onipotência, assim que se realiza, não mantém suas promessas. Deve-se compreender sua inanidade e procurar a felicidade em uma outra direção.*¹

Já para Aristóteles, que era discípulo de Platão, a justiça é redimensionada e entendida como uma virtude, num imenso debate ético, “e, portanto, trata-se de uma aptidão ética humana que apela para a razão prática, ou seja, para a capacidade humana de eleger comportamentos para a realização de fins.”²

A virtude da justiça atribuindo a cada um o que é seu, retrata o pensamento de Santo Agostinho, o qual apõe a justiça como “*ratio essendi do Direito; é aquela essentia para este, pois o Direito, sem a justiça, consistiria em mera instituição transitória humana, iníqua e sem sentido.*”³

Dessa forma, “a justiça não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica.”⁴

Portanto, o Poder Judiciário possui papel essencial na busca da felicidade, pois a justiça, e a segurança que dela advém, são pilares essenciais para a concretização da felicidade objetiva e coletiva.

¹ CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org). **HISTÓRIA AURGUMENTADA DA FILOSOFIA MORAL E POLÍTICA: a felicidade e o útil**. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001], p. 59.

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 157.

³ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO**. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 229.

⁴ REALE, Miguel. **FILOSOFIA DO DIREITO**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 272.

4. ANÁLISE DE DECISÕES EM QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ANALISOU O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE

A idéia do atual Estado Democrático de Direito deve ser repensado de forma flexível, pois homens do século XX não podem permanecer presos às ditames do século XVIII. É preciso eliminar a rigidez formal, fazer prevalecer a supremacia da vontade do povo, bem como, preservar a liberdade e a igualdade, dessa forma “a democracia deixa de ser um ideal utópico para se converter na expressão concreta de uma ordem social justa.”⁵

Para compreender e solucionar os conflitos da atualidade, os quais estão cada vez mais complexos e em evolução constante, é preciso ter sensibilidade, ou seja, o julgador contemporâneo precisa ser sensível e responder aos questionamentos da sociedade, muitas vezes numa velocidade muito maior que o Poder Executivo e Constituinte, eis que as leis por diversos momentos não acompanham esta mudança social acelerada, cabendo ao Poder Judiciário conformar muitas situações sem direcionamentos específicos, utilizando unicamente princípios e inclusive a busca da felicidade, objeto do nosso trabalho.

Não estou aqui a defender a legitimação da discricionariedade do juiz ilimitada, ou mesmo, a leitura equivocada do ativismo judicial, somente anseio pelo surgimento de uma nova concepção de juiz, qual seja, “de sujeito ativo do processo político, o que exige do julgador posturas muitas vezes incompatíveis com o rigor formalista”. É preciso haver análise das regras com base nos casos concretos, e não

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. **ELEMENTOS DA TEORIA GERAL DO ESTADO**. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307-314.

somente exigir que os cidadãos se adéquem às normas, sem analisar as consequências dessa rigidez, principalmente em face das transformações sociais.¹

Esse é o entendimento de Lúcia Reis de Almeida:

Esse julgador sensível, - em sintonia com o sofrimento, alegria e anseio da sociedade para a qual trabalha -, faz-me lembrar de um hexagrama que entre os chineses é sinônimo de paz e que é formado por três linhas inteiras sobre três interrompidas: simboliza o masculino que sustenta o feminino, o animus e a anima. Assim, esse símbolo da convivência do Yin e do Yang reflete um milenar sistema filosófico-religioso, que reconhece tanto as diferenças de gênero, como a respectiva coexistência. Essas configurações arquetípicas podem transmitir a todos, juizes ou não, alento para empreender um esforço interno, que objetiva o diálogo e a conciliação de opostos. E todo o esforço será pouco, porque, como vimos, é extremamente árduo para a consciência – a qual muitas vezes desliza para um padrão de comando (patriarcal) ou de prazer (matriarcal) -, permanecer no estado de alteridade.²

Deve-se citar ainda o posicionamento de Paulo Ricardo Schier o qual destaca os princípios como fundamento da ordem jurídica justa, sendo que o julgador no caso concreto obterá a justiça através da relação de ponderação dos princípios, rompendo “com a interpretação e aplicação formalista e positivista do Direito, pois o problema de realização da ordem jurídica deixa de tomar um exclusivo comprometimento com as questões de validade e vigência e passa a assumir, mediante a ponderação, a dimensão da relação de justo/injusto do caso concreto.”³

O papel do julgador resta ainda mais relevante quando se tratam de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de repercussão nacional, envolvendo temas advindos de grandes transformações sociais, que ainda não são aceitos por muitos núcleos da sociedade, mas que afetam diretamente a felicidade de grupos e indivíduos.

Analisando as decisões do Supremo Tribunal Federal encontramos poucos acórdãos que se utilizam da busca da felicidade como fundamento de decisão, os quais envolvem os temas de união homoafetiva como entidade familiar e pesquisas com células-tronco embrionárias, conforme passa a expor.

As duas decisões a seguir transcritas são extremamente elucidativas, e reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo, sob o fundamento de que todos têm direito à busca da felicidade, direito implícito e decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, e para concretizar tal busca há que se reconhecer que todos têm direito à orientação sexual, bem como, a formar uma família independente da orientação que tenha escolhido, eis que o conceito de família baseia-se no afeto e não numa interpretação reducionista.

¹ PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E A MAGISTRATURA BRASILEIRA**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 73.

² PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O JUIZ E A EMOÇÃO: aspectos da lógica judicial**. 4ª. ed. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. 103.

³ SCHIER, Paulo Ricardo. **FILTRAGEM CONSTITUCIONAL: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 131.

E M E N T A: UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO - ALTA RELEVÂNCIA SOCIAL E JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO PERTINENTE ÀS UNIÕES HOMOAFETIVAS - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR: POSIÇÃO CONSAGRADA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADPF 132/RJ E ADI 4.277/DF) - O AFETO COMO VALOR JURÍDICO IMPREGNADO DE NATUREZA CONSTITUCIONAL: A VALORIZAÇÃO DESSE NOVO PARADIGMA COMO NÚCLEO CONFORMADOR DO CONCEITO DE FAMÍLIA - O DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE, VERDADEIRO POSTULADO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO E EXPRESSÃO DE UMA IDÉIA-FORÇA QUE DERIVA DO PRINCÍPIO DA ESSENCIAL DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - ALGUNS PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SUPREMA CORTE AMERICANA SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA FELICIDADE - PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA (2006): DIREITO DE QUALQUER PESSOA DE CONSTITUIR FAMÍLIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL OU IDENTIDADE DE GÊNERO - DIREITO

DO COMPANHEIRO, NA UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA, À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE DE SEU PARCEIRO, DESDE QUE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL - O ART. 226, § 3º, DA LEI FUNDAMENTAL CONSTITUI TÍPICA NORMA DE INCLUSÃO - A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - A PROTEÇÃO DAS MINORIAS ANALISADA NA PERSPECTIVA DE UMA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL - O DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO DE IMPEDIR (E, ATÉ MESMO, DE PUNIR) “QUALQUER DISCRIMINAÇÃO ATENTATÓRIA DOS DIREITOS E LIBERDADES FUNDAMENTAIS” (CF, ART. 5º, XLI) - A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O FORTALECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: ELEMENTOS QUE COMPÕEM O MARCO DOUTRINÁRIO QUE CONFERE SUPORTE TEÓRICO AO NEOCONSTITUCIONALISMO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. NINGUÉM PODE SER PRIVADO DE SEUS DIREITOS EM RAZÃO DE SUA ORIENTAÇÃO SEXUAL. - Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo

de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigule as pessoas em razão de sua orientação sexual. RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR. - O Supremo Tribunal Federal - apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva e invocando princípios essenciais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não discriminação e da busca da felicidade) - reconhece assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. - A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-

se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar. - Toda pessoa tem o direito fundamental de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou de identidade de gênero. A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas. A DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO UM DOS FUNDAMENTOS DA FAMÍLIA MODERNA. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E BUSCA DA FELICIDADE. - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio

essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado. A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PROTEÇÃO DAS MINORIAS. - A proteção das minorias e dos grupos vulneráveis qualifica-se como fundamento imprescindível

à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito. - Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária, em ordem a dispensar efetiva proteção às minorias contra eventuais excessos (ou omissões) da maioria, eis que ninguém se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, à autoridade hierárquico-normativa e aos princípios superiores consagrados na Lei Fundamental do Estado. Precedentes.

Doutrina.

(RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287)

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº

132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento

do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais

heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL

DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice.

Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA

DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

(ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

Não há mais como prosperar a discriminação, seja ela qual for, é preciso respeitar e entender as transformações sociais ocorridas, e admitir a existência de relações sexuais múltiplas, mesmo porque, ela não deixará de existir, os sujeitos apenas estarão confinados sob pena de represália, o que impossibilita a busca da felicidade. Alain Touraine alerta para tal situação:

Os problemas se tornam mais delicados quando nos debruçamos, não mais sobre os diversos tipos de relações duradouras, mas sobre as relações breves ou ocasionais

facilitadas pela contracepção (sobretudo masculina), e mais ainda sobre as relações desvinculadas de todo projeto de vida comum. Ninguém há de negar que estas condutas têm pouca chance de fortalecer o sujeito! Mas não é desta forma que devemos julgá-las. Se aceitarmos a idéia de que o sujeito se forma a partir da experiência sexual, através da relação com o outro e depois consigo mesmo, é preciso admitir a existência de relações sexuais múltiplas, das quais um dos papéis fundamentais é afirmar a autonomia da atividade sexual. E se este argumento não convence todo mundo, ponhamo-nos todos de acordo para combater prioritariamente toda concepção retrógrada da vida sexual tal como triunfa ainda em muitas famílias e escolas – sobretudo religiosas.¹

No que se referem às pesquisas com células-tronco embrionárias, o Supremo Tribunal Federal reconheceu tal direito sob o fundamento que tais “*objetivam o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional*”, e, portanto, não ofendem o direito à vida e à dignidade da pessoa humana, pois tal procedimento “*significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.*”

¹ TOURAINE, Alain. **UM NOVO PARADIGMA: para compreender o mundo de hoje**. 3ª. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 192.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são

células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoíde masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares. II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicizam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofas espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral

amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). (...) VI - DIREITO À SAÚDE

COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. (...) IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de

plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

(ADI 3510, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008, DJe-096 DIVULG 27-05-2010 PUBLIC 28-05-2010 EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043)

É muito importante verificar que o Supremo Tribunal Federal, mesmo que em poucas decisões, já vêm reconhecendo direitos na área social, de família e previdenciário, analisando as transformações sociais e conformando a interpretação das normas jurídicas às novas realidades, com base na busca da felicidade, eis que como afirmado, todos têm esse direito.

CONCLUSÃO

A felicidade é tema que norteia o pensamento de filósofos e pensadores há muitos e muitos séculos, não se podendo definir com exatidão seu conceito e modalidades, os quais variam tão constantemente quanto às transformações sociais.

O que não se alterou ao longo do tempo foi a busca incessante dos indivíduos pela felicidade, tendo o Estado, e, por consequência, o Poder Judiciário, papel fundamental nesta empreitada.

Restou devidamente delineado que o Estado possui obrigação de assegurar a busca da felicidade, através da satisfação de necessidades básicas, como a alimentação, vestuário, educação, saúde, enfim, os direitos fundamentais para uma existência digna, mas jamais a própria felicidade, principalmente quanto ao seu aspecto subjetivo, pois esta deve ser uma busca permanente de cada indivíduo, através da sua realização como sujeito e da descoberta do sentido da sua existência.

Destaca-se que a busca da felicidade já resta implícita no ordenamento jurídico brasileiro, sendo consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, o fato de estar ou não explícito no rol dos direitos sociais, não retira do Estado a obrigatoriedade de assegurar tal direito/princípio.

O papel do Poder Judiciário é essencial para assegurar o direito à busca da felicidade, eis que os indivíduos em seus casos concretos ou nos demais casos esperam deste, nada mais, nada menos, do que a justiça, pois esta de certa forma traz felicidade individual à pessoa que sofreu, e também enseja a felicidade coletiva quando a mesma é obtida num caso emblemático, de grande repercussão na mídia, e tal decorre também do sentimento de segurança gerado, que pode ser considerado um dos pilares para a busca da felicidade.

A idéia do atual Estado Democrático de Direito deve ser repensado de forma flexível, pois homens do século XX não podem permanecer presos às ditames do século XVIII. É preciso eliminar a rigidez formal, fazer prevalecer a supremacia da vontade do povo, bem como, preservar a liberdade e a igualdade.

Para compreender e solucionar os conflitos da atualidade, os quais estão cada vez mais complexos e em evolução constante, é preciso ter sensibilidade, ou seja, o julgador contemporâneo precisa ser sensível e responder aos questionamentos da sociedade, muitas vezes numa velocidade muito maior que o Poder Executivo e Constituinte, eis que as leis por diversos momentos não acompanham esta mudança social acelerada, cabendo ao Poder Judiciário o papel de conformar muitas situações sem direcionamentos específicos, utilizando unicamente princípios e inclusive a busca da felicidade, exatamente como fez o Supremo Tribunal Federal ao reconhecer a união homoafetiva como entidade familiar e declarar a legalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. *Diálogo Sobre A Felicidade*. Lisboa: Edições 70.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *CURSO DE FILOSOFIA DO DIREITO*. 7ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso De Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CAILLÉ, Alain; LAZZERI, Christian; SENELLART, Michel (Org). *História Aurgumentada Da Filosofia Moral E Política: a felicidade e o útil*. Tradução de Alessandro Zir, São Leopoldo: Unisinos, 2003 [2001].

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 12ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos Da Teoria Geral Do Estado*. 28ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio De Introdução À Ciência Do Direito*. 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRIEDE, Reis. *Ciência Política Geral Do Estado*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GABARDO, Emerson. *Interesse Público E Subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GIANNETTI, Eduardo. *FELICIDADE: Diálogos Sobre O Bem Estar Na Civilização*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

KANT, Immanuel. *A Metafísica Dos Costumes*. Tradução de Edson Bini. 2ª. ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2008.

KANT, Immanuel. *A Paz Perpétua E Outros Opúsculos*. Lisboa: Edições 70, 1988.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso De Direito Processual Do Trabalho*. 5ª. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Tradução de Antônio Caruccio – Caporale. Porto Alegre: L&PM, 2009.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 16^a. ed. – São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica Do Capitalismo*. 3^a ed. Coimbra: Centelha, 1978.

PELEJA JÚNIOR, Antonio Veloso. *Conselho Nacional De Justiça E A Magistratura Brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O JUIZ E A EMOÇÃO: Aspectos Da Lógica Judicial*. 4^a. ed. Campinas, SP: Millennium, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia Do Direito*. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RUSSEL, Bertrand. *A Conquista Da Felicidade*; tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editora Nacional.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual De Sociologia Jurídica: Introdução A Uma Leitura Externa Do Direito*. 4^a. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo Uma Nova Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

TOURAINÉ, Alain. *Um Novo Paradigma: Para Compreender O Mundo De Hoje*. 3^a. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

O TRABALHO VIVO E A FORMAÇÃO DO ADVOGADO POPULAR MILITANTE EM DIREITOS HUMANOS

Erika Juliana Dmitruk¹

RESUMO

investiga a maneira pela qual é formado o advogado militante em direitos humanos. Realiza revisão bibliográfica presente na formação dos integrantes de Assessorias Jurídicas Universitárias Populares - AJUPs. Perscruta as influências da educação popular freiriana e do marxismo na construção da identidade deste profissional socialmente engajado com as causas populares. Identifica a predominância de textos da Teoria Crítica do Direito e Direito Alternativo, bem como educação popular freiriana e crítica marxista ao Estado e ao modo de produção. Relaciona o substrato teórico com a extensão. A hipótese de trabalho consiste em que a escolha profissional militante ocorre com a descoberta (o que pode ocorrer na universidade ou fora dela) da possibilidade de realização de uma advocacia viva, ou seja, aquela capaz de criar valores por si mesma, livre da pretensão fetichista do capital e atrelada ao processo de emancipação de si e do próximo. Uma prática advocatícia liberta do trabalho como capital. A pesquisa é fruto do desenvolvimento do trabalho com alunos universitários em um grupo de extensão na Unidade de Ensino Dom Bosco - de São Luís do Maranhão, um grupo de pesquisa em ensino e outro de ensino/pesquisa e extensão na Universidade Estadual de Londrina – de Londrina/Paraná, bem como as intervenções promovidas por estes a partir do estudo das obras levantadas.

¹ Mestre em Filosofia e Teoria do Direito pela UFSC, professora assistente do Departamento de Direito Público – Universidade Estadual de Londrina. Email: erika.dmitruk@uel.br

Palavras chave: *advocacia popular, educação popular, direito vivo.*

ABSTRACT

This article investigates the manner in which the militant lawyer is trained in human rights. It reviews the bibliographical formation of the members of the Assessoria Jurídica Universitária Popular – AJUPs (*Legal Counsel for Activists*). This paper investigates the influences of Paulo Freire popular education method and the Marxism theory on the development of this socially engaged personal identity. It identifies the predominance of Critical Legal Theory texts and of the Alternative Law, as well as the Paulo Freire popular education method and the Marxist critique of the state and the mode of production. This article relates the theoretical background with the extension activities. The working hypothesis is that the professional choice occurs with the discovery (which can occur in university or outside) of the possibility of holding an advocacy, ie, one that can create value for itself, free of pretension fetishistic capital and linked to the empowerment process of himself and others. A law practice frees labor as capital. The research is the result of the development of a work with college students in an extension group in Unidade de Ensino Dom Bosco - São Luís do Maranhão (*Don Bosco Teaching Unit*), a research group in teaching and other educational/research and extension group at the Universidade Estadual de Londrina – Londrina, Paraná (*State University of Londrina*), as well as the interventions promoted by those considering the study of the works listed.

Keywords: *popular advocacy, popular education, live law.*

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo investigar de que maneira é formado o advogado militante em direitos humanos. A partir de uma revisão bibliográfica presente na formação de Assessorias Jurídicas Universitárias Populares, perscrutar-se-ão as influências da educação popular freiriana e do marxismo na construção da identidade deste profissional socialmente engajado com as causas populares.

O ponto de partida da pesquisa dá-se com a experiência em assessoria jurídica popular e universitária, na cidade de São Luís/MA e Londrina/PR. O interesse apresenta-se na medida em que certas leituras são capazes de sensibilizar e despertar em estudantes universitários e profissionais formados uma consciência mais crítica sobre os acontecimentos, bem como uma necessidade de ação.

A hipótese de trabalho consiste em que a escolha profissional militante ocorre com a descoberta da possibilidade de realização de uma advocacia viva, ou seja, aquela capaz de criar valores por si mesma, livre da pretensão fetichista do capital e atrelada ao processo de emancipação de si e do próximo. Uma prática advocatícia liberta do trabalho como capital.

Para isso, em um primeiro momento, será exposto o conceito de trabalho vivo, retirado de trabalhos de Marx e também da Filosofia da Libertação, em trabalhos de Enrique Dussel.

Em seguida, identificar-se-ão os principais textos utilizados nos processos de formação de assessorias jurídicas populares universitárias, a partir da pesquisa em sites e pela experiência realizada na UEL - Universidade Estadual de Londrina e UNDB – Unidade de Ensino Dom Bosco.

Por fim, a partir do aporte teórico da Filosofia da Libertação e o conceito de trabalho vivo, chegar-se-á ao conceito forjado a partir da prática jurídica popular: o Direito Vivo.

1. A FILOSOFIA DA LIBERTAÇÃO E O CONCEITO DE TRABALHO VIVO

Começaremos o presente item com um texto de Marx, *Maquinaria e Trabalho Vivo* (2012). Neste texto Marx assevera que a característica do modo de produção capitalista é a substituição do trabalho humano pela máquina. Nessa substituição, que não busca a diminuição da jornada individual de trabalho, mas a redução da quantidade de trabalhadores empregados, o trabalho vivo – produzido pelo homem –, é substituído pelo trabalho morto – da máquina.

Assim, conforme avança a tecnologia, o corpo humano, o homem e seu trabalho, passam a ser supérfluos ante a maquinaria. O trabalhador eliminado, desnecessário na fábrica, resta submetido ao despotismo do capital. Ou então, deve adaptar-se ao trabalho colonizado desta forma.

Em seus *Manuscritos Econômicos Filosóficos* (MARX, 1978), Marx reflete sobre a propriedade privada e o trabalho. Muitas de suas conclusões neste texto também nos auxiliarão a entender o trabalho, inserido e absorvido pelo sistema capitalista, como trabalho morto.

Identifica a propriedade privada – perceptível, sensível – como expressão da vida humana alienada no capitalismo; e a religião, a família, Estado, direito, moral e ciência como modos particulares de produção submetidos à mesma lei geral (1978, p. 09).

Essa forma de vida, submetida ao modo de produção capitalista, apenas se manifesta como reprodução de valores necessários para a própria manutenção do sistema. E isto não ocorre apenas com relação à maneira que se associa com o trabalho, mas em todas as esferas da vida, conforme parágrafo anterior. Essa vida, então, é apenas aquela esperada ou autorizada pelo modo de produção capitalista. Ela é subsumida ao sistema, perde-se na unidade do sistema.

Assim, o homem, entendido como ser social, é capaz de produzir a si e ao outro em sociedade – sempre em confronto e relação ao modo de produção material. Para Marx (1978, p. 09):

A essência humana da natureza não existe senão para o homem social, pois apenas assim existe para ele como vínculo com o homem, como modo de existência sua para o outro e modo de existência do outro para ele, como elemento vital da efetividade humana; só assim existe como fundamento de seu próprio modo de existência humano, e a natureza torna-se para ele o homem. A sociedade é, pois, a plena unidade essencial do homem com a natureza, a verdadeira ressurreição da natureza, o naturalismo acabado do homem e o humanismo acabado da natureza.

Entendendo o indivíduo como ser social e a consciência como “figura teórica cuja figura viva é a comunidade real” (MARX, 1978, p. 10) transformar a consciência é transformar a sociedade, e vice-versa.

Assim, quando o modo de produção capitalista e a propriedade privada são superados (transformação da sociedade), é possível ao homem apropriar-se de seu ser global, reinventando suas relações com o mundo e com outros homens. Redescobrimos as funções mais humanas – “ver, ouvir, cheirar, saborear, sentir, pensar, observar, perceber, querer, atuar, amar” – (1978, p. 11) deixamos a estupidez de tudo querer ter e transcenderemos o desejo de possuir e consumir tudo e todos.

Transformando a consciência também é possível transformar o mundo real. É neste sentido que analisaremos a formação teórica dos atores da assessoria jurídica popular como fator determinante na criação de nova forma de relacionar-se com o outro e com o mundo, refletindo na maneira de entender o Direito e de atuar como profissional.

Na filosofia da libertação este olhar de fora, olhar a partir da vida ainda não domesticada pelo sistema, fora da unidade capitalista, recebe o nome de uma nova categoria – a exterioridade.

Enrique Dussel defende a tese de que a categoria fundamental em Marx seja a exterioridade, no lugar da totalidade. Na totalidade o capital figura o valor como seu momento essencial e o trabalho objetivado – pago, absorvido, domesticado, subsumido – é o trabalho como capital. (LUOWIG, 2006, passim).

No sentido negativo, o trabalho não objetivado é considerado nada de capital. Em sua existência objetiva, é trabalho como existência e não como objeto. É o outro do capital. (LUOWIG, 2006, passim)

Analisando a capacidade do sujeito vivo, seu trabalho é atividade e não capital. É fonte criadora do valor, é anterior e exterior ao capital. Resgatando a categoria trabalho vivo de Marx, afirma-se que este não é valor, não é dinheiro, não é capital – é o não-ser do capital. (LUOWIG, 2006, passim)

Assim, o trabalho vivo enquanto ponto de partida se encontra fora, além, na exterioridade do capital. E não se confunde com capacidade de trabalho ou força de trabalho – categorias que existem apenas em relação ao capital. O trabalho vivo é o trabalho em si.

Aceitando a exterioridade como categoria da filosofia da libertação, partimos da investigação desta como exterioridade essencial abstrata, entendendo que a mesma trata da classe trabalhadora como outra em relação à classe capitalista, assim

como a periferia é outra em relação ao mundo de centro. Isso só é possível enquanto o trabalhador não vende sua capacidade de trabalho, pois neste momento submerge no capital e funda-se nele, aliena-se. (LUOWIG, 2006, *passim*)

A exterioridade, e o trabalho vivo, por outro lado, afirma-se como novo lugar de sentido determinante, categoria capaz de denunciar o capital como totalidade a partir da alteridade (o pobre, concebido como trabalho vivo, despojado da riqueza, que se define e adquire sentido, no interior da lógica do capital) – fundado no ser. (LUOWIG, 2006, *passim*).

Após levantarmos a formação teórica dos assessores jurídicos populares universitários, resgataremos esta categoria para entender o Direito exteriorizado por eles como o Direito Vivo – não objetivado e fundado no capital, mas sim criador de valores - o não-ser do capital.

2. PRINCIPAIS TEXTOS UTILIZADOS NA FORMAÇÃO DE ASSESSORES JURÍDICOS POPULARES UNIVERSITÁRIOS

Essa investigação inicia-se com a pesquisa em sítios de assessoria jurídica universitária popular. A partir de uma leitura dos mesmos, é possível verificar os principais interesses de trabalho das assessorias e também os eixos de formação.

A pesquisa ocorreu nos seguintes sítios: RENAJU – Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária; Centro de Assessoria Popular Maria Criola/RJ; Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária –NAJUC/UFC; Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS; Serviço de Apoio Jurídico – SAJU da UFBA; Núcleo de Assessoria Jurídica Popular da UFMA – NAJUP Negro Cosme; Núcleo de Assessoria Jurídica Universitária Popular da UNDB/MA – PAJUP; Núcleo de Assessoria Jurídica Popular da UNDB; LUTAS: São Luís – projeto de Extensão UNDA; Assessoria Jurídica Popular Aldeia Kaiapó – UFPA; Serviço de Assessoria

Jurídica Universitária Popular – SAJU UFPR; LUTAS: Formação e Assessoria em Direitos Humanos – UEL/PR.

O blogue ao qual todos os demais fazem referência é o da RENAJU – Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária¹. Neste sítio encontramos as referências mais gerais, quando se trata do tema formação de assessores jurídicos populares.

São identificados como principais autores indicados: Paulo Freire, Roberto Lyra Filho, José Geraldo de Sousa Junior e Miguel Pressburger. Os textos dos juristas indicados são fortemente marcados por uma análise marxista do Direito, principalmente tendo como marco teórico Pashukanis. A poesia engajada também é bastante levada a sério (como se verá, a arte é muito levada a sério pelos assessores jurídicos populares).

O SAJU-Bahia foi o primeiro projeto de extensão da Universidade Federal da Bahia e continua em andamento. Hoje conta com 50 anos. Da leitura do sítio² depreende-se que o mesmo atua em duas frentes: assistência judiciária individualizada e assessoria popular. Realiza anualmente um curso de capacitação, sendo que a ausência no mesmo gera a eliminação do interessado em ingressar no serviço. Apesar das obras utilizadas no curso de capacitação não estarem disponíveis no sítio, foi possível identificar, a partir dos artigos escritos e temas de interesse, forte influência da reflexão crítica a partir da bibliografia básica identificada nas assessorias (teoria crítica do Direito, marxismo, método Paulo Freire)

No Centro de Assessoria Popular Mariana Criola³, criado em 2007 na cidade do Rio de Janeiro, o foco de atuação se dá na prestação de serviços jurídicos às populações tradicionais quilombolas e movimentos de luta pela moradia, terra e

¹ <http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com.br/>

² <http://sajubahia.blogspot.com.br/>

³ <http://www.marianacriola.org.br/>

trabalho. O nome do centro deve-se à rainha quilombola Marianna Crioula, que liderou em 1838 uma revolta (Revolta das Vassouras) na qual participaram mais de 500 (quinhentos negros).

Este Centro não está ligado a nenhuma universidade, mas atua em conjunto com várias, e também com estudantes universitários. Conta, inclusive, com apoio da RENAP – Rede Nacional de Advogados Populares.

Seus eixos de atuação são três: acesso à terra, proteção do território quilombola e proteção ao meio ambiente; direito à moradia e aos serviços essenciais e criminalização da pobreza e dos movimentos sociais.

O SAJU-UFRGS foi fundado em 1950 e constitui-se em um programa de extensão da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Segundo o sítio da universidade ¹ este programa conta, inclusive, com uma revista – Revista do SAJU – Por uma visão crítica e interdisciplinar do Direito, a qual teve seu primeiro número lançado em 1992. Nos primeiros números encontramos muitos artigos sobre Direito Alternativo, democratização do judiciário, assessoria jurídica popular, pluralismo jurídico, ensino jurídico. Nos números mais recentes o direito à moradia ganha os títulos de artigos descritivos de ações, e o ensino jurídico e a assessoria jurídica popular continuam sendo temas de reflexão.

O NAJUP Negro Cosme é o serviço de assessoria jurídica popular da UFMA – Universidade Federal do Maranhão². Suas principais ações e reflexões tem sido sobre a questão urbana, principalmente por conta de processos de transformação acelerada da cidade de São Luís do Maranhão. Pedagogia do Oprimido e O que é Direito aparecem como livros indicados para leitura.

¹ <http://www.ufrgs.br/saju/>

² <http://najupnegrocosme.blogspot.com.br/>

Na Unidade de Ensino Dom Bosco – também em São Luís, encontra-se o PAJUP³, que se constitui em um projeto de extensão que autorrefere sua prática como alicerçada na educação popular, com a proposição de uma atuação dialética e dialógica (apresentando as influências de Freire e Marx) na construção de um conhecimento em conjunto com a comunidade.

O NAJUPAK – Belém encontra-se albergado na Universidade Federal do Pará – UFPA.⁴ Entre suas temáticas encontram-se: direito à moradia, violência prisional, sexismo, educação popular e estudo crítico do Direito. Mais um autor merece ser citado (e os outros já citados são reafirmados), é Luís Alberto Warat.

O NAJUC-UFC⁵ também se apresenta como grupo que possui a práxis da Educação Popular e Assessoria Jurídica Popular. Pelos títulos de seus projetos (Projeto Comunas, Rodas de Discussão, entre outros) é possível notar a influência da teoria marxista na formação do núcleo. Coloca, entre seus objetivos, além do trabalho com a comunidade e movimentos populares, a produção científica, para a exposição dos referenciais teóricos e práticos da Assessoria Jurídica Popular.

Na UFPR encontra-se o SAJUP, do qual não encontramos um blog, mas apenas uma lista de discussão do yahoo.⁶ Na descrição do grupo temos que este formou-se em 2001, é integrante da RENAJU e tem atuado em diversas comunidades desde então.

³ <http://pajup-undb.blogspot.com.br/>

⁴ <http://najupak-belem.blogspot.com.br/>

⁵ <http://najuc.jimdo.com/>

⁶ http://br.dir.groups.yahoo.com/group/SAJUP_UFPR/?v=1&t=directory&ch=web&pub=groups&sec=dir&slk=35

Na UNB o programa Direito Achado¹ na Rua completa 25 anos, com vasta produção em sede de teorização da teoria crítica do Direito, especializando-se em áreas como direito à saúde, moradia, trabalho e da mulher.

Na UEL/PR encontra-se o recém-iniciado Lutas: formação e assessoria em direitos humanos². Os textos específicos de sua formação serão analisados no próximo tópico, e a escolha destes deu-se a partir de pesquisa sobre temas relacionados à teoria crítica do Direito, teoria do política, assessoria jurídica e marxismo, educação popular.

Verificou-se, com esta pesquisa, unanimemente, a presença da metodologia de educação popular de Paulo Freire, sendo que a obra mais citada é a Pedagogia do Oprimido – texto de cabeceira de assessores jurídicos populares.

Os temas de interesse das assessorias também são bastante similares, valendo a pena sistematiza-los. O quadro abaixo apresenta os temas mais citados nos blogues pesquisados:

TEMAS IDENTIFICADOS COMO DE INTERESSE NOS SITES:

ASSESSORIA	CIDADE/ URBANIZAÇÃO REMOÇÕES	PRESÍDIO VIOLÊNCIA PENAL	VIOLÊNCIA/ DIVERSIDADE SEXUAL	EDUCAÇÃO POPULAR	ESTUDO CRÍTICO DO DIREITO	CONFLITOS RURAIS/ COM. TRAD.
SAJU - BA			X	X	X	X
RENAJU	X	X	X	X	X	X
Mariana Criola	X	X		X		X
SAJU - RS	X		X	X	X	
NAJUP - UFMA	X		X		X	
PAJUP - UNDB	X			X	X	
NAJUPAK - UFPA	X	X	X	X	X	X
NAJUC - UFC	X	X		X	X	
SAJUP - UFPR	X					
UNB	X		X	X	X	
LUTAS UEL	X			X	X	X

¹ <http://odireitoachadonarua.blogspot.com.br/>

² <http://lutas-londrina.blogspot.com.br/>

Assim, é possível identificar uma raiz comum na formação de assessores jurídicos populares, bem como relacioná-la com as causas escolhidas para engajamento dos grupos de assessoria.

Para a realização da formação do grupo LUTAS, da Universidade Estadual de Londrina, foi realizada uma pesquisa para investigar os textos utilizados em outras assessorias jurídicas populares, levando-se em conta o perfil dos integrantes e as necessidades locais.

O substrato teórico do grupo consiste numa visão crítica do Direito, forjada na perspectiva marxista da análise deste e do Estado, a partir de trabalhos realizados na Universidade de Brasília - UnB com as obras que formam a coleção Direito Achado na Rua e em textos do professor Roberto Lyra Filho, bem como na metodologia de educação popular de Paulo Freire. O grupo é formado por uma professora orientadora e alunos matriculados do primeiro ao quinto ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

Em reuniões semanais, com duração de uma utilizamos as seguintes obras, algumas completas e outras apenas alguns capítulos: Pedagogia do Oprimido – Paulo Freire; Comunicação e cultura populares – Cicília Peruzzao; O que é Direito – Roberto Lyra Filho; A Ciência do Direito: conceito, objeto e método – Agostinho Ramalho; A Prática da Assessoria Jurídica na Faculdade de Direito da UnB – José Geraldo de Sousa Junior; Assessoria Jurídica Popular no Brasil: paradigmas, formação histórica e perspectivas – Vladimir de Carvalho Luz e Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política – Ivan Furmann.

Um cronograma com as datas de discussão de cada texto foi entregue na primeira reunião e os alunos que iriam conduzir as reuniões também foram escolhidos neste momento. Assim, a dinâmica das reuniões conta sempre com um facilitador, que é o aluno responsável pela motivação e desenvolvimento dos debates.

O facilitador deve ler o texto indicado e também procurar mais informações sobre o autor, o contexto no qual a obra foi escrita, discussões similares em outras obras – abrangendo músicas, poesias, textos literários em prosa. Cabe a ele não fazer um resumo do texto, uma vez que todos os participantes da reunião já leram. A intenção é enriquecer o texto, ir além do texto, ruminar o texto.

A obra de Paulo Freire, Pedagogia do Oprimido, foi nosso ponto de partida, considerando que os movimentos de assessoria jurídica popular utilizam a metodologia do autor.

A partir de Freire questionou-se o modelo de educação bancária (1987, *passim*) – e o mais interessante foi a reflexão dos alunos sobre este modelo dentro da Universidade. Identificaram-se com as limitações das aulas expositivas, e como produtos desta forma de educar. Passaram a, inclusive, esmerar-se mais na construção do próprio conhecimento, aprofundando as investigações nos textos subsequentes e enriquecendo-as com dados do seu cotidiano e da realidade que os cerca.

Com Freire também refletimos sobre opressores e oprimidos, e a necessidade de libertação de ambos. Abriu-se mundo novo, trazido pela percepção de que o homem é um ser inacabado, e que ninguém pode libertar-se sozinho. A humildade e a capacidade de dialogar (verdadeiramente) foram identificadas como qualidades importantes no processo de construção da própria cidadania e da cidadania dos que iríamos encontrar – o processo foi se desmistificando.

A leitura de Paulo Freire com as novas gerações revelou-se uma experiência muito gratificante. As palavras do professor tocaram profundamente os alunos, e sua forma de apresentar os conflitos e as relações entre oprimidos e opressores nos tiraram do lugar comum.

Também houve, já de partida, um interesse em intervir na realidade. Não ficar apenas com as reflexões teóricas. Sentimo-nos instigados a procurar meios de ação e não apenas de reflexão.

Procuramos, a partir daí, realizar reuniões cada vez mais participativas e invocativas das experiências pessoais para a reflexão dos textos que se sucediam. A ideia sempre foi aplicar a metodologia primeiro para nós, para depois, ao sair no trabalho de campo, buscarmos fazer isso de modo cada vez mais natural.

A partir da motivação, fruto da leitura de Paulo Freire, começamos a estudar, ainda com textos bastante iniciais neste primeiro semestre, a teoria crítica do Direito.

A partir da obra *O que é o Direito* (LYRA FILHO, 1995, *passim*) refletimos sobre a diferença entre Direito e lei. Descolaram-se os dois conceitos. Passamos a questionar a existência de direitos não previstos na lei, e como isso se apresenta nas reivindicações dos movimentos sociais.

Também se aprofundou o entendimento das ideologias jurídicas, e como, na origem, positivismo e jusnaturalismo se parecem. A partir do conceito de Roberto Lyra Filho identificou-se o fator realidade social como o verdadeiro substrato da norma. É a práxis jurídica que molda o Direito – conclusão de uma das reuniões do grupo.

Com a reflexão da dialética social do Direito passamos a perceber que atuar de maneira diferenciada é necessário e importante. Que o papel do advogado na transformação da realidade concreta é imenso e que existem espaços não explorados e cuja ocupação é essencial.

Com o discurso jurídico compartilhado, podemos investir as populações insurgentes e marginalizadas de discurso e ferramentas de ação, empoderando-as. Refletimos que, mesmo sem uma revolução de Estado, o Direito pode modificar a

sociedade, e este papel cabe ao advogado comprometido com a transformação social – um advogado emancipado e comprometido com a emancipação.

Desde esse ponto as questões concretas passaram a incomodar os alunos. Fomos procurados no fim de agosto de 2011 por uma liderança comunitária, que, conhecendo nossos estudos, solicitou ajuda para a resolução de uma situação envolvendo a urbanização em Londrina. As reformas em uma praça, em um bairro que hoje é de classe média, mas que antes era um bairro popular, estavam gerando conflitos com diversas complexidades.

Após as leituras que fizemos até aqui os alunos não se quedaram inertes. Quiseram intervir efetivamente, e esta experiência será narrada no próximo tópico. Estes dois parágrafos servem apenas para ilustrar o momento em que o chamado e a resposta ocorreram, e, principalmente, a inexorabilidade da resposta positiva ao chamado, demonstrando a coerência entre o que é estudado e o que é vivido.

A partir do texto de Agostinho Ramalho Marques Neto (s/d, passim) questionamos a forma como se dá o ensino jurídico na universidade, de maneira mais específica. Partindo também do conceito freiriano de educação, o autor critica a concepção autoritária do processo educacional que tem servido para conservar o dogmatismo predominante no pensamento jurídico.

Ao deixar ao aluno o papel de mero expectador passivo, este passa a desinteressar-se pelo conhecimento, aprendendo apenas a repetir o que está posto, a partir de fórmulas decoradas, memorização de jurisprudências, teses e artigos.

Questionou-se, inclusive, a proliferação dos cursinhos preparatórios para concurso - que repetem esta fórmula e privilegiam o aluno que consegue memorizar a maior quantidade de conteúdo possível. Repita-se – memorizar! Quais profissionais têm sido selecionados para ocupar os cargos públicos então?

O autor reforça os questionamentos dos textos anteriores, sobre educação, diferença entre Direito e Lei, necessidade de uma formação crítica, e de desamarar-se do preconceito positivista e idealista de ciência. Com isso os alunos se sentiram mais contemplados nas suas indagações e indignações. Sentiram-se aprofundar nos estudos já que à medida que os textos sucediam-se, mais eles entendiam. Uma nova ciência jurídica descortinava-se.

É importante ressaltar essa qualidade da escolha dos textos, o fato deles interrelacionarem-se e a cada um a questão do ensino, dogmática jurídica e formação crítica ser aprofundada. Para os alunos, quanto mais vão entendendo, mais vão se motivando.

Trabalhando com autores como LYRA FILHO, SANTIAGO DANTAS e FREIRE, Agostinho Ramalho aprofunda as discussões sobre ensino jurídico e a função do ensino bancário e dogmático na universidade.

Já na reunião onde foi discutido o texto de Boaventura Sousa Santos (SANTOS, s/d) o ponto alto foi a desmistificação do saber científico e as implicações do poder econômico nas pesquisas realizadas na universidade. Aqui os alunos foram provocados a questionar a parcialidade das pesquisas e dos seus resultados e como a inserção do interesse econômico neste campo da universidade pode mudar o perfil e a resposta das mesmas.

Discutiu-se a crise da universidade, em especial a universidade pública. Isso de forma contextualizada com o capitalismo organizado. A autonomia universitária foi identificada como uma conquista contraditória – analisada pelo prisma da utilização desta como uma forma de diminuição de transferência de recursos.

Percebemos que a diminuição dos recursos nas universidades públicas pode gerar uma maior dependência desta ao capital industrial – um pacto faustino, como diz Boaventura, uma vez que ele pode levar os investigadores mais capazes a

desviarem suas pesquisas para aquelas rentáveis, gerar sigilo dos procedimentos e etapas de investigação científica (porque esta deixa de ser pública a partir do momento que é financiada com capital privado), alteração degenerativa das prioridades científicas, acentuação das diferenças de salários entre docentes, conforme estes investiguem temas economicamente exploráveis. Enfim, a lógica produtivista tomando conta dos centros universitários. (SANTOS, s/d, *passim*)

Neste texto foi bastante destacada a experiência da UnB sob o reitorado de Cristovam Buarque (e seria até interessante acrescentarmos mais textos sobre isso para os próximos grupos de formação), pois naquela oportunidade procurou-se “articular a tradição elitista da universidade com seu compromisso social” (SANTOS, s/d, s/p). Deu-se ênfase aos projetos do Decanato de Extensão e entre eles o Direito Achado na Rua o qual tem por objetivo valorizar todos os direitos comunitários, locais e populares, mobilizando-se em favor das classes populares. Esse movimento teve continuidade com o reitorado de José Geraldo de Sousa Junior.

Os facilitadores desta reunião trouxeram vídeos produzidos pelos alunos da UnB sobre a experiência do Direito Achado na Rua. Visualizar esses relatos trouxe incentivo e motivação para os alunos do grupo da UEL, que também sentiram necessidade de ter experiências como aquelas.

Do texto de Vladimir Luz (2008, p. 193-229) discutimos a proposição do autor que consiste em:

(...) As Assessorias Jurídicas Populares, no Brasil, cumpriram, em seus campos distintos de atuação, a função histórica de serem um dos principais *fronts* de articulação de saberes e de concretização prática de várias premissas do pluralismo jurídico como projeto emancipatório.

Segundo o autor as assessorias jurídicas populares são fundamentais para o reconhecimento e exercício de direitos marginalizados, informais – o pluralismo jurídico em si. Com a proximidade da assessoria aos movimentos sociais são criados vínculos que permitem aos movimentos reconhecerem-se como legítimos produtores de Direito e aos alunos extensionistas e advogados populares tomarem conhecimento de outras concepções de Direito e Justiça, muito mais amplas do que aquelas apreendidas nos bancos escolares.

Este texto é fundamental, pois completa os demais, repetindo-o em algumas partes (ideia de justiça, concepção crítica do ensino jurídico, necessidade de aproximação entre jurista e movimentos sociais) e ao mesmo tempo aprofunda sobremaneira os conceitos de extensão e emancipação.

Extensão e emancipação, conforme visão de Vladimir Luz (compartilhada pelo grupo), estão diretamente ligadas ao reconhecimento e exercício das juridicidades insurgentes e de práticas jurídicas informais.

Aprendemos que os serviços legais populares possuem visível proximidade aos movimentos sociais – o que não é repetido nos núcleos de prática jurídica, onde o atendimento da população carente se dá, em regra, de forma individualizada, conforme o direito posto e segundo uma interpretação tradicional e jurisprudencial do mesmo.

A curiosidade por experiências concretas foi aumentada no grupo, que também estava ansioso por tomar contato com formas alternativas de solução de conflito e rotinas de serviços legais populares.

Neste momento surge, de maneira mais concreta, o desejo de criar uma AJUP – Assessoria Jurídica Popular na Universidade Estadual de Londrina (onde nunca foi criada uma). A descrição das atividades desenvolvidas nas universidades

onde existem esses núcleos, bem como a menção novamente da experiência do Direito Achado na Rua, animou os alunos.

O texto de Vladimir Luz levou, ainda, a refletirmos sobre as diferenças entre o movimento de direito alternativo na Europa e na América Latina e também sobre o papel da assessoria jurídica popular como estratégia relevante de extensão universitária, reformadora do perfil do ensino tradicional, cujas características básicas são citadas por LUZ: centralidade da aula-conferência, dogmatismo, currículos fechados, alheamento dos problemas sociais candentes, tecnicismo, publico de alunos acomodados, professores sem aprimoramento.

O texto de José Geraldo de Sousa Junior (2007, *passim*) contempla e aprofunda a Assessoria Jurídica Comunitária, identificando a importância desta na formação dos alunos do curso de Direito. Os debates do encontro anterior aprofundaram-se e tivemos, a partir do texto, uma reconstrução histórica do fenômeno.

O professor também levanta vários trabalhos acadêmicos que relatam experiências com assessoria jurídica popular. A esta altura o grupo já estava em campo, realizando entrevistas com moradores do Jardim Igapó, investigando documentos oficiais da prefeitura de Londrina e pesquisando temas jurídicos que pudessem auxiliar na resolução do impasse na praça.

Com o texto de Furmann (2006, *passim*) o debate foi retomado, e acrescentou-se a distinção entre assistência jurídica e assessoria jurídica popular. Apesar de atualmente alguns autores criticarem esta separação, a intenção do autor foi compreendida pelo grupo, a partir da ideia de que na assessoria jurídica se busca o empoderamento e emancipação das comunidades atendidas e não a criação de um vínculo de dependência. Na assessoria jurídica popular formamos e nos formamos cidadãos – foi a conclusão do grupo. Trata-se de trabalho muito diferente do realizado no estágio curricular – EAJ (Escritório de Aplicação). Lá os atendimentos são

individuais, baseados no direito positivo e jurisprudência dominante. Existe um movimento de manutenção do *status quo*.

Sobre comunicação popular (PERUZZO, 1995, p. 143-162) distinguimos as diversas formas de comunicação. Refletimos sobre o modo de atingir os grupos populares, principalmente no que diz respeito a como gerar a abertura e criar um espaço onde todos possam sentir-se a vontade para contribuir. Foram estudadas regras e técnicas de fala, bem como refletimos sobre o nosso próprio modo de falar e percepção do que precisamos melhorar. Evitar a participação limitada e a participação não participativa também foi um dos focos.

Neste ano de 2012 trabalhamos sobre uma programação do curso de formação crítica ao Direito Crítico ministrado pela OAB/MA na cidade de São Luís do Maranhão.¹ Os textos foram estruturados em três eixos: Crítica Transmoderna, 1ªinsurgência – América Latina e Brasil: quilombo, missões, farroupilha, canudos, coluna prestes e guerrilha urbana. Os textos que compõe este eixo tem como fio comum a filosofia da libertação com forte base teórica na obra de Enrique Dussel.

Como são textos mais densos, contamos com a colaboração de professores de outras áreas (Sociologia e Filosofia) para entendermos os mesmos.

No texto de Enrique Dussel abordamos o eurocentrismo e a dificuldade, extremamente atual, de vivenciar a alteridade (DUSSEL, 1993, p. 15-26). Discussão extremamente relevante em nossa sociedade que insiste em negar a existência de povos indígenas e aposta em sua assimilação como uma ferramenta de guerra.

No texto de Euclides André Mance tivemos oportunidade de conhecer um pouco a história da filosofia latinoamericana e aos conceitos da filosofia da libertação (MANCE, 2000, p. 25-80).

¹ <http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com.br/2012/03/minicurso-da-critica-ao-direito-no.html>

Lemos ainda, Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo (LUDWIG, 2006, p. 154-277); PACHUKANIS (2009, p. 137-152), MARX (s/d), LYRA FILHO (1988, p. 26-31) e PRESSBURGER (1995, p. 21-35).

Por fim, encerramos a formação de 2012 discutindo os Movimentos Sociais e suas formas de atuação, educação popular, assessoria jurídica popular e pesquisa-ação, a partir dos textos de FALS BORDA (1984, p. 42-62), PRESSBURGUER (1992, p. 44-52), GOUVEIDA DA SILVA (2007, p. 1-26) e INSTITUTO DE APOIO JURÍDICO POPULAR (1987, p. 1-10).

Toda essa atividade teórica, como não poderia deixar de ser, permeada pela prática. Continuamos participando de atividades na comunidade da Praça do Jardim Igapó e oferecemos um curso sobre Como Fundar uma Associação de Bairros para seus moradores, a fim de que as lutas tenham continuidade e êxito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise das categorias exterioridade e trabalho vivo foi possível identificar formas de manifestação do ser não colonizadas pelo capital.

A prática jurídica diária tem sido, cada vez mais, alvo de ataques uniformizantes, com o aparecimento de escritórios que lidam com contencioso de massa (ações de bancos, financiamentos, consórcios, impactos ambientais e econômicos), advogados contratados para cumprir jornadas de trabalho intensas e ausentes de criatividade, onde as peças processuais e audiências são meras formalidades copiadas e coladas, fazendo a engrenagem do sistema continuar funcionando.

Assistimos ao crescimento de uma advocacia de atacado que, como no início da revolução industrial, cria tecnologias para necessitar do menor número

possível de advogados (trabalhadores) para resolução de contendas repetitivas (oriundas das discrepâncias das relações capitalistas), fundando linhas de produção de “resoluções” padrões dos conflitos.

Muitos estudantes universitários do curso de Direito já convivem com essa realidade como estagiários, e entram na engrenagem como mais um operário facilmente substituível, descartável.

O que se tem percebido em relação aos alunos que participam das assessorias jurídicas universitárias populares é que a percepção do Direito é alterada. Com a leitura dos textos, a reflexão sobre as origens das leis e suas funções, uma ampla gama de questionamentos é despertada. O contato com a realidade de populações marginalizadas e movimentos sociais organizados faz despertar nesses atores o desejo de encontrar novas argumentações jurídicas, baseadas não na repetição estéril da lei, mas em construções teóricas novas. A pesquisa jurídica passa a ter novo sentido. Não se restringe ao recorte de jurisprudências favoráveis a serem coladas ao final de um texto literal da lei.

Ao discutir-se, e conscientizar-se acerca das relações entre o modo de produção capitalista e as mazelas modernas, a busca de sentido tem início. E a partir daí a curiosidade acadêmica vai a campo (práxis).

Nos textos de formação das AJUPs a crítica ao ensino do Direito tem lugar especial – pois é necessário problematizarmos quem e para que as nossas faculdades têm formado. Quem é beneficiado com essa visão do Direito reduzido à lei e ao ensino que incentiva a reprodução de manuais, aos quais o adjetivo superficiais seria um elogio?

Com os textos sobre educação popular encontra-se uma nova forma de ensinar e aprender, e esta passa a fazer parte do próprio crescimento do grupo, que

aplica a si próprio o método, ansiando por sua libertação em conjunto com a comunidade.

Outrossim, as análises econômicas dos problemas sociais incentivam formas de luta que antes não chamavam a atenção. E foi possível constatar que, às semelhanças teóricas na formação das AJUPs correlacionam-se semelhanças nas escolhas das causas.

Podemos inferir daí que a reflexão teórica crítica, fundada na educação popular, teoria crítica do Direito, teoria marxista leva, necessariamente, à busca por respostas a problemas identificados como típicos do capitalismo, e com abrangência em nosso território nacional.

As lutas por temas relacionados às cidades – moradia, processos de urbanização excludentes; ao sistema prisional – criminalização de movimentos sociais, seletividade do controle punitivo; diversidade sexual – preconceito, biopoder, violência; campo – reforma agrária, comunidades tradicionais; educação popular e educação jurídica; estão presentes em todas as assessorias levantadas.

A presente pesquisa teve, entre seus objetivos, relacionar as instigações teóricas às frentes de trabalho escolhidas pelas AJUPs. E o que constatamos é uma certa uniformidade de temas escolhidos, e uma característica comum entre eles – tratam-se de manifestações de resistência à totalidade capitalista.

Por isso, consciente da necessidade de investigações posteriores, tem-se a ousadia de apontar esse direito surgido da militância nos movimentos de assessoria jurídica popular como um direito vivo, o uma forma específica de trabalho vivo, constituindo-se como novo lugar de sentido determinante, categoria capaz de denunciar o capital como totalidade a partir da alteridade.

novos movimentos sociais na América Latina. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 214-245.

DUSSEL, Enrique. 1492: o encobrimento do outro. *A origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis. RJ: Vozes, 1993. p.15-26.

FALS BORDA, Orlando. Aspectos teóricos da pesquisa participante: considerações sobre o significado e o papel da ciência na participação popular. In: BRANDÃO, Carlos Rodrigues. *Pesquisa participante*. São Paulo: Brasiliense, 1984, 42-62.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 11ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

FURMANN, Ivan. *Assessoria jurídica universitária popular: da utopia estudantil à ação política*. 2006, 111f. Monografia (bacharelado) Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. Paraná.

GOUVEIA DA SILVA, Antonio Fernando. A perspectiva freiriana de formação na práxis da educação popular crítica. Em: _____. *A busca do tema gerador na práxis da educação popular*. Curitiba: Gráfica Popular, 2007, p. 1-26

INSTITUTO APOIO JURÍDICO POPULAR. Direito insurgente: anais de fundação. Rio de Janeiro: AJUP, out. 1987. p. 1-10.

LUOWIG, Celso. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p.154-277.

LUZ, Vladimir de Carvalho. *Assessoria Jurídica Popular no Brasil: paradigmas, formação histórica e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.p. 193-229.

LYRA FILHO, Roberto. Por que estudar direito hoje?. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (org.). *O direito achado na rua*. Brasília: UnB, 1988, p. 26-31. _____. *O que é direito*. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMACHO, Daniel. Movimentos sociais: algumas discussões conceituais. Em: SCHERER-WARREN, Ilse; KRISCHKE, Paulo J. *Uma revolução no cotidiano?: os*

MANCE, Euclides André. Uma introdução conceitual às filosofias de libertação. In: *Revista de Libertação/Liberación*. n. 1, Curitiba, Instituto de Filosofia da Libertação, 2000, p. 25-80.

MARIANA CRIOLA Centro de Assessoria Jurídica Popular. Disponível em: <http://www.marianacriola.org.br/>. Capturado em 18/11/2012.

MARX, Karl. Crítica ao programa de Gotha.

_____. *Maquinaria e trabalho vivo*. Disponível em http://www.unicamp.br/cemarx/criticamarxista/CM_1.7.pdf capturado em 20/10/2012.

_____. *Manuscritos econômicos-filosóficos e outros textos escolhidos*. Trad. De José Carlos Bruni (et al). 2 ED. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Os Pensadores)

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: o conceito, o objeto e o método*. S/D.

PACHUKANIS, Evgeni. A teoria marxista do direito e a construção do socialismo. In: NAVES, Márcio Bilharinho. *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: Unicamp, 2009, p. 137-152.

PERUZZAO, Cícilia M. K. (org) *Comunicação e cultura populares*. Coleção GT's. Intercom. Nº5, SP.

PRESSBURGER, Miguel. Direitos humanos e assessorias jurídicas. In: SOUZA MARTINS, José de; FARIA, José Eduardo; CARVALHO, Eduardo Guimarães de; PRESSBURGER, Miguel. Discutindo a assessoria popular - II. Coleção "seminários" nº17. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, out. 1992. Coleção Seminários, n. 17, p. 44-52

_____. Direito, a alternativa. In: *Perspectivas sociológicas do direito: 10 anos de pesquisa*. Rio de Janeiro: Thex/OAB-RJ/Universidade Estácio de Sá, 1995, p. 21-35.

RENAJU. Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária. Disponível em: <http://assessoriajuridicapopular.blogspot.com.br/>. Capturado em 17/11/2012.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo. A Prática da Assessoria Jurídica na Faculdade de Direito da UnB. In: SOUSA JUNIOR, José Geraldo et al. *A prática jurídica na UnB: reconhecer para emancipar*. Brasília: Universidade de Brasília/Faculdade de Direito, 2007. p. 21-53.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Da ideia de universidade à universidade de ideias*. S/D.

UEL. LUTAS: formação e assessoria em direitos humanos. Disponível em <http://lutas-londrina.blogspot.com.br/>. Capturado em 16/11/2012.

UFBA. SAJU: Serviço de apoio jurídico. Disponível em: <http://sajubahia.blogspot.com.br/>. Capturado em 17/11/2012.

UFC. NAJUC Núcleo de Assessoria Jurídica Comunitária. Disponível em <http://najuc.jimdo.com/>. Capturado em 16/11/2012.

UFMA. Núcleo de Assessoria Jurídica Popular Nego Cosme. Disponível em <http://najupnegrocosome.blogspot.com.br>, capturado em 18/11/2012.

UFPA. NAJUPAK Núcleo de Assessoria Jurídica Popular Aldeia Kaiapó. Disponível em <http://najupak-belem.blogspot.com.br/>. Capturado em 18/11/2012.

UFPR. SAJUP Serviço de Assessoria Jurídica Universitária Popular. Disponível em http://br.dir.groups.yahoo.com/group/SAJUP_UFPR/?v=1&t=directory&ch=web&pub=groups&sec=dir&slk=35 Capturado em 16/11/2012.

UFRGS. SAJU: Serviço de Assessoria Jurídica Universitária. Disponível em <http://www.ufrgs.br/saju/>. Capturado em 18/11/2012.

UNB. O Direito Achado na Rua. Grupo de Estudos Diálogos Lyrianos. Disponível em <http://odireitoachadonarua.blogspot.com.br/>. Capturado em 16/11/2012.

UNDB. PAJUP Núcleo de Assessoria Jurídica Popular. Disponível em <http://pajup-undb.blogspot.com.br>. Capturado em 18/11/2012.

OUVIDORIA JUDICIÁRIA: REFORMA DO JUDICIÁRIO, GESTÃO E CIDADANIA

Marcelo Pereira de Mello¹

José Antonio Callegari²

RESUMO

A dimensão prática do direito está relacionada com a racionalidade do trabalho judiciário, segundo os princípios da eficiência e da razoável duração do processo. Supiot (2007) sugere que o direito humaniza a técnica. Tendo a Ouvidoria como objeto de estudo, pretendemos analisar o seu funcionamento no contexto da reforma do Poder Judiciário, implicando mudança estrutural, com forte impacto na cultura interna e na forma como seus atores operam o direito em respeito à dignidade da pessoa humana. Certamente, o aumento da demanda por inclusão social, que tem levado a reflexões sobre a crescente judicialização e politização do Poder Judiciário, faz parte do contexto da mudança estrutural em curso. Para desenvolvermos nossa investigação dialogamos com autores como Supiot, Habermas, Luhmann, Kant, Weber, Castells, dentre outros. No estágio atual da pesquisa, temos utilizado o método de análise documental, entrevistas e observação de campo. No momento, estamos coletando dados no campo e dialogando com atores que trabalham em Ouvidorias judiciárias. Pretendemos com esta comunicação, contextualizar as Ouvidorias como canal de comunicação com o usuário, refletindo a mudança estrutural sugerida. Para entendermos a dimensão do papel destas Ouvidorias, fazemos uma comparação com outros institutos, tais como:

Ministério Público, Defensor del Pueblo, SAC e Corregedoria. Até o momento, percebemos que a Ouvidoria judiciária é fruto da reforma do Poder Judiciário (EC 45/04), tendo como propósito facilitar o acesso do cidadão à justiça. Assim, supõe-se que este canal de comunicação atua humanizando a técnica jurídica, segundo paradigmas de gestão focada na eficiência do trabalho judiciário prestado por juízes e servidores como operadores do direito.

Palavras - chave: *reforma na esfera pública, gestão participativa e cidadania.*

ABSTRACT

The practical dimension of the law is related with the rationality of the judiciary work, following the principles of efficiency and reasonable duration of the process. Supiot (2007) suggests that the law humanizes technique. Having the ombudsman as object of our study, we intend to analyze their operation in the context of the reform of the Judiciary Power, implying structural change, with strong impact on internal culture and how their actors operating the law in respect for the dignity of the human person. Certainly, the increased demand for social inclusion, which has led to reflections on the growing judicialization and politicization of the Judiciary Power, is part of the context of structural change ongoing. To develop our research we dialogue with authors like Supiot, Habermas, Luhmann, Kant, Weber, Castells, and others. At the current stage of our research, we have used the method of document analysis, interviews and field observations. We are currently collecting data in the field and talking with actors who work in judicial ombudsmen. We intend with this communication, contextualize the ombudsman as a communication channel with the user, reflecting the structural change suggested. To understand the magnitude of the role of Ombudsmen, we make a comparison with other institutes, such as: Prosecutors, Defensor del Pueblo, SAC and Internal Affairs Sector. Until the moment we realized

¹ Pós-Doutor. Professor da Universidade Federal Fluminense. PPGSD.

² Mestrando. Universidade Federal Fluminense. PPGSD.

that the Ombudsman is the result of judicial reform of the Judiciary (EC 45/04), with the purpose to facilitate citizen access to justice. Thus, it is assumed that this channel of communication operates humanizing the legal technique, according to management paradigms focused on efficiency of judiciary work provided by judges and employees as law professionals.

Keywords: *reform in the public realm, citizenship and participative management.*

1. REFORMA E RECONFIGURAÇÃO DO ESTADO

A reconfiguração da esfera pública ocorre no contexto das reformas do Estado ocorridas principalmente nas décadas de 80 e 90, num cenário de globalização sistêmica. Certamente, não se tratava de um fenômeno econômico isolado de outras causalidades, tais como: política, cultura e níveis diferenciados de desenvolvimento presentes nos Estados nacionais. As mudanças que se iniciaram naquelas décadas refletiam, para seus idealizadores, o abandono de posições refratárias de uma burocracia estatal onerosa e ineficiente.

Diante de uma Constituição rígida do tipo analítica, as reformas estruturais do modelo administrativo demandaram discussão e aprovação de reformas constitucionais, destacando-se as Emendas Constitucionais 19/98 e 45/04. A nova configuração administrativa adotada propunha efetivar os seguintes princípios: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Procurava-se, com isto, implantar o paradigma da gestão pública participativa, mediante prescrição mecanismos de que facilitassem o acesso do usuário e o controle social, tais como: reclamação, assegurada a manutenção de serviços de atendimento e avaliação periódica da qualidade de serviços (externa e interna); acesso a registros administrativos e a informações sobre atos de governo e representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função.

Tratando da gestão no setor público, Bresser Pereira (2007) apresenta argumentos sobre estratégia de formatação de um novo Estado. Na década de 80, por exemplo, havia um cenário político favorável aos ajustes estruturais na esfera pública, destacando que a questão central era “como reconstruir o Estado”. O autor, ex-ministro encarregado da reforma administrativa, relata que havia uma forte crise de governabilidade vinculada a questões fiscais, excesso de intervenção estatal e

ineficiência da burocracia. Em sua análise, a reforma administrativa envolvia aspectos políticos, econômicos e administrativos. No primeiro caso, estaria em jogo a promoção da governabilidade. Nos aspectos econômicos e administrativos, a preocupação estava em aumentar a capacidade de governar. Para ele, igualmente importante seria tornar o serviço público mais coerente com o capitalismo contemporâneo, permitindo o acesso do usuário a mecanismos de participação e controle da Administração Pública. Em sua leitura, vem ocorrendo um progressivo aumento da capacidade crítica dos cidadãos e, com isto, mais cobrança por serviços públicos eficientes.

Nas palavras de Bresser Pereira (2007), o modelo gerencial orienta-se para os resultados, na busca da eficiência perseguida. Este modelo de gestão requer instrumentos adequados para funcionamento eficiente, tais como: descentralização, delegação de autoridade e responsabilidade do gestor público ou prestação de contas (*accountability*), bem como rígido controle de desempenho.

Diante de um leque amplo de garantias da pessoa humana, o Poder Judiciário viu-se diante da necessidade de modernizar sua estrutura funcional como organização submetida também aos paradigmas da gestão pública participativa. Por conta disto, as palavras correntes na administração judiciária são: planejamento estratégico, metas e resultados. O foco de sua atuação deslocou-se significativamente. Não basta mais atentar para a sua atividade-fim (jurisdição). Há que estabelecer mecanismos eficientes de gestão e controle da atividade-fim, onde a gestão administrativa apresenta-se como necessária para estabelecimento de um padrão de serviço judiciário eficiente. Este modelo de gestão concentra sua atenção também no ritmo do trabalho desenvolvido na “linha de produção”, onde fatores “mercadológicos”, tais como tempo e demanda, geram situações contraditórias do tipo: quantidade X qualidade ou segurança jurídica X celeridade.

Neste contexto de mudança estrutural da esfera pública estatal foram aperfeiçoados e desenvolvidos mecanismos de gestão e controle. Dentre muitos, podemos citar: Corregedoria-Geral da União; Controladoria-Geral da União; Ouvidoria-Geral da União; Conselho Nacional de Justiça; Ouvidorias de Justiça, etc.

Interessa-nos analisar o controle sobre o trabalho judiciário tendo como referencial as Ouvidorias de Justiça. A Ouvidoria é um canal de acesso, através do qual o cidadão pode dirigir-se a uma determinada organização apresentando reclamação, sugestão, denúncia, elogio, consulta, etc. Seria uma porta de entrada do sistema, ampliando as trocas comunicativas e o controle social participativo.

2. CONTROLE DO TRABALHO JUDICIÁRIO

Particularmente, interessa examinar a Ouvidoria no contexto do controle externo do trabalho judiciário. Sendo um órgão de controle juridicamente concebido, mostra-se pertinente trazer ao texto algumas reflexões de Alain Supiot. Para ele, existem duas concepções do Direito. A concepção transcendental ou jusnaturalista e a concepção positivista ou instrumental. No segundo caso, o direito seria pura técnica, neutra em si e vazia de sentido (SUPIOT, 2007). Utilizando a metáfora da carroça, diz que para alguns o direito seria um “meio capaz de transportar qualquer conteúdo normativo que seja, de sorte que tudo que é tecnicamente realizável deveria acabar sendo juridicamente permitido” (SUPIOT, 2007, p. 140). Aqui mora o perigo. Se o Direito é uma técnica desprovida de compromisso moral, como atender à expectativa do cidadão quanto à distribuição de justiça?

Para Supiot, o objeto técnico se distingue do objeto natural porque seu sentido procede do homem que o modela e o utiliza. Então, seria possível dizer que na utilização e modulação do objeto está presente o caráter ideológico da conduta humana? Sendo assim, modelos de gestão que estabelecem a precedência da

quantidade sobre a qualidade não poderia incutir no homem uma racionalidade instrumental do tipo “farinha pouca, meu pirão primeiro”? Em outras palavras, diante do discurso para redução de estoques processuais não estaria o Poder Judiciário utilizando o Direito como objeto técnico, segundo cálculos estratégicos forjados em lógica instrumental? Este procedimento não impactaria o conteúdo moral das decisões judiciais?

Supondo, com o autor referenciado, que o homem dá sentido ao objeto técnico que utiliza podemos divagar com base na seguinte situação hipotética. Imagine-se um revólver, uma faca e um tijolo nas mãos de um homicida. O sentido que ele confere aos três objetos será o mesmo: arma letal. Nas mãos de um fiscal em prova de natação, de um chef de cozinha e de um pedreiro, cada um destes objetos ganhará um significado próprio conforme a função que se lhes empregue. No caso do árbitro, um sinal de largada para os nadadores; para o chef de cozinha um instrumento de arte no corte preciso dos ingredientes e para o pedreiro seria matéria prima do seu trabalho técnico. Seguindo esta suposição, imagine-se o processo nas mãos de funcionários do Estado que nele empreguem o sentido de garantia de direitos fundamentais e instrumento para distribuição de Justiça. Agora, tome-se o mesmo objeto nas mãos de quem adote postura objetivante: estoque que prejudica o êxito individual e da organização. Logicamente, o sentido empregado na utilização do objeto estará informado pela concepção de mundo que habita em cada qual. No caso em estudo, a concepção do próprio mundo do trabalho judiciário e sua finalidade precípua. A especulação que pode seguir a este exemplo não se restringe aos aspectos técnicos da gestão administrativa e processual. Pelo contrário, implicações de ordem moral e de justiça devem ser consideradas diante da necessidade de garantir a efetividade dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Esta perspectiva sinaliza para a construção de espaços públicos que atendam imperativos da boa gestão sem olvidar

que o Estado, não sendo um fim em si mesmo, é um meio para realização da pessoa humana como ser racional e dotado de dignidade (KANT, 2001).

O exemplo citado mostra como podem ser graves as repercussões sociais decorrentes do apego desmedido a modelos de gestão, tal como alertado por Comparato (2004). O risco da desqualificação do objeto (SUPLOT, 2007) é grave porque se pode perder a essência da função específica do Direito no universo das técnicas. Se o Direito é uma técnica dentre outras, não é uma técnica como as outras, lembra-nos Suplot. Para ele, o Direito permitiu tornar humanamente vivível a existência humana. A preocupação pela humanização da técnica deve orientar o pensamento reverso quanto à possibilidade da racionalização instrumental do uso do objeto técnico. Num quadro de gestão gerencial objetivante, focado em produção quantitativa, o Direito seria utilizado como propulsor da humanização das tecnologias de informação e comunicação ou seria, ao contrário disto, um mecanismo que acentua ainda mais o caráter excludente do trabalho judiciário premido por metas de desempenho, lidando com o processo como um estoque a ser eliminado?

A função de controle do trabalho judiciário, que de alguma forma pode ser imputada à Ouvidoria como mecanismo de gestão, está intimamente ligada aos modernos processos de comunicação e mesmo a procedimentos estabelecidos para veicular fluxo de informações cada vez mais crescentes. Este controle de fluxo informacional atende ao objetivo de monitoramento estabelecido pelo sistema piramidal formatado pelo Conselho Nacional de Justiça. Algo como um panóptico virtual de grande capilaridade e alcance.

Logicamente, a proceduralização elaborada pelo subsistema judiciário, com destaque para a produção quantitativa, não condiz com o modelo social inclusivo apresentado por Jürgen Habermas em sua Teoria da Ação Comunicativa. Isto porque, os procedimentos habermasianos não estariam informados por cálculos instrumentais

voltados para o êxito próprio. O foco em metas e produção pode transformar o processo em vilão. Ao invés de uma garantia da pessoa humana, seria mais um obstáculo a ser superado em nome da gestão processual estratégica e das “boas práticas” administrativas.

Supiot (2007), mais uma vez, adverte que não existe outra realidade tangível além daquela que se deixa ver por todos. Para ele, “as teorias da informação e da comunicação apreendem o ser humano apenas através da maneira pela qual ele se comunica com seu meio ambiente e reage aos sinais que dele recebe”. Afirma que a natureza humana é ainda mais rica porque é rica de comunicações. Ora, a supressão da noção natural de espaço-tempo necessária para a cognição judicial no processamento, instrução e julgamento das lides implica em artificial subversão das coisas no mundo natural. A vida real, assim como o trabalho real, não obedece integralmente aos ritmos ditados pela vida e pelo trabalho prescrito. Logicamente, a prescrição a respeito da produção judiciária, através de regulações regulamentadas, não é seguida à risca, sob pena de comprometimento das garantias fundamentais da pessoa humana e do próprio Estado Democrático de Direito.

Situado em uma sociedade de informação, também o Poder Judiciário tende a se adaptar a esta nova dinâmica social. O modelo de produção informacional (CASTELLS, 1999) produz um crescente aumento das obrigações (prestar informações e dever de transparência), afetando concepções tradicionais de inúmeros vínculos sociais inclusive na relação profissional/consumidor e fornecedor/cliente. Ora, este modelo foi explicitamente adotado pela nova configuração da esfera pública judiciária. Já vimos que a Constituição Federal adotou os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, eficiência e transparência na gestão da coisa pública. Agregado a estes princípios, com a Emenda Constitucional 19/98, o

paradigma da prestação de informações aos usuários foi constitucionalizado e, atualmente, normatizado através da Lei de Acesso à Informação.

De fato, a busca constante por mecanismos de regulação, que estabeleçam de alguma forma uma proximidade entre o prescrito e o real, entre o regulado e o vivido, tende a gerar uma superposição destes mecanismos com sérios riscos de aprisionamento burocrático naquilo que Weber denominou como “Jaula de Ferro” (2004). O controle do trabalho judiciário através de mecanismos informacionais, depende, por certo, da qualidade das comunicações estabelecidas entre o ambiente interno e o ambiente externo deste subsistema social. Estas comunicações oferecem material de observação que, por sua vez, serão utilizados em processos seletivos que permitam reduções de complexidades e estabilização funcional sistêmica (LUHMANN, 2009). Desta forma, seguindo Supiot (2007), não há regulação sem regulador, seja na ordem da vida profissional ou na ordem da vida privada.

Acrescente-se que a relação entre o computador e o seu utilizador nunca é uma relação binária. Ela opera sempre sob a égide do terceiro que inventou a máquina segundo seus interesses próprios (SUPIOT, 2007). Esta afirmação merece uma consideração. Quando o Poder Judiciário oferece um serviço de atendimento ao cidadão através da ouvidoria, é preciso analisar sob qual perspectiva o serviço é oferecido. Dentro de um sistema cada vez mais informatizado, caminhando a passos largos para a implementação integral do processo eletrônico, tanto o usuário interno do sistema quanto o consumidor dos serviços judiciários podem estar agindo conforme a racionalidade instrumental que elaborou os programas computacionais acessados por ambos. Desta forma, o empoderamento do cidadão seria tanto mais simbólico quanto mais sofisticado for o mecanismo de controle do terceiro, rompendo com isto a aparente relação binária entre prestador e consumidor deste serviço especializado.

Para o nosso autor, existe um fosso crescente separando o homem biológico e suas técnicas, que adquiriram um poder vertiginoso durante os últimos dois séculos, tornando-se uma ameaça para o homem, vez que posto a serviço dos seus instintos de predador, tal como ocorre na justificação dos discursos da livre concorrência, liberalização dos mercados e acirramento “saudável” da competitividade (SUPIOT, 2007). Em nosso contexto, a tirania da regulação técnica sobre a existência real do homem biológico tende a gerar descompassos principalmente entre o trabalho prescrito e o trabalho real. Tarefas e atividades, metas e resultados são estabelecidos sem a devida consideração a respeito da multiplicidade de fatores que atuam na divisão social do trabalho. Logicamente, os sistemas de controle podem tyrannizar ainda mais a existência do trabalhador que atua neste subsistema, seja ele juiz, servidor, advogado, promotor de justiça, defensor público, etc. Então as técnicas deixariam de ser humanamente suportáveis e, logicamente, a eficiência pretendida na prestação de serviço cada vez mais questionável.

O que se percebe em sociedades complexas é o aumento das demandas por maior transparência e visibilidade. Há necessidade do corpo nu. Precisamos ver para crer. A expiação da autoridade confirma sua subordinação jurídica: o rei está nu. Não basta dizer que o subsistema judiciário é um sistema perito responsável por zelar pela legalidade e demais princípios constitucionais de garantia da pessoa humana. Não, claro que não! O próprio sistema perito requer que outro sistema perito venha controlar sua tendência hegemônica. Assim, a desconfiança passa a prevalecer e a boa conduta deve ser cotidianamente praticada e comprovada através da observação de um terceiro. Como na imagem de Borges (1972), o sistema perito pretende-se circular: Deus.

Não se supõe, ingenuamente, que o trabalho judiciário não deva ser submetido a nenhum tipo de controle quantitativo. Pelo contrário, o que se questiona é quanto ao modelo de hegemonia deste processo de controle do trabalho executado. Isto

porque a questão de fundo está em confrontar o ideal democrático participativo, que supõe a inclusão de todos a um justo sistema de distribuição de justiça segundo procedimentos voltados para o bem comum, em contraposição com um modelo tecnocrático inspirado em políticas voltadas para estratégias concebidas segundo lógicas instrumentais, para as quais ao Direito restaria tão somente a função técnica de legitimar políticas públicas voltadas prioritariamente para a governança do aparelho judiciário.

Neste contexto de controle total do trabalho, é que se procura questionar o papel das Ouvidorias como mecanismo de gestão. Isto porque, ela atua também como filtro para seleção de irritações do meio ambiente (LUHMANN, 2009) com o propósito de viabilizar a estabilidade deste subsistema social.

A Ouvidoria não se coloca explicitamente como órgão de controle. E tem razão para isto, na medida em que não possui competência decisória, quando muito expede recomendações para melhoria dos serviços prestados. Seu papel fundamental é servir como canal de acesso do cidadão a um sistema de gestão participativa, onde o Estado seja um prestador de serviços eficiente cultivando uma cultura de transparência e visibilidade das informações não catalogadas como sigilosas.

No entanto, a Ouvidoria produz um fluxo de informação de interesse estratégico para a organização. Este fluxo informacional é consolidado em mapas estatísticos que são remetidos à alta administração, bem como disponibilizado na internet, resguardando-se a confidencialidade do usuário. É neste sentido que a Ouvidoria pode colaborar com a gestão e o controle do trabalho judiciário sem perder o foco da sua atividade principal: canal de acesso e afirmação da cidadania participativa.

Considerando que existem outros canais de comunicação e controle do trabalho de organizações administrativas, faremos uma breve descrição comparativa com alguns deles.

3. MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 modificou profundamente a esfera pública estatal brasileira. No contexto de nossa investigação, coube ao Ministério Público a assunção de atribuições em defesa de direitos coletivos. O que chama a atenção é o elevado *status* funcional dos membros do Ministério Público, gozando de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, garantias funcionais que lhes asseguram alto grau de autonomia no exercício de seus deveres.

Se a Ouvidoria não detém capacidade postulatória, enfraquecendo com isto sua atuação, o mesmo não ocorre com o Ministério Público, considerado essencial para administração da Justiça. Este importante canal de correção das condutas dos administradores públicos atua tanto na esfera extrajudicial quanto na judicial. Exerce seu poder fiscalizatório através do Inquérito Civil, Termos de Ajustamento de Conduta (TAC), Ação Civil Pública e outras ações judiciais. Isto porque cabe ao Ministério Público zelar para que os poderes estatais e os prestadores de serviços públicos respeitem os direitos assegurados na Constituição federal, promovendo as medidas necessárias para garantir a fruição de direitos sociais difusos e coletivos.

Seus membros ingressam no serviço público por concurso de provas e títulos, através do qual sua capacidade técnica é aferida. Depois de um período de vitaliciamento, a perda do cargo depende processo judicial com sentença transitada em julgado. Enquanto isto, a maioria dos Ouvidores toma posse após indicação ou eleição, exercendo mandato temporário. Não se pode confundir, no caso dos tribunais, o ingresso na carreira de magistrado com o ingresso na Ouvidoria. Também os juízes são

investidos em suas funções após aprovação em concurso de provas e títulos, salvo o caso daqueles que integram o quinto constitucional nos tribunais, quando o processo de seleção é distinto. O magistrado no exercício de seu mandato como Ouvidor não goza amplamente, em razão desta função, das garantias destinadas ao exercício imparcial de suas funções judicantes. Quando atua na Ouvidoria exerce um mandato do qual pode ser destituído, o que não ocorreria no exercício normal das funções de juiz.

Observe-se que a atividade-fim do Ministério Público é promover direitos de cidadania, como pretende também a Ouvidoria pública. No entanto, o ponto forte daquele é o *status* constitucional que lhe assegura pleno exercício de suas funções com autonomia. O MP¹ não integra o órgão fiscalizado e não depende do beneplácito do chefe da organização fiscalizada para atuar de forma livre e imparcial. Este é um ponto fraco na maioria dos casos das Ouvidorias públicas brasileiras. Ainda prevalece o modelo de Ouvidoria obediente, com autonomia restrita aos interesses daquele que tem poder para nomear e dar posse ao Ouvidor. Um tipo não ideal de racionalidade burocrática, com viés patrimonialista.

Por outro lado, nota-se nas Ouvidorias um leque maior de atuação porque os seus procedimentos são informais e orais. Enquanto isto os integrantes do MP devem pautar sua conduta fiscalizadora à condicionantes, tais como: legitimidade para agir, interesse processual, competência funcional estabelecida na constituição ou em lei, etc. Neste aspecto, as Ouvidorias mostram-se mais versáteis. Elas atuam com grande capilaridade porque são instituídas diretamente nas organizações, ao passo que a atuação do MP é sempre externa, dependente de procedimentos formais para chegar às instituições a serem fiscalizadas.

¹ Ministério Público

É bem verdade que a Constituição federal acentuou o protagonismo do MP na defesa dos direitos dos cidadãos, acompanhada igualmente pela Lei Orgânica do MP. Como guardião da ordem democrática o MP, assim como as Ouvidorias, representa um poderoso canal de comunicação com os cidadãos, abrindo um diálogo institucional com o Poder Judiciário. Isto porque ao deduzir pretensões em juízo força os tribunais ao diálogo com a sociedade visando, com isto, corrigir lesão ou ameaça a direitos constitucionalmente garantidos.

Tanto o Ministério Público quanto as Ouvidorias procuram defender os interesses dos cidadãos através do controle da Administração Pública. Ocorre que as Ouvidorias não detém legitimidade para defender os interesses dos cidadãos em juízo. No máximo, podem expedir recomendações ou encaminhar peças informativas ao Ministério Público para que este exerça a sua capacidade postulatória através de procedimentos investigatórios, celebração de ajustamento de condutas ou ajuizamento de ação judicial visando apurar fatos e responsabilizar que tenha provocado dano no exercício da função pública. Note-se que, atuando de forma distinta e complementar, o MP, as Ouvidorias e o Poder Judiciário passam a integrar um subsistema de defesa dos interesses dos cidadãos. Trata-se de notável atuação interdisciplinar destes mecanismos de proteção da cidadania e promoção dos direitos humanos.

Se por um lado o MP goza de legitimidade institucional para atuar em juízo, fazendo atuar em concreto o poder coercitivo do Direito, a Ouvidoria goza somente de atribuições de recebimento, acompanhamento, intermediação e/ou mediação de conflitos na relação organização-usuário, quando muito proferindo recomendações para melhoria pontual dos serviços prestados. Nas palavras de Lyra (2011), a Ouvidoria atua como magistratura de persuasão. Não dispondo de poder coercitivo, depende muito da credibilidade do ouvidor dentro da instituição e junto à comunidade. Esta talvez seja uma importante ressalva quanto à viabilidade ou não de um Ouvidor

externo no Poder Judiciário, em razão do encerramento operacional típico deste subsistema social. Conduzir processos dialógicos que envolvem críticas às instituições judiciárias, sem um respaldo institucional forte é tarefa complicada, porque não dizer espinhosa.

Para funcionar a contento, as Ouvidorias devem apresentar três características, segundo Lyra (2011): proximidade, informalidade e agilidade. Quanto à proximidade, já nos referimos sobre a difusão de Ouvidorias na maioria dos tribunais brasileiros. O modelo de um sistema nacional de ouvidorias prescrito na Resolução 103/10 do CNJ é indicativo de que estamos presenciando a construção de um espaço público participativo em rede. As ouvidorias vão se comunicando pela via informacional (CASTELLS, 1999), trocando informações e experiências, subsidiando o CNJ com dados estatísticos que permitem diagnosticar disfunções sistêmicas e orientar políticas de gestão nas quais são priorizados temas que passam a integrar metas estabelecidas nacionalmente. Esta capilaridade não está presente no MP, salvo com relação às suas próprias Ouvidorias para acompanhamento dos serviços prestados pelo próprio Ministério Público. Enquanto o MP atua somente na defesa do cidadão que apresente legitimidade e interesse para deduzir demandas concretas em suas unidades operacionais, as Ouvidorias recebem manifestações de todo e qualquer cidadão sem nenhum tipo de seletividade prévia, salvo nos casos de manifestações anônima ou que envolvam a prática de crime. cremos que em tema de defesa da ordem democrática e direitos humanos, nada impede que a Ouvidoria considere manifestações anônimas como indício de prática de atos ilícitos. Neste caso, não adotaria procedimentos internos na instituição. Deveria remeter o caso ao Ministério Público para averiguação com os desdobramentos pertinentes. Não se pode esquecer que indícios são também meios de prova e de convencimento judicial.

Por informalidade devemos entender que as Ouvidorias não atuam segundo os cânones da legalidade estrita. No âmbito da Administração pública, o agente do Estado atua conforme o que está prescrito em Lei (sentido amplo). Assim, por exemplo, o Ministério Público somente atua segundo as balizas fixadas no ordenamento jurídico. Seus procedimentos são formais e rígidos. No caso das Ouvidorias, prevalece a informalidade, garantindo-se amplo acesso do cidadão. Os canais de acesso ao Ministério Público são dotados de requisitos e exigências que nem sempre podem ser atendidas pelo cidadão comum, principalmente das pessoas com baixa escolaridade e precário acesso às informações sobre os seus direitos. As Ouvidorias, por sua vez, contam com canais de acesso informais, tais como: telefone, e-mail, carta, atendimento pessoal, urnas para depósito de manifestações escritas. Esta informalidade é essencial para apuração de irregularidades segundo o princípio da imediação amplamente utilizado na instrução processual.

Com respeito à abrangência de atribuições, note-se que as Ouvidorias não se restringem apenas a zelar pelo respeito às normas institucionais. Ela atua em qualquer contexto que envolva a prestação de serviço público ao cidadão. Seu leque de atribuições é mais amplo e mais fluido em relação ao Ministério Público.

No que concerne às atribuições dos Ouvidores, Lyra (2011) sugere que as mais peculiares são: avaliação, exercício da mediação, ação crítico-propositiva. Atuando nas unidades judiciárias, por exemplo, a Ouvidoria vai mapeando as manifestações dos usuários. Consolidando dados em estatística, ela permite ao gestor diagnosticar disfunções sistêmicas recorrentes como poderoso instrumento de gestão. Tal mapeamento facilita o acompanhamento e a avaliação da qualidade dos serviços prestados em conformidade com metas de desempenho prescritas pela organização, bem como correção de rumos que se fizerem necessárias.

Com respeito à mediação, podemos dizer que a proximidade da Ouvidoria com as unidades judiciárias facilita o processo de negociação e a busca de soluções que atendam os interesses do cidadão. O diálogo mediado pelo Ouvidor dispensa requerimentos e formalidades maiores como se dá no caso de uma audiência pública no MP, por exemplo. Podemos questionar se realmente é o caso de mediação. Entendida a mediação como um procedimento no qual um terceiro facilita o diálogo entre as partes em conflito, mediante escolha consensual, como sustentar que o Ouvidor exerce função mediadora se ele é um agente escolhido por vontade do Estado? Parece, salvo engano, que a função do Ouvidor, no processo dialógico que se estabelece entre a instituição e o usuário, guarda similitude com a intermediação. Ele de fato serve de canal de acesso do cidadão, intermediando suas expectativas junto às esferas decisórias da organização. Lyra (2011) nos dá conta de que em Universidades o processo de mediação é utilizado com grande êxito. Mas, neste caso estamos diante de uma situação muito peculiar que não serve de regra. Temos um ambiente acadêmico naturalmente dialógico no qual se desenvolve uma relação bastante intelectualizada entre alunos, professores e representantes das faculdades e universidades. Este refinamento comunicacional não é a regra e não se repete na maioria dos casos em que atua a ouvidoria e nem mesmo o MP.

No caso da ação crítico-propositiva, devemos destacar o poder recomendatório da ouvidoria. Percebendo o risco de determinada falha sistêmica para a organização, seja pela gravidade, seja pela recorrência, o Ouvidor pode recomendar correções necessárias a bem do serviço público. Neste aspecto, suas qualidades já analisadas (conhecimento da cultura organizacional, domínio da linguagem técnica, etc.) atuam em seu favor. Ambientado na organização tem ele credencial técnica e moral para recomendar modificações de práticas que comprometam a eficiência do serviço público.

Em linhas gerais são estes os pontos de contato e de afastamento entre Ouvidoria e Ministério Público, cabendo a ele a função de controle externo e a ela a função de abertura cognitiva do sistema para ouvir sinceramente a fala do cidadão, legitimado ao exercício do controle social externo da Administração Pública.

4. DEFENSOR DEL PUEBLO

O Defensor del Pueblo atua como instituição mediadora de conflitos sociais e comunitários. Assim como a ouvidoria brasileira, o Defensor del Pueblo atua em cenários de conflitos envolvendo determinada instituição e seu público (interno e externo). Sua origem remonta à do Ombudsman escandinavo, atuando no espaço público como canal de comunicação com o cidadão. Através deste canal de comunicação, é possível identificar conflitos, encaminhar manifestações e acompanhar a solução dos casos, informando os interessados quanto ao andamento de suas manifestações.

O trabalho de Ouvidores e Defensores del Pueblo é complexo, porque lidam com estruturas de poder. Para minimizar este problema, mecanismos de fortalecimento institucional vão sendo criados para garantir atuação imparcial e independente destes que tem como função a crítica interna instituições. Mas, estes obstáculos aparentemente vão sendo superados, como demonstra o crescente número de Ouvidorias públicas e privadas no Brasil e o fortalecimento institucional do Defensor del Pueblo, como vem ocorrendo na Argentina.

Lá, a Defensoria del Pueblo foi instituída com a Reforma Constitucional de 1994. No Brasil foi com a Emenda Constitucional nº 45/2004 que foi instituída a Ouvidoria no Poder Judiciário. Mas não é só isso. Entre nós, sua organização e funcionamento vêm sendo normatizada através de atos administrativos. Ao contrário na Argentina, como também ocorre na Espanha e México, a Defensoria del Pueblo é

organizada por lei, conferindo-lhe força institucional. Este fortalecimento institucional é muito importante para o desempenho de suas funções com independência e imparcialidade, desvinculando o Defensor del Pueblo da hierarquia administrativa do órgão fiscalizado. O mesmo não ocorre nas Ouvidorias brasileiras, nas quais ainda prevalece o sistema de nomeação direta pelo gestor.

A institucionalização do Defensor del Pueblo argentino guarde semelhança com a do Ministério Público brasileiro, naquilo que lhe compete como defensor de direitos dos cidadãos. Ao passo que o Defensor del Pueblo atua em face de condutas da administração pública nacional, a Ouvidoria brasileira atua somente junto à organização pública onde for instituída. Portanto, atuação mais restrita.

O Defensor del Pueblo é investido por eleição junto ao Congresso argentino, ao passo que na maioria dos casos os Ouvidores são indicados pelos gestores. O mandato, no caso argentino, é de cinco anos, permitida a reeleição. No caso das ouvidorias judiciárias, prevalece o mandato de 01 ano, prevista a recondução.

A função de Defensor del Pueblo é incompatível com o desempenho de outras atividades pública, comercial ou profissional, com exceção de atividades docentes. Também lhe é vedada o exercício de atividades político-partidárias. Procura-se com isto resguardar o Defensor, bem como o interesse público em jogo. Sua atividade é ininterrupta, não sofrendo solução de continuidade nem mesmo no caso de recesso parlamentar. Ao término de seu mandato, cessão suas incompatibilidades. O Defensor del Pueblo pode deixar suas funções por renúncia; término do mandato; incapacidade superveniente; condenação por sentença judicial em delito doloso e notória negligência no cumprimento de seus deveres o por razões de incompatibilidade. Tais exigências não se repetem no caso das Ouvidorias.

Para exercer suas funções com independência, são garantidas ao Defensor del Pueblo imunidades estabelecidas na Constituição, idênticas àquelas conferidas ao

membros do Congresso. Não poderá ser preso, desde sua designação até o final de seu mandato, salvo em caso de prisão em flagrante por crime doloso, fato que deverá ser comunicado imediatamente aos presidentes do Senado e da Câmara de Deputados. Estas garantias não ocorrem no caso dos Ouvidores brasileiros.

Em sua linha de atuação, o Defensor del Pueblo goza de competências para iniciar e prosseguir, de ofício ou a pedido do interessado, qualquer investigação conducente ao esclarecimento dos atos, fatos ou omissões praticadas pela administração pública nacional e seus agentes. Em tais casos, ele deverá apurar situações que envolvam exercício ilegítimo, defeituoso, irregular, abusivo, arbitrário, discriminatório, negligente, gravemente inconveniente ou inoportuno das funções públicas, inclusive aqueles que podem afetar interesses difusos e coletivos. Percebe-se que o Defensor del Pueblo analisa questões que envolvem atos administrativos vinculados e discricionários, ingressando inclusive no exame da oportunidade e conveniências destes últimos. No caso brasileiro, a doutrina de Direito Administrativo traça uma distinção substancial entre atos vinculados e discricionários, não havendo entendimento sobre a possibilidade de o juiz adentrar no exame da conveniência e oportunidade de atos administrativos discricionários. Imagine-se então o caso do Ouvidor, investido tão somente por ato administrativo. Dificilmente, ele terá condições de analisar questões desta natureza, diante de suas limitadas atribuições. Isto, no entanto, não impede que apresente recomendação ou encaminhe informações para que outras instituições prossigam com o exame dos atos administrativos questionados pelo cidadão, como é o caso do Ministério Público e Tribunal de Contas.

5. CORREGEDORIA

A Corregedoria é um órgão de controle e fiscalização presente nos três Poderes da República. No caso do Judiciário, está presente em todos os tribunais. Na linha de investigação proposta, o Conselho Nacional de Justiça possui sua Corregedoria que possui competência para atuar em todo o território nacional. As atribuições de seu titular, corregedor nacional de justiça, estão definidas na Constituição Federal e no regimento interno do CNJ¹.

Ao Corregedor cabe receber reclamações e denúncias de natureza disciplinar, inclusive quanto aos serviços judiciários, auxiliares e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação. Havendo indícios suficientes, ou evidência das irregularidades denunciadas, pode determinar o processamento das reclamações. Visando apurar fatos graves ou relevantes, ele determinará a realização de sindicâncias, inspeções e correições. Havendo necessidade, requisitará magistrados e servidores, podendo delegar-lhes atribuições. Depois de realizar correições, inspeções e sindicâncias providenciará a elaboração de relatórios de suas atividades. No intuito de preservar a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura, pode sugerir ao plenário do Conselho a expedição de recomendações e atos regulamentares. Em caso de ordens e deliberações do Conselho, cabe a ele executar e fazer executar aquelas que toquem com as suas competências. Dentre outras, figuram estas como suas mais importantes atribuições. São mais extensas e contundentes em relação àquelas conferidas ao Ouvidor, diante da finalidade institucional da Corregedoria e da Ouvidoria respectivamente. Diferença fundamental diz respeito ao poder de controle disciplinar interno sobre juízes e servidores, promovendo a responsabilização diante de irregularidades demonstradas através de procedimentos prévios de investigação.

¹ Conselho Nacional de Justiça

No desempenho de suas funções, a Corregedoria do CNJ elabora documentos e relatórios para acompanhamento dos órgãos integrantes do Poder Judiciário e dos cidadãos. Podemos relacionar alguns documentos mais importantes, tais como: Metas de nivelamento, manual de bens apreendidos, manual de mediação judicial, relatório sobre o programa Justiça Plena, relatório Pai Presente, relatório Cadastro Infância e Juventude, relatório Serviço Extrajudicial, relatório Judiciário em Dia, relatórios anuais de atividades e balanço de gestão. Através desta documentação são compiladas informações que formam um banco de dados estratégico, além de significativa prestação de contas de seus atos.

O Corregedor é o titular do órgão, exercendo controle disciplinar e promovendo correta administração da justiça, zelando pelo bom funcionamento dos serviços judiciários. Este controle dos serviços e do trabalho judiciário, com o princípio da eficiência, permite uma interseção funcional entre Corregedoria e Ouvidoria, tendo como propósito a satisfação do cidadão-usuário. Não cabe ao Corregedor punir desvios de condutas e sim averiguar os fatos, levando-os à consideração do plenário do CNJ. Este cargo é ocupado por um ministro do Superior Tribunal de Justiça após indicação de seus pares, aprovação no Senado Federal e nomeação do Presidente da República.

Existe um regulamento geral da Corregedoria Nacional de Justiça dividido em capítulos e seções. Trata dos seguintes temas: natureza e organização, atos normativos, procedimentos disciplinares, correição e inspeção, advocação, recursos administrativos. Note-se, no particular, que os recursos juridicamente são previstos para revisão de decisões judiciais ou administrativas. No caso das Ouvidorias, há uma regra geral segundo a qual suas manifestações são irrecorríveis, justamente porque não são decisórias.

A título de ilustração, os atos normativos que podem ser expedidos pelo Corregedor são: provimento, instrução normativa, orientação, ofício circular e portaria. O provimento é um ato que se destina ao público interno e externo com o propósito de esclarecer e orientar a execução de serviços judiciais e extrajudiciais. A instrução normativa tem caráter vinculativo complementar, objetivando orientar a execução do serviço no âmbito interno da corregedoria. Através do ofício circular são encaminhados atos de requisição ou divulgação de providências ou informações. A portaria é um ato interno contendo delegações ou designações para desempenho de funções ou aprovação/alteração do regulamento interno, bem como para instauração de procedimentos. São, na verdade, instrumentos para a prática de atos administrativos. Desta forma, a Ouvidoria pública também pode praticar atos desta natureza visando racionalizar a burocracia interna.

Os procedimentos instaurados na Corregedoria são: reclamação disciplinar, representação por excesso de prazo, pedido de providências e sindicância. Para deflagrar qualquer um destes procedimentos é necessário que o Corregedor seja provocado através de manifestação do interessado ou tenha contato direto com o fato. No caso da Ouvidoria, a provocação por parte do usuário tem outro propósito, não sendo o caso de instauração de procedimentos desta natureza. Nada impede que ela apure fatos, encaminhe o cidadão à Corregedoria, recomende melhorias de serviços e outras providências visando o aperfeiçoamento do serviço prestado. Mas, não se confundem as finalidades de cada um destes órgãos.

Cabe ainda ao Corregedor realizar correição e inspeção. Na correição, procura-se verificar fatos determinados relacionados com deficiências graves ou relevantes dos serviços ou que prejudiquem a prestação jurisdicional, a disciplina e o prestígio do Poder Judiciário, bem como nos casos de descumprimento de resoluções e decisões do Conselho Nacional de Justiça. Através da inspeção, o Corregedor apura

fatos no local onde ocorreram, podendo determinar diligências. Diante de suas atribuições, não cabe à Ouvidoria realizar correções e inspeções, em que pese o Ouvidor do Brasil colonial ter concentrado um dia estas atribuições.

Estas configurações da Ouvidoria permitem intuir que entre elas não existe concorrência de funções, podendo haver até mesmo certa complementaridade, no que respeita ao propósito de assegurar a eficiência na prestação de serviços públicos.

6. SAC¹

Vem merecendo destaque cada vez maior a criação de espaços comunicativos nas empresas privadas objetivando-se, com isto, fidelizar o cliente através da solução rápida de seus problemas decorrentes da relação de consumo. Está em jogo não somente o interesse do consumidor, mas o interesse mercadológico da empresa diante do aumento exponencial da concorrência. Dentro da lógica capitalista não se pode esquecer a noção de cálculo, mesmo na criação de um sistema de comunicação direta com o cliente do tipo “fale conosco”.

Neste sentido, o Serviço de Atendimento ao Consumidor mostra-se como canal comunicativo que segue alguns propósitos: excelência nos serviços a clientes; bom atendimento; cultura de serviços internos de qualidade; gestão de pessoas; gerenciamento do endomarketing; marketing de relacionamento; gerenciamento de filas; avaliação do nível de satisfação; atendimento virtual.

No mundo empresarial, o foco de uma organização, de certa forma, é vender o seu produto. Tanto faz que seja diretamente para uma pessoa natural ou para uma pessoa jurídica; o que importa é que o produto seja colocado no mercado. A circulação de bens é a mola de todo o sistema econômico capitalista. Técnicas de vendas são inventadas e reinventadas para aperfeiçoar os procedimentos de argumentação para

agregar valor ao produto e alavancar as vendas. Muito dinheiro é investido em estratégias de vendas e, conseqüentemente, de relacionamento entre parceiros comerciais, bem como entre fornecedor e consumidor final. Há toda uma engenharia de comunicação disposta a vender em quantidade, dependendo em grande escala da capacidade de sedução do cliente. Verdade se diga que não se pode lidar com esta questão de forma ingênua a ponto de não considerar o cálculo estratégico focado no lucro como um dos fatores que levam as empresas a investir tanto dinheiro em comunicação antes e após a venda. A imensidade de batalhas judiciais travadas todos os dias nos fóruns especializados em defesa do consumidor bem demonstram que esta prática nem sempre produz o efeito esperado. Isto porque não basta apenas a estratégia do marketing para consolidar a imagem da empresa junto ao consumidor e nem mesmo o estabelecimento de canais de comunicação meramente formais sem nenhum resultado prático para o cliente. O que se espera, neste sentido, é que entre atos e falas haja coerência. As relações que se estabelecem entre empresas e clientes baseiam-se no princípio da confiança, diante da troca de valores embutidas na prestação de um e contraprestação de outro. Quando o cliente não vê atendida sua expectativa, surge o ressentimento, que muitas das vezes somente é solucionado na via judicial. É justamente para prevenir esta situação ou reparar danos que as empresas têm investido em canais de comunicação direta com o consumidor, melhorando sua imagem institucional. Mas, nada impede que pautas éticas sinceras sejam adotadas nas relações de consumo, a par do cálculo estratégico dos empresários.

Tipicamente privado o SAC é um canal dialógico de acesso do consumidor, porém não se confundindo com a Ouvidoria. Existem empresas que institucionalizam simultaneamente canais como: Fale Conosco, SAC e Ouvidoria. Isto sugere que uns não excluem os outros.

¹ Serviço de Atendimento ao Consumidor.

O ponto que mais diferencia a Ouvidoria do SAC é que este possui um viés voltado para a relação de consumo propriamente dita. Seu objetivo é facilitar a solução de problemas que ponham em risco a imagem da empresa e a fidelização do cliente. A Ouvidoria, por sua vez, é um canal de comunicação onde podem ser veiculadas manifestações não diretamente ligadas à relação de consumo. Nota-se que seu campo de atuação é mais amplo.

CONCLUSÃO

No contexto da globalização, mudanças estruturais na esfera pública ocorrem em grandes proporções. A sociedade em rede se consolidou como um modelo descentrado de dominação e compartilhamento de informações. A necessidade de controle criou oportunidades para aperfeiçoamento de panópticos virtuais. Neste caldeirão, emergem as Ouvidorias com forma de acesso do cidadão e controle do trabalho judiciário.

Assim, esta via dialógica comunica-se com outros canais de acesso num contexto de abertura sistêmica em andamento em vários cantos do mundo. Por esta razão, procuramos analisar o trabalho da Ouvidoria em comparação com outros canais dialógicos, tais como: Ministério Público, Defensor del Pueblo, Corregedoria e SAC.

O viés democrático e participativo é a nota que os aproxima. Cada um deles tem um perfil mais ou menos institucionalizado. O SAC, particularmente, é aquele típico canal empresarial, transitando entre a lógica democrática inclusiva e a empresarial instrumental, sem com isto perder importância para uma análise comparada.

O que restou evidente é que estamos diante de profundas mudanças estruturais na esfera pública e de um perfil de consumidor-cidadão mais consciente de seus direitos, participando do controle social não somente como um ator coadjuvante e

sim como um ator protagonista de uma revolução cultural cujas dimensões ainda não podem ser totalmente diagnosticadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Jorge Luis. *“A biblioteca de Babel”*. Em: *Ficções*. Tradução de Carlos Nejar. São Paulo: Abril Cultural, 1972, pp. 84-94.

BRESSER PEREIRA, L. C., SPINK P. K. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

COMPARATO, F. K. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estud. av. 18(51): 151-159, ND. 2004 Aug. SciELO. Brasil.

HABERMAS, J. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. KANT, I. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 2001.

LYRA, R. *Do tribuno da plebe ao ouvidor-público: estudos sobre defensores da cidadania*.

(organizador e co-autor) João Pessoa: Ed. UFPB, 2011.

LYRA, R. *Ouvidorias e Ministério Público: as duas faces do ombudsman no Brasil*. (organizador e co-autor). João Pessoa: Ed. UFPB, 2010. 195p.

LUHMANN, N. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

SUPIOT, A. *Homo Juridicus. Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Tradução de Almeida Prado Galvão. São Paulo, 2007.

WEBER, M. *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*. Tradução de José Marcos Mariani de Macedo. Organização de Antonio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PRESSUPOSTOS DE UMA *WELTANSCHAUUNG* HUMANISTA NA CONSTITUTIVIDADE DO *HOMO JURIDICUS* CONTEMPORÂNEO

Eliseu Raphael Venturi¹

RESUMO

a discussão trazida neste artigo se fundamenta no conceito de *homo juridicus* desenvolvido pelo jurista francês Alain Supiot enquanto construção dogmática, coligada às noções de pessoa e de personalidade, e recuperada em torno dos homens concretos em suas vidas particulares e em coletividade (Dussel). Baseia-se, igualmente, nas preocupações de Supiot por se compreender o direito como técnica de humanização das técnicas e, ainda, em se ter uma das tarefas da ciência do direito como a de se identificar déficits antropológicos das teorias jurídicas. Abordam-se, nesse contexto, algumas dimensões de uma possível mundividência nominável como humanista (visão de mundo, ou *Weltanschauung*, distinta de uma ideologia ou paradigma), imprescindível do raciocínio jurídico, compreendida nas esteiras de uma tutela humana total e incondicional obtida por meio do implemento das categorias de direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos, dos quais todos são titulares, assim como dos microssistemas protetivos e de princípios sempre presentes como o da dignidade da pessoa humana e da regra de interpretação *pro homine*, todos inspirados pela pretensão de atingimento de um bem-estar social e individual e assentados nos princípios republicano e democrático, bem como instrumentalizados que devem ser via diversos atos e processos públicos e privados.

¹Licenciado em artes visuais pela FAP/PR, especialista em direito público pela ESMAFE/PR e mestrando em direitos humanos e democracia (inclusão social e cidadania) pela UFPR. Advogado em Curitiba. eliseurventuri@gmail.com

Neste sentido, abordam-se alguns elementos filosóficos componentes desta cosmovisão, ao exemplo das discussões sobre a condição humana (Arendt), a ética e os modelos do cuidado (Noddings), as questões da antropologia filosófica (Mondin), da alteridade (Lévinas), da subjetividade (Hall), da vulnerabilidade e hipervulnerabilidade (Lima Marques), da política do reconhecimento (Taylor), entre outros aportes, cientes da fragilidade da vida e da responsabilidade social partilhada por ela, que apontam ao apreço pelo humano e por sua proteção enquanto finalidades ínsitas ao ordenamento jurídico e indissociáveis de suas técnicas hermenêuticas. Enfatiza-se, também, a humanização do direito internacional dos direitos humanos (Cançado Trindade), assim como do direito internacional privado (Jayme) e, ainda, a categoria constitucional do humanismo (Ayres Britto) e o modelo de Estado humanista (Gomes; Mazzuoli) como importantes ferramentas de construção desta visão de mundo garantista (Ferrajoli) e tuitiva das pessoas.

Palavras-chave: *humanismo jurídico; hermenêutica jurídica; homo juridicus.*

PRESSUPOSITIONS OF A HUMANIST *WELTANSCHAUUNG* ON CONTEMPORARY *HOMO JURIDICUS* CONSTITUTIVITY

ABSTRACT

the discussion brought in this article is based on the *homo juridicus* concept, that is developed by french jurist Alain Supiot, with the human being comprehend as dogmatic construction, related to the notions of person and personality, and reclaimed in his concretude around men in their private lives and in the community (Dussel). It is based, also, on the concerns of Supiot, by understanding how the right, as humanization technique of techniques, have one of the tasks to identify anthropological deficits on legal theories. In this context, some dimensions of a

possible “humanist *Weltanschauung*” (worldview, distinct for ideology or paradigm), in the essential legal reasoning, as a point of view comprised of a full and unconditional human tutelage, obtained through implement the categories of personality rights, fundamental rights and human rights, as well as protective of microsystems and principles always present as the dignity of the human person and the rule of interpretation *pro homine*, all inspired by the desire achievement of a social welfare and individual settlers, in republican and democratic principles, and that should be exploited via various acts and public and private processes. In this sense, to address some elements of this philosophical worldview components, e.g., the discussions on the human condition (Arendt), ethics and models of care (Noddings), issues of philosophical anthropology (Mondin), of otherness (Levinas) and subjectivity (Hall), vulnerability and hipervulnerability (Lima Marques), the politics of recognition (Taylor), among other contributions, aware of the fragility of life and shared social responsibility for it, pointing to the appreciation of the human and his purposes while protecting the legal and inseparable from their hermeneutical techniques. Emphasis is also on the humanization of international law of human rights (Cançado Trinity), as well as private international law (Jayme) and also the constitutional category of humanism (Ayres Britto) and state model humanist (Gomes; Mazzuoli) as important tools for building this garantist worldview (Ferrajoli).

Keywords: *humanism; legal hermeneutics; homo juridicus.*

INTRODUÇÃO

Na proposta deste artigo, desenvolvido no contexto da produção da dissertação do autor e expondo resultados provisórios, objetiva-se debater, filosoficamente, as possibilidades de uma *cosmovisão*, ou *mundividência*, no conceito alemão *Weltanschauung*, instância epistêmica distinta da ideologia e do paradigma, a partir da vigência de direitos subjetivos e demais princípios no ordenamento jurídico brasileiro, acompanhado das normas internacionais, na contemporaneidade.

Com isto, pretende-se argumentar que as profissões jurídicas, por trabalharem com o Direito, têm por matéria básica justamente a progressiva formação desta mundividência, de sorte que, no âmbito das ciências e suas técnicas, o olhar do profissional das carreiras jurídicas é o olhar problematizador acerca dos complexos limites e exigências da *humanização*.

Esta cosmovisão, pelo núcleo no ser humano, sem ser antropocentrista, ressalte-se (o qual seria reducionista, até porque desconsideraria os preceitos de direito ambiental), se qualifica como *humanista* pela vigência axiológica, consolidada pelas formas e atos jurídicos, e que induz a um olhar sensível à complexidade da condição humana, ante a qual constantemente se deve decidir e agir.

Nesta linha de problema, vale-se decisivamente do mote teórico do jurista francês Alain Supiot, que nomina o *homo juridicus* enquanto definição do ser humano para o Direito, ou seja, a partir dos conceitos por este estabelecidos, nominando e qualificando os elementos da vida social, e com a finalidade de orientar as relações sociais a determinadas finalidades individuais e coletivas.

Neste orbe, o ser humano assume uma *feição dogmáticaprimera*, em que se reúnem as figuras do sujeito, do indivíduo e da pessoa, revestidos pela noção de

personalidade. Em suma: o Direito diz o que são os seres humanos e lhes delimita a tutela; com isso, firma um sentido de vida, sem ditar um padrão de vida, destaque-se.

Desta forma, fixa o Direito uma *Weltanschauung*: oferece um sentido à narrativa humana, bem como uma explicação, uma orientação coletiva, e propõe meios de soluções dos problemas da vida, dando-se tudo de forma abstrata, nos moldes de uma antropologia filosófica, sem pretensões de encerrar uma fórmula da natureza humana, e que se distingue de uma antropologia cultural justamente na medida de um certo desapego casuístico, para ênfase na abstração e retorno ao concreto.

A partir deste centro de juridicidade, com a força normativa da *definição do humano*, obtêm-se elementos para se cogitar do problema da vida concreta dos homens concretos em comunidade (conforme noções da ética da libertação de Enrique Dussel). Assim, tem-se um jogo abstrato-concreto para apreciação e valoração da vida (afirmada e negada, conforme Ludwig).

Baseia-se a proposta, igualmente, nas preocupações de Supiot por se compreender o direito como técnica de humanização das técnicas e, ainda, em se ter uma das tarefas da ciência do direito como a de se identificar déficits antropológicos das teorias jurídicas, o que é uma avaliação típica da filosofia do direito, enquanto olhar reflexivo-crítico que se debruça sobre o objeto jurídico do conhecimento.

Abordam-se, nesse contexto, algumas dimensões propositivas de uma possível mundividência nominável como humanista (visão de mundo, ou *Weltanschauung*, distinta de uma ideologia ou paradigma), imprescindível do raciocínio jurídico, compreendida nas esteiras de uma tutela humana total e incondicional obtida por meio do implemento das categorias de direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos, dos quais todos são titulares, assim como dos microssistemas protetivos e de princípios sempre presentes como o da dignidade da pessoa humana e da regra de interpretação *pro homine*, todos inspirados

pela pretensão de atingimento de um bem-estar social e individual e assentados nos princípios republicano e democrático, bem como instrumentalizados que devem ser via diversos atos e processos públicos e privados.

As reflexões deste artigo, portanto, são do orbe filosófico, sem quaisquer técnicas sociológicas de campo. Assim, está-se mais preocupado em refletir sobre as profissões jurídicas em sua deontologia, potencialmente informativa de uma prática, do que detectar elementos concretos acerca de como pensam e agem os intérpretes profissionais do direito.

1. WELTANSCHAUUNG HUMANISTA E O RACIOCÍNIO JURÍDICO: UM MODUS HERMENÊUTICO PARA A INTEGRAÇÃO DOS DIREITOS

A noção de mundividência ou cosmovisão pode ser rapidamente distinta da ideia de ideologia e, ainda, da ideia de paradigma, embora haja conceitos compartilhados. De um modo geral, a proposta de separação se deve para implicar uma posição própria à cosmovisão, que não se reduz aos limites nem da ideologia, nem do paradigma, que não comportariam, por suas funções filosóficas e críticas, o que se pretende apontar como um posicionamento cognoscente e valorativo mais amplo.

Em relação à ideologia, pode-se ponderar a proximidade com o sentido por extensão, qual seja, aquele que tem por ideologia um corpo de convicções de um indivíduo ou grupo.

Ocorre que outro sentido forte da ideologia é o conferido pela teoria marxista, que a pontua também como conjunto de ideias, disseminadas nos âmbitos do conhecimento e instituições humanos, e que se estrutura a partir de uma negação fundamental, qual seja a da origem material dos interesses e necessidades ínsitos às relações de produção, de sorte que esta negatividade apenas reforça os interesses dominantes. Nesta acepção, ter-se-ia o contraste de legitimação do poder econômico

das classes dominantes, formando uma ideologia burguesa, e os ideais de interesses revolucionários da classe dominada (ideologia proletária ou socialista) emergindo a ideologia como este complexo de informações em trânsito social, influenciando o destino de relações concretas.

Em vista disso, deve-se controverter a redução de um humanismo jurídico a uma ideologia nos termos acima, simplesmente porque os direitos fundamentais e humanos, cujo teor em peso auxilia na formação deste humanismo, não podem ser reduzidos a discurso ideológico. Novamente, por força de sua própria destinação “a todos” e por seus mecanismos de estruturação econômica e social com vistas aos fundamentos e objetivos constitucionais, assim como os postos nos diplomas de direitos humanos.

Poder-se-ia objetar que justamente a pretensão de universalidade representa marca ideológica, contudo, tal raciocínio reduziria a visão sistêmica dos objetivos e pretensões do ordenamento encarado em toda a sua inter-relação, com todos os seus destinatários. A postura de compreensão do humanismo em sentido amplo enquanto ideologia reduziria o campo de atuação política, redundando em soluções incompatíveis com os preceitos fundantes.

Em relação ao paradigma, pode-se verificar que o humanismo não se enquadraria nesta classificação porque, em sentido estrito, não se encerra em um modelo explicativo-propositivo.

Conforme a definição mais utilizada, proposta por Kuhn, verifica-se que alguns pontos se comunicam com a ideia de humanismo, mas há distinções cabais que não permitem a classificação. Não se pode afirmar, ao menos nos termos propostos neste trabalho, que o humanismo, tal qual posto, se apresenta como um modelo identificável em algum período de tempo e que orienta o desenvolvimento de pesquisas científicas em determinado rumo. Ou seja: não se vislumbra no humanismo

a conformação de um corpo de sentidos partilhado por uma comunidade científica em determinado momento segundo os padrões e pretensões de construção do conhecimento científico – segundo Trujillo Ferrari: conhecimento factual, contingente, sistemático, verificável, falível e “aproximadamente exato” (esta última característica especial para a questão do paradigma, posto que novas proposições e técnicas possam reformular teorias vigentes).

Como visto, portanto, ao menos neste estudo, não se entenderá o humanismo nem como ideologia, posto que se compreenda esta posição reduziria ou mesmo aniquilaria a incidência e a efetividade dos direitos humanos (e não apenas deles) em qualquer situação (eis que a ideologia macularia tais direitos com a marca da *dominação*, negando titularidades e representando de antemão uma violação antecipada de qualquer direito imaginável), ao mesmo tempo em que não se entende o humanismo enquanto paradigma, posto que assim se reduzisse sua incidência a um campo científico datado e suscetível de superação.

Por isso, poder-se-ia afirmar que as preocupações do humanismo são de ordem filosófica (conhecimento valorativo, racional, sistemático, não verificável, infalível – porque não se submete à observação – e exato), razão pela qual se alinha com uma *Weltanschauung*.

Ao mesmo tempo, se afirma que o humanismo incide diretamente na prática jurídica, como postura informativa de manejo de valores e princípios jurídicos, os quais são estruturados no bojo do direito positivo e da ciência do direito, e que mesclam na atividade da argumentação, da interpretação e do raciocínio jurídico práticos.

Assim, a cosmovisão se estrutura como espaço que transcende a mera imagem do mundo e integra uma organização que revela uma série de crenças individuais e coletivas, e que acumulam a compreensão de estruturas como o sentido

da vida, o modo de organização das coisas, a finalidade de determinadas práticas, e assim por diante, compondo um modo de entender e de se posicionar a respeito dos assuntos inevitáveis e emergentes tanto da existência quanto da convivência. Por esta natureza específica não se pode identificar com as formas da ideologia e do paradigma, por representar um corpo de conhecimentos distintos, com outras funções, objetivos e forma de estruturação.

Assim, é a partir desta noção complexa de cosmovisão que se pretende defender neste artigo a compreensão de que o direito, enquanto ciência hermenêutica e axiológica, valorativa das condutas sociais e reguladora do comportamento humano, assim como coordenadora do sentido coletivo e promotora da dogmática fundamental do humano (*homo juridicus*), assenta-se em uma cosmovisão humanista, daí a *Weltanschauung* humanista que atua na constitutividade dos preceitos básicos dos ordenamentos jurídicos, reforçados pela mentalidade democrática imprescindível a sua conformação.

É a partir deste posicionamento que se apontam alguns aportes teóricos que podem compor esta afirmada cosmovisão humanista.

2. CONTEÚDOS FILOSÓFICO-JURÍDICOS E ALGUNS DE SEUS HORIZONTES: ELEMENTOS DA WELTANSCHAUUNG HUMANISTA COMO CONDICIONANTES DA APREENSÃO E VALORAÇÃO DO REAL

Conforme acima delimitado, o humanismo jurídico não consiste, na postura adotada neste estudo, nem em ideologia, nem em paradigma, mas antes compõe uma visão própria do jurídico, porque é deste orbe do conhecimento humano que se podem extrair seus fundamentos. Não se reduz ao direito porque este mesmo dá aberturas a outras áreas da reflexão humana, como a ética, a medicina, a filosofia não jurídica, e assim por diante, de modo que outro pressuposto deste estudo é que uma cosmovisão

se depreende de múltiplas fontes e tipos de conhecimento, que pode ser filosófico, artístico, científico, do senso comum, religioso, científico, jurídico propriamente e assim por diante.

O fundamental, para se tratar de humanismo, é necessariamente a plena e absoluta vedação a alguns elementos completamente rechaçados de antemão por qualquer proposta humanista, verdadeiro filtro interditório pelo qual não se admitem certas práticas, que gravitam em torno dos seguintes componentes (na esteira do artigo XXX da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que veda qualquer movimento tendente a destruir os direitos que anteriormente enunciou em seu corpo): discriminações de qualquer tipo, racismos e sexismos, cultura do ódio e da intolerância, violência em seus mais variados graus, sadismo, tortura, tratamentos cruéis, degradantes e ultrajantes da dignidade, negação da vida, arbitrariedade de qualquer poder, dominação, opressão, abandono, miséria, pobreza, fome, terrorismo; tais qualificativos são completamente combatidos por qualquer apreço humanista da realidade.

Assim, uma visão de mundo humanista é imprescindível ao raciocínio jurídico, desde que compreendida nas esteiras de uma tutela humana total e incondicional obtida por meio do implemento das categorias de direitos da personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos, dos quais todos são titulares, assim como dos microssistemas protetivos e de princípios sempre presentes como o da dignidade da pessoa humana e da regra de interpretação *pro homine*, todos inspirados pela pretensão de atingimento de um bem-estar social e individual e assentados nos princípios republicano e democrático, bem como instrumentalizados que devem ser via diversos atos e processos públicos e privados.

Feito tal corte que aponta o reverso da questão e indica suas pretensões, passa-se a abordar rapidamente algumas posturas filosóficas, sem qualquer pretensão de exaurir as possibilidades, e que vistas de modo agrupado e coordenado na valoração e conhecimento das situações de convivência e conflito, podem se agrupar em uma cosmovisão dita humanista.

2.1. O *homo juridicus* de alain supiot: o problema da antropologia como fundamento da juridicidade e a dogmática jurídica constitutiva do homem

Alain Supiot (2007), contemporâneo jurista francês, abordou a função antropológica de interdição e significação da vida coletiva e individual proposta pelo direito em termos de uma dogmática fundamental, contrabalanceada por técnicas de interpretação, que ajustam os preceitos dogmáticos ao mundo das relações sociais e suas demandas.

A qualidade de técnica do direito e sua relação com a verdade, contudo, não se assentam na noção de revelação divina ou de descoberta científica, ficando o direito em orbe distinto: o de indicação das crenças fundamentais de uma sociedade, acompanhada da interposição, nas relações sociais, de sentidos da convivência e do destino individual. Com isso, revela-se que o direito, enquanto prática, se apresenta de modo distinto dos problemas científicos, mostrando-se como movimento hermenêutico.

Nesta linha de compreensão do fenômeno jurídico, o autor enfatiza como as funções sociais do direito consistem justamente na formação de consensos ético-jurídicos insculpidos nas noções de pessoa, personalidade, direitos, e assim por diante, de modo que o direito informa tanto as balizas interpretativas (institutos, noções primeiras, que não são dados naturais, mas construções dogmáticas) quando fornece o

espaço próprio para interpretação, de modo que indica meios e materiais de construção do sentido coletivo.

Não por acaso o autor dedica tanto estudo a Declaração Universal de Direitos Humanos e a sua interpretação potencializadora dos preceitos internos, de sorte a se afastar posicionamentos universais de categorias de pensamento e pretensões de imposição (vedação de interpretação fundamentalista).

Assim, um entendimento fundamental em Supiot, e que se aproveita na verificação de um humanismo jurídico, é o de se compreender o direito como técnica de humanização das técnicas e, ainda, em se ter uma das tarefas da ciência do direito como a de se identificar déficits antropológicos das teorias jurídicas (tais como a análise econômica do direito, o utilitarismo, entre outras), de modo a se restabelecer o sentido da dogmática primeira da pessoa nos ordenamentos jurídicos.

2.2. Dos homens concretos em sua vida particular e coletiva conforme Enrique Dussel

Os horizontes de uma antropologia filosófica, conforme adiante indicado na composição da proposta deste artigo, necessariamente devem ser contrabalanceados com a consciência latente do objeto próprio de que se esta tratando, qual seja, o dos homens concretos em sua vida única.

As abstrações da antropologia filosófica, em busca da resposta do problema do homem, não podem negar a realidade em profusão que se desdobra na realidade social da vida coletiva.

Esta consciência do concreto demanda uma fundamentação ética anterior, cujo um dos pressupostos seja justamente esta disposição a, no final das contas, recair toda a apreciação sobre os horizontes reais das vidas humanas específicas, inseridas

nas texturas dos sistemas sociais, éticos, jurídicos, políticos, enfim, sob os efeitos das mais diferentes forças e resultados da vida coletiva e natural.

A ética da libertação de Enrique Dussel (2002) é um importante instrumento de filosofia neste sentido. Conforme interpretação proposta por Ludwig (2006) é a partir da verificação das negações práticas que se podem afirmar em contrapartida os direitos, negando-se a situação de negação dos direitos suportadas pelos diferentes grupos.

Tal fundamentação filosófica é essencial para a interpretação dos direitos nos casos concretos. Toda a principiologia jurídica indica a trama aberta do direito em relação ao real, permitindo ao intérprete a construção legítima de interpretações e argumentações em torno dos fatos. Referido trabalho não prossegue sem um fundamento filosófico que embase o raciocínio e indique os problemas práticos a serem resolvidos.

Por isso, para a efetiva construção e efetividade dos direitos humanos, dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais, sejam direitos individuais, coletivos, sociais, políticos, ou ainda, direitos e interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos, em seus diferentes arranjos, imprescindível o aporte da realidade que se porte, em um primeiro momento, diante do enfrentamento das vítimas não intencionais e inevitáveis dos sistemas éticos, o que, no final das contas, redundará na posição de titulares de direitos privados do regular exercício deles.

No sistema constitucional, as instituições democráticas, os poderes constituídos e as funções essenciais à justiça não podem se furtar de suas competências para a plena realização tanto dos fundamentos quanto, sobretudo, dos objetivos constitucionais. Sem a identificação concreta das necessidades não se pode realizar tais funções com a adequação normativa esperada.

2.3. A condição humana como contexto do problema do homem

As reflexões filosóficas sobre a condição humana, intensificadas após o cenário de barbáries da Segunda Guerra Mundial, no trabalho de autores como Ortega y Gasset, Primo Levi (“É Isso um Homem?”), Alexander Soljenitsin (“Arquipélago Gulag”) estes dois que, ao relatarem a experiência de campos de concentração e de trabalhos forçados, demonstram a influência externa dos sistemas políticos sobre as vidas individuais e sua aniquilação) e Hannah Arendt (2000), levanta uma série de problemas da existência humana e que não podem passar ao largo de uma filosofia jurídica comprometida com a complexidade da vida humana, sua expressão na convivência coletiva e suas necessidades de justiça e de cuidado como meio de manutenção e afirmação desta vida própria.

O problema filosófico da condição humana, assim, indica, conforme entendimento de Hannah Arendt, que os homens encontram-se condicionados por elementos circundantes, a partir dos quais produzem suas vidas por meio da ação, do labor e do trabalho.

Assim, o mundo, no qual se pode verificar a vida ativa, resulta de produções diversas das atividades humanas, em uma relação recíproca de determinação, vindo o que foi criado a implicar seus criadores. Os homens vêm ao mundo e se encontram abarcados em diferentes condições, ao compasso de, no curso de suas vidas, criarem outras tantas, exercendo sua força condicionante e submetendo-se a outras forças condicionadoras, em um processo constante de recriação do natural e do social.

A condição humana, assim, apresenta-se como um espaço de influxo e integração constante, ao qual se agregam progressivamente as diferentes experiências

de vida, ressignificando-se as dinâmicas da vida ativa, alinhando-se com a objetividade do mundo, conferindo-se o sentido recíproco.

Se a busca por uma natureza humana aponta, nos termos de uma antropologia filosófica, a tentativa de estabelecer a essência do humano (racional, linguístico, político etc.) e suas características universais – um esforço, como é consabido, frustrado, mas nem por isso desprovido de sentidos encontrados na busca, que pode auxiliar o esclarecimento da alteridade, por exemplo – a relação da condição humana aponta para a verificação contextual e relacional do ser humano consigo, com o mundo e com as outras pessoas, resultando em distinta soma de fatores diversos envolvidos na conformação de uma vida em concreto e particular.

Um importante critério de distinção seria o exemplo da migração da humanidade para outro planeta: com isso, as noções de trabalho, ação, verdade, o sentido da existência humana, enfim, seriam alterados tais conceitos em todos os seus elementos condicionais: o meio ambiente seria outro, a forma de existência e conjugação de esforços, a estrutura de interesses e necessidades, enfim, tratar-se-ia de condição humana distinta, mas com humanos em contexto diferente, daí a distinção entre condição e natureza humana. Por isso a discussão sobre a condição humana indica ao contexto, enquanto a da natureza humana, mesmo com sua provisoriade, indica para o objeto visado, o ser humano enquanto ser.

Deste modo, a condição humana congloba tanto condições naturalmente fixadas quanto outras socialmente construídas e, ainda, se considera o espaço do indivíduo de mudar e manejar novas condições em sua vida. Esse complexo de condições, que não determinam (em sentido de determinismo) as vidas, mas que são importantes para se conhecê-las, permite identificar cenários de condição humana em que as vidas humanas se desenvolvem.

De um modo mais amplo, a condição humana também retrata as inevitabilidades e dramas do existir do ser humano, marcado pelo interregno natalidade-mortalidade, infância, adolescência e velhice, vulnerabilidade do corpo, o ser lançado no mundo, a diversidade cultural e assim por diante.

Assim, referir-se à condição humana insere o ser humano em um espaço de desenvolvimento de sua personalidade, por isso a consciência deste elemento filosófico é importante para se construir o sentido dos direitos. Estes poderão ter funções criativas, corretivas ou de manutenção das vidas, justamente porque a condição humana apontará necessidades a serem atendidas e sensibilizará para a apreciação das vidas concretas, com suas dificuldades e potenciais a serem identificados e trabalhados por meio das intervenções jurídicas.

O humanismo jurídico, assim, depende da noção de condição humana para compreender o ser humano em seu contexto de vida, verificando as suscetibilidades e limitações do ser humano, assim como as fontes de vida, de interesses e de necessidades oriundos das diferentes conformações que uma vida concreta pode assumir.

2.4. Ética do cuidado como complemento da ética da justiça ante a vulnerabilidade essencial do humano

A ética do cuidado consiste em um contraponto à ética da justiça e seu contexto próprio de discussão é, por um lado, o da enfermagem e da medicina, campos em que o embate com a fragilidade da vida é direto e constante, e, por outro lado, o da educação, em que se pergunta sobre a formação moral dos indivíduos, o que repercute diretamente nas preocupações jurídicas, de um esteio moral para noções de obrigações, responsabilidade e demais de interesse ao direito (BAIER, 2012; BARBOSA, 2010; BOFF, 2003; GILLIGAN, 1982; NODDINGS, 1984; MAIA, 2009).

Atualmente, a filosofia do direito e demais debates jurídicos não prescindem, ao menos, da busca de um horizonte do sentido de justiça na contemporaneidade, que é complexa e agrega muitas camadas de discussão, desde refinados posicionamentos sociológicos até teorias jurídicas sofisticadas, do orbe da hermenêutica e da argumentação.

Todavia, o trabalho jurídico de preocupação exclusiva com a fixação de modalidades, possibilidades e variantes do conceito de justiça, tanto em tempo quanto em espaço, não é suficiente para abarcar a trama de direitos e princípios do ordenamento, nem tampouco suas pretensões de efetividade.

Muitos preceitos jurídicos trabalham com lógica distinta, impondo um posicionamento de tutela e cuidado, que não são exclusivos aportes da ética da justiça, mas sim da ética do cuidado. O próprio tema dos direitos humanos constantemente alinha, em seus documentos, a promoção e a proteção dos direitos aos mais básicos sentidos da justiça.

Portanto, no âmbito do humanismo jurídico há de se verificar um entrelaçamento entre as éticas da justiça e do cuidado.

A ética do cuidado pontua importantes distinções, a partir de diferenciações de modo de apreciação do mundo segundo padrões dos gêneros masculino e feminino. Sem adentrar ao campo dos debates do feminismo, pode-se sintetizar tais aportes, tendo em vista a integralização destes pontos de vista, enfocando-se assim mais sua conjugação do que sua oposição.

A ética do cuidado tem por opositor o abandono, enquanto a ética da justiça a opressão. A preocupação primordial no processo comunicativo, segundo os preceitos da ética do cuidado, é a compreensão, enquanto na justiça, a concordância, e, ainda, sucessivamente, são valores em cada uma das éticas: o vínculo e a igualdade, a emoção e a razão, o altruísmo e o egoísmo, a prática e a teoria. Evidentemente que tal

posicionamento opositor é reducionista, mas os contrastes criados pela teoria auxiliam a verificar uma tentativa de modelo hermenêutico jurídico mais aberto, em que tais questões não apareceriam problematizadas, do que decorreria um plexo de questões não contempladas.

Por tais motivos, a ética do cuidado é importante elemento integrador de uma cosmovisão humanista da realidade jurídica, eis que auxilia a integração de problemas de ordem moral, coaduna-se com a centralidade da pessoa humana e sua dignidade e direitos, ao compasso de fomentar potenciais interpretativos e valorativos do direito. Mais uma vez, trata-se de posicionamento filosófico e postura de entendimento das coisas e relações, razão pela qual se assenta na formação de uma cosmovisão humanista.

2.5. Antropologia filosófica enquanto reflexão abstrata sobre o ser humano e seus problemas

A antropologia filosófica é um campo do conhecimento filosófico cuja preocupação é responder à pergunta: quem é o homem?, conforme sintetizado por Mondin (1983). As investigações da antropologia filosófica geralmente congregam diversos pensadores de tempos e espaços diferentes, abarcando variadas tradições do pensamento na procura de definições e dimensões da existência humana, em especial no tocante ao que se poderia delimitar como uma natureza humana, mais especificamente, quais seriam os elementos distintivos do ser humano em relação aos outros seres, e mais, conforme consagrado por Max Scheler, qual seria o lugar do homem no cosmos.

Os debates da antropologia filosófica, conforme se delimitou no item 2 deste ponto, tratando do aporte de Dussel (2002) e Ludwig (2006) acerca da vida concreta dos homens em sociedade, se situam em campos profundamente abstratos, razão pela

qual até se podem agrupar as dimensões do humano em tipos, tal qual realiza Mondin, e mesmo Supiot ao tratar do “homo juridicus”. Assim, pode-se pensar em um “homo loquens”, o homem da linguagem e comunicação, ou em um “homo ludens”, o homem da dimensão lúdica, ou ainda o “homo politicus”, e assim por diante, em diferentes expressões do ser humano.

As abstrações da antropologia filosófica não haverão de ser tomadas de modo definitivo e sem considerações com a dinâmica e necessidades do real. Ao exemplo das categorias de direitos, serve para apontar grandes cenários de possibilidades, fornecendo elementos linguísticos e compreensivos para se pensar a realidade humana e seus elementos componentes e condicionantes. Pode-se dizer que a antropologia filosófica recai sobre aquele objeto do contexto dado pela condição humana, indicando elementos de uma natureza humana, ou, ainda, componentes das diferentes naturezas humanas e suas expressões, auxiliando a fixar valores em quadros culturais e conjunturais.

A antropologia filosófica e suas preocupações, pois, é um fundamental elemento que integra uma cosmovisão humanista, justamente porque tem por objeto a reflexão sobre o ser humano e suas faces e expressões culturais, permitindo assim robustecer a compreensão e, sobretudo, a construção dos direitos em casos práticos, a partir do cabedal jurídico disponível nos orbes de direitos subjetivos e demais princípios vigentes na contemporaneidade jurídica.

2.6. Alteridade como meio de acesso ao outro e imprescindível aporte de comunicação humana e exercício ético

Na linha do que se expôs acima e o cenário de preocupações filosóficas que integram a proposta de uma *Weltanschauung* humanista, é de se destacar o papel da alteridade na formação desta cosmovisão indicada.

Pode-se afirmar que sem o mínimo senso de alteridade sequer haveria a noção de direitos, eis que o vínculo mínimo ao outro estabelece o espaço do respeito e o reconhecimento da atributividade de posições jurídicas e fáticas insuperáveis.

A alteridade, consagrada pelo pensamento de Buber (1987, 2001, 2011) e Lévinas (1988, 2009, 2010), sobretudo, fixa a ética como filosofia primeira, de modo que antes mesmo das preocupações ontológicas haveria o reconhecimento inicial do outro que se apresenta a mim, me define e, com isso, determina o modo de existência do humano em suas fundações primeiras, o que impõem uma responsabilidade infinita diante do outro amplamente considerado e existencialmente amplo.

A alteridade também pode ser vista como uma chave cognitiva para acessar o imenso repertório de variantes e práticas culturais, assim como ferramenta mental de visualização das diferenças e estipulação de diálogos. Além disso, o senso de alteridade, na percepção de Lévinas, é o que fornece a abertura ao rosto do outro, expressão de sua humanidade, vulnerabilidade e condição humana enquanto enfrentamento e manifestação, enquanto consolidação de uma identidade e de uma subjetividade reunidos em um sujeito único e inatacável, porque a vedação do homicídio e outros ataques é plena.

Deste modo, a alteridade abre os espaços da intersubjetividade, fixando pontes e estabelecendo comunicação entre os sujeitos, o que reforça o senso de humanidade, que é ínsito ao humanismo, e estimula o reconhecimento de titularidades e exercícios de direitos subjetivos, uma das maiores preocupações jurídicas em termos de efetividade.

A alteridade, portanto, é o elemento filosófico da *Weltanschauung* humanista que permite o ponto de parada ante o outro, o afastamento à redutibilidade do mesmo, e que permite a construção de diálogos e contemporizações sem as quais não se pode

pensar em uma legítima juridicidade construída a partir dos preceitos mais caros das categorias de direitos e demais princípios de direito.

2.7. Subjetividade enquanto centro da pessoa e seu valor jurídico

A subjetividade permite um núcleo de reflexão e avaliação das formas e instâncias do pensamento, sentimentos e ações sobre o conhecimento do direito e do direito sobre a sociedade. A subjetividade entendida como um centro de atividade reflexiva é tema essencialmente filosófico e é esta abordagem que permite o diálogo da filosofia com os problemas jurídicos.

Os sentidos históricos da subjetividade, sem prejuízo das contemporâneas preocupações em torno da questão, permitem visualizar um complexo cenário da interioridade dos sujeitos, das narrativas integrantes de suas personalidades e posições sociais, assim como das variações de suas expressividades sociais. Com isso, o direito também é, em sua cosmovisão humanista, sensibilizado para a variação de modos de vida humana e implicado pelas tutelas necessárias.

O panorama fornecido por Atkins (2005), assim como Clewell (2007) e Hall (2004), revela o desdobramento histórico da noção de subjetividade, desde um assento moderno, essencialmente epistemológico, em que a subjetividade marca um modo de produção do conhecimento com centro no sujeito, até a noção pós-moderna, de cunho sociológico, que verifica na subjetividade um centro integrador de narrativas e experiências de vida, que forjam uma identidade compartilhada a partir de elementos comunicados.

No contexto das preocupações humanistas, o conceito de subjetividade é útil para ser agregado nas demandas de igualdade e dignidade, posto que revela os diferentes modos de ser dos seres humanos, em suas condições e a partir de sua natureza, sempre agregando diferentes arranjos culturais de práticas e convivências,

apontando então para as conformações individuais que consolidam diferentes aportes significativos.

A subjetividade é essencial para compreender relações de gêneros diversas, condições culturais e pessoais dos destinatários dos direitos, assim como, novamente, sensibiliza para a riqueza do humano e sua necessidade de regulamentação e proteção ante abusos de diferentes tipos.

A subjetividade, assim, por ser próxima dos direitos de personalidade, aponta para um núcleo íntimo de proteção das expressões humanas, constituindo verdadeiro valor jurídico a ser tutelado e fomentado, e no contexto humanista é mais um elemento que favorece o enfrentamento do extenso, complexo e inegável problema do ser humano.

2.8. A vulnerabilidade inerente à condição humana

A vulnerabilidade se aproxima ao debate da condição humana e pode ser compreendido como uma das dimensões da própria natureza humana. Relaciona-se com a corporalidade, finitude e mortalidade do ser humano, e também se vincula aos debates do meio ambiente em todos os seus conceitos constitucionais.

Além disso, também se constitui como categoria jurídica propriamente dita, especialmente utilizada no direito do consumidor (conforme Marques (2012) aponta no direito do consumidor o vulnerável e o hipervulnerável) e do trabalho, distinguindo-se da hipossuficiência (critério mais específico que intensifica a necessidade de proteção do indivíduo), mas a ela se somando no reclame por maior atenção e tutela, além de regime jurídico diferenciado.

A vulnerabilidade é um indicativo amplo que abarca, se considerada a partir da condição humana, todos os sujeitos e, ainda, indica a importância dos direitos como forma de se proteger de tal exposição.

O direito à vida como direito ao corpo, morada primeiro, e o direito à moradia, são exemplos de escudos jurídicos que aproveitam aos sujeitos para manutenção e desenvolvimento de suas vidas. Em diferentes momentos o direito regulamenta a vulnerabilidade, nos casos de diminuição da voluntariedade, redução da espontaneidade, da autonomia e capacidade, assim como da autodeterminação.

Ao mesmo tempo, as situações de suscetibilidade, fragilidade, desigualdade, assim como os laços de solidariedade, todos constitucionalmente privilegiados pelos fundamentos e objetivos constitucionais, fundamentando assim a consciência da fragilidade da vida do ser humano, e, ainda, de toda a estrutura ambiental, de modo que indica à responsabilidade compartilhada, fundamentada pelo senso de alteridade.

2.9. Respeito e reconhecimento como concorrentes da alteridade

Conforme visto nos pontos precedentes, a necessidade de respeito e reconhecimento é condição de incidência dos direitos, inclusive expressamente uma postura recomendada na exposição de motivos de diversos diplomas de direitos humanos, uma vez que, sem suas noções, interligadas que são aos demais conceitos trabalhados nos pontos anteriores, não se pode alcançar a esfera cognitiva necessária para a construção dos direitos, sem o que sequer se pode pensar em sua efetividade.

Segundo Dillon (2010) o respeito é considerado um valor pessoal, sociológico, político, moral e jurídico, com relevância nas discussões filosóficas diversas, uma vez que as complexas relações estabelecidas entre os seres humanos, assim como destes com outros seres e o meio ambiente, demanda o posicionamento interditório e de recuo trazido pelo respeito, incluindo-se no conceito a dimensão de reconhecimento e estima, por isso da proximidade das discussões.

O respeito e o reconhecimento, assim, conjugados com as demais capacidades filosóficas acima dispostas, assim como as técnicas a seguir debatidas, abrem o espaço

necessário à valoração e à compreensão dos diversos sentidos da vida envolvidos em qualquer dinâmica da convivência, posto que o vínculo de reconhecimento essencial é o dos preceitos jurídicos que estabelecem direitos e que, a partir da dogmática fundamental de constitutividade do “homo juridicus” indica a posição do ser humano na ordem das coisas.

Desta maneira, o respeito e o reconhecimento indicam movimentos mentais de valoração (especialmente ético-jurídicas) de objetos e, ao mesmo tempo, verificação de valores intrínsecos a este mesmo objeto, de modo que a cognição pode se realizar de dois modos, portanto, pela via da valoração intrínseca e extrínseca. Trata-se de conferir o status devido e levar em consideração as posições iniciais assumidas pelos sujeitos, assim como suas identidades e subjetividades, cujo significado prévio é dado pelo direito.

O efeito jurídico mais imediato de toda a postura acima indicada é justamente o assento inarredável da dignidade da pessoa humana, que aponta para esta posição inicial e insuperável que juridicamente determina a consideração, o respeito e o reconhecimento sobre todas as pessoas, a despeito, inclusive, de suas condutas, o que reverbera em especial no orbe do direito e processo penais, tanto que se nomina o garantismo como uma das dimensões do humanismo jurídico atual e sua cosmovisão.

A assunção da dignidade e dos direitos subjetivos, portanto, determinam um espaço inicial bem delimitado de respeito e reconhecimento, por todas as vias: dos agentes públicos aos cidadãos, dos cidadãos entre si, enfim, entre todas as pessoas envolvidas nas dinâmicas de convivência, abarcando-se inclusive cuidadosos aportes sobre todos os seres vivos, espécies, ecossistemas, assim como culturas e comunidades tradicionais.

2.10. Humanização do direito internacional, direitos humanos e a regra de interpretação “pro homine”

A humanização do direito internacional consiste na constatação, por Trindade (2006), do papel assumido pelo Direito Internacional enquanto expressão de um direito comum a toda a humanidade, exaltando o homem, indivíduo concreto, expressão do ser humano, enquanto centro de toda a preocupação jurídica e dos esforços da atuação pública e privada na produção da vida coletiva.

A partir deste centro de preocupação jurídica, normativamente construído e filosoficamente inspirado, é que se buscariam as respostas aos problemas contemporâneos do meio ambiente, da miséria e pobreza, do terrorismo, enfim, questões relativas aos direitos humanos e cuja cognição não pode se limitar, por exemplo, à racionalidade econômica e de mercado, apenas.

A superação das teorias realistas estatocêntricas (impondo a racionalidade da humanidade sobre a racionalidade estatal) do direito internacional, revelada por meio da exposição de motivos dos diplomas de direitos humanos, quando tratam da consciência jurídica universal e da humanidade, indicam a imperatividade dos direitos e a busca constante de qualidade de vida universalizada, em um sistema de interpretação que não se priva de avaliar a utilizar os valores do direito internacional.

O reconhecimento do ser humano como sujeito do direito internacional, sua capacidade jurídica e a limitação aos poderes estatais advindo desta posição do homem são historicamente demonstrados e avaliados por Trindade (2006). Os Estados, assim, relativizando-se o dogma da soberania estatal, submetem-se aos preceitos do direito internacional. O caráter de “jus cogens” do direito internacional, assim, informa o cenário interestatal, preceituando valores e princípios, assim como regras, verdadeiramente normatizando a atividade estatal em uma nova ordem internacional, dedicada à vedação do uso da força e da guerra, ao compasso de se promover a

manutenção da paz, da segurança mundial e do atendimento dos direitos e liberdades fundamentais, reafirmando ideais de justiça.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, somado ao Humanitário e ao dos Refugiados, representa a marca de novos ideais e significações da dignidade humana, indicando que os contextos vividos demandam novas e precisas interpretações. A jurisprudência dos Tribunais Internacionais, sem prejuízo dos avanços materiais dos direitos humanos, aponta a crescente efetividade da prestação jurisdicional neste orbe do direito prático.

O direito comum da humanidade e a supremacia deste modo cognitivo e valorativo em relação à racionalidade estatocêntrica, portanto, revelam que a centralidade do ser humano e seu protagonismo também no direito internacional impõe a interpretação finalística de construção do bem comum e desenvolvimento das personalidades individuais sem óbices políticos e arbitrários.

A regra de interpretação “pro homine” pode ser destacada neste contexto como elemento fundamental de concretização e efetividade dos direitos, uma vez que sua expressa recomendação é a de que se realize a interpretação de modo a maximizar o regime jurídico protetivo do indivíduo, agregando-lhe o máximo de garantias e proteção de direitos em determinado caso concreto sob apreço.

Este referido movimento de humanização de um ramo do direito revela a importante presença do pensamento humanista enquanto afirmação do ser humano, conforme linha de pensamento que se tem desenvolvido neste artigo. Por isso, o ponto de vista de Trindade, assim como do Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo mais abrangente, constituem aportes imprescindíveis para se delinear elementos do humanismo jurídico contemporâneo enquanto cosmovisão jurídica, igualmente.

2.11. Categoria constitucional do humanismo: o sistema constitucional como afirmação positiva dos preceitos humanistas

A interpretação de Britto (2007) buscando os fundamentos filosóficos do texto constitucional aponta ao humanismo como verdadeira categoria constitucional, ou seja, um posicionamento filosófico positivado e tornado de inconteste juridicidade a partir do texto constitucional.

A partir da polissemia do humanismo, que indica tanto uma filosofia quanto um campo de conhecimentos valorizados (estudos clássicos), fixa-se o sentido de reverência e cultivo da humanidade entendida em sua totalidade. Localizando no centro o ser humano, declina as funções da organização social, vetorizada no sentido da dignidade inata de seus integrantes, afirmando assim alguns preceitos constitucionais convergentes: igualdade de oportunidades e fomento público de acesso político, econômico e educacional; acesso aos serviços públicos e seguridade social; pluralismo político e vedação de discriminações de qualquer sorte.

O sistema constitucional, assim, é humanista porque declina suas regras em torno da dignidade e tem por base a sua defesa e promoção, aproximando humanismo e democracia, por força do sufrágio universal e secreto, possibilidade de audiências públicas e outras interfaces interativas proporcionadas pela Constituição. O humanismo, assim entendido, assume vocação política, afirmando os objetivos da República e seus fundamentos.

O aporte constitucional do humanismo, detalhado por Britto, demonstra a importância do direito constitucional, sua interpretação e seus instrumentos hermenêuticos, para a formação da cosmovisão humanista que se pretende defender neste artigo, demonstrando como a integração dos princípios e direitos jurídicos soma-se em uma apreensão e valoração geral da realidade.

2.12. Modelo do estado humanista: racionalidade jurídica e diálogo das fontes na integração dos significados jurídico-tuitivos

A percepção de um modelo de Estado Humanista tem sido defendida por Gomes e Mazzuoli (2010) a partir da preponderância do Direito Internacional dos Direitos Humanos, enfatizando assim tanto a Constituição Federal quanto os Tratados e a legislação ordinária, indicando um caminho de interpretação do plano material, inclusive, fortalecido pela teoria do diálogo das fontes: as referências se retroalimentam e se complementam. A regra de interpretação *pro homine*, igualmente, reforça o sistema, determinando a aplicação no caso concreto da interpretação global que mais amplie o gozo de direito, liberdade ou garantia.

Para os autores, o Estado Constitucional e Humanista de Direito consiste na mais recente evolução do sistema jurídico, possuindo como fontes normativas as leis, os códigos, a Constituição, a jurisprudência interna, os tratados internacionais, a jurisprudência internacional e o direito universal, que possui valor supraconstitucional. A densificação histórica de cada uma destas fontes representou um momento de conformação estatal: absolutista, legalista, constitucional, constitucional e internacional, e, por fim, o estado constitucional e humanista, perfazendo uma macrogarantia ante o exercício do poder, que deve atender aos direitos para se expressar legitimamente.

O arranjo de Estado, Direito e Justiça representa a primeira garantia do indivíduo, limitando-se o exercício do poder político e determinando ponto de equilíbrio e contemporização dos interesses públicos e coletivos e os individuais. Por isso, pela proposta de integração e diálogo de fontes, ampliando à cognição dos casos a incidência dos direitos humanos de modo inconteste, ressalta-se a pertinência do modelo de estado humanista na conformação de uma cosmovisão humanista, que

determina uma racionalidade pública e um modo próprio de convivência e desenvolvimento da vida individual e coletiva.

2.13. O garantismo e sua função na tutela, efetividade, concreção e concretização do sistema jurídico humanista

A garantia dos direitos é importante pressuposto de sua efetividade. A importante contribuição de Ferrajoli (2006) é relevante para que se verifique que a interpretação do direito como estrutura social garantista representa mais do que um entendimento dos âmbitos da ciência do direito penal, permitindo compreender um modelo de teoria geral do direito e de crítica política. A contribuição do garantismo, portanto, é o de reforçar o corpo de direitos com as respectivas garantias, compondo uma harmonia de ordens formal e material.

Por isso, o garantismo também integra uma cosmovisão humanista na medida em que traz o aporte jurídico de reforço da efetividade e compromisso com a integração hermenêutica dos direitos, fornecendo mais uma das dimensões da tutela jurídica da pessoa humana, o que representa a afirmação de uma racionalidade humanista.

2.14. Dignidade da pessoa humana e as categorias de direitos: direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade

A dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, é conceito essencial para a problemática humanista, justamente porque assente nas projeções da pessoa humana enquanto expressão social cuja dignidade obsta condutas ante a si e impõe prestações, de modo abrangente e em relação a todos os indivíduos, sem restrições, posto tratar-se de dignidade inerente e ôntica, oriunda do ser-ser-humano (SARLET, 2001).

As diversas categorias de direitos permitem estabelecer algumas das crenças fundamentais de uma sociedade e que devem ser promovidas e protegidas por meio do direito. Sem adentrar aos seus conteúdos e definição doutrinária, bem como suas diferenças e pontos de contato, destaca-se o papel das categorias de direitos subjetivos, sejam os de personalidade, sejam os fundamentais, sejam os humanos, como conteúdo dos fundamentos de enfrentamento das vidas individuais em sociedade, ou seja, parâmetros de identificação das pretensões e fomento do ordenamento jurídico em relação às pessoas (SOUSA, 1995; SZANIAWSKI, 2005; TRINDADE, 1997; SARLET, 2007).

Assim, apenas faz-se referência aos direitos de personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos enquanto grandes categorias e pensados em suas projeções individuais e coletivas, para reforçar que uma compreensão humanista necessariamente fará referência à titularidade destes direitos como meio próprio de afirmar a proteção humana a partir do direito.

2.15. A virtude democrática da tolerância

A virtude da tolerância, valor democrático, também pode ser destacada no contexto de uma cosmovisão humanista, especialmente porque favorece à convivência e estimula a proteção e afirmação dos direitos. Isso porque a ideia de tolerância envolve questões sobre alteridade, assimetria e respeito, assim como visa à apreciação de projetos existenciais incomparáveis e aos quais se assegure o reconhecimento da dignidade e da diversidade, apontando para valores partilhados como limites do tolerável e revelando a busca por integridade de valores na sociedade (WALZER, 1999; ZANGHI, 2003).

A tolerância é uma essencial virtude para manutenção das sociedades democráticas e formação e prática da cidadania. A tolerância envolve uma relação de

alteridade e, assim, permite o acesso ao outro, chegando-se ao respeito. A consciência de que cada ser humano possui um projeto existencial único fomenta a consciência da diversidade e encontra na democracia o espaço próprio para afirmação destas diferenças e reconhecimento do outro.

A tolerância, ainda, indica limites da diversidade, de modo a se precisar um mínimo de características humanas exaltáveis, e outro reprovável e que deve ser evitado pelas pessoas, evitando-se, ainda, neste labor, o procedimento de traçar projetos hegemônicos de vida. A partir destas premissas da tolerância é que se pode projetá-la nos cenários democráticos e permitir consensos comunicativos e painéis de debate que ajustem as necessidades e projetos humanos envolvidos, indicando um sistema íntegro de valores sociais e, especialmente a partir dos direitos humanos, também jurídicos.

Portanto, é por sua coligação às noções de alteridade, respeito e reconhecimento que a tolerância ingressa como mais um médium humanista, capaz de veicular a cosmovisão que se defende nesta proposta.

2.16. Pensamento democrático e republicano

Conforme visto, para Britto (2007) o próprio humanismo, em certo momento e compreensão, identifica-se com a democracia, por toda a estrutura de atendimento de direitos constitucionais afirmados e realizados pelo direito em todas as suas estruturas de poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Todo o sistema constitucional, posto em movimento, representa uma moção humanista porque vinculada aos direitos e a concretização destes por meio do trabalho das instituições democráticas.

Bignotto (2000) também demonstra como o humanismo cívico influenciou a formação do pensamento republicano e de seus valores, justamente pela vida ativa política representar-se, na esfera pública, o máximo de manifestação da axiologia mais

cara à humanidade. A ideia de bem público que fundamenta o regime coaduna-se com a pretensão popular democrática, tendo ambas por mote a fundação humana das leis e da sociedade, a necessidade de valores informativos e a limitação de poderes. A prática da liberdade, assim, se assenta em uma conformação institucional favorável e especificamente pensada para tanto.

O pensamento republicano, assim, não apenas se opõe à monarquia como forma de governo, mas também expressa valores republicanos, e aí sua relevância à cosmovisão humanista, assim como a democracia em que a noção de soberania popular reafirma o compromisso público com o atendimento dos direitos e interesses legítimos individuais e coletivos.

Deste modo, é ínsito ao pensamento republicano e democrático o fator originário humano, sendo o papel do homem central em sua gênese: o homem da cidade, o homem da comunidade, o homem do povo, mas sempre o ser humano como fundamento e finalidade, o que implica considerar os dilemas da condição humana, a dignidade humana e o atendimento e tutela de necessidades como fins da vida política e coletiva, assim como razão de ser do Estado e da comunidade política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste artigo foi a de flexionar as possibilidades de uma cosmovisão humanista a partir de elementos do ordenamento jurídico brasileiro, considerando-se as fundações filosóficas para tanto. Assim, realizaram-se aportes sem adentrar a especificidades do ordenamento (por exemplo, diplomas tuitivos do consumidor, trabalhador, criança, idoso etc.), realizando-se a leitura com remissões mais amplas, eis que a preocupação central consistiu em, em breve medida, catalogar algumas dimensões da visão humanista da realidade social e da convivência.

Enfocaram-se, sem pretensões de exaurir as possibilidades, alguns posicionamentos teóricos, vistos sem a finalidade de sintetizar suas bases, mas já assumindo seus sentidos para expressar sua adequação tanto aos outros elementos explorados quanto, principalmente, ao cerne do problema, qual seja, a substância da cosmovisão humanista, jurídica.

A partir do entendimento da definição de dogmática jurídica do ser humano, expressa pelo termo “homo juridicus”, construíram-se algumas relações centradas no jogo abstrato e concreto, por meio tanto da antropologia filosófica e do paradigma da vida concreta dos indivíduos em sociedade, quanto por meio de conceitos de ancoragem e movimento, por exemplo, a subjetividade, a condição humana, movidos pelas relações da alteridade, do respeito e o reconhecimento.

Assim, objetivou-se contribuir com o debate filosófico jurídico em prol do enfrentamento da complexidade dos problemas contemporâneos a partir de uma cosmovisão própria que, por integrar diferentes dimensões do pensamento jurídico e filosófico, instrumentos para se integrar na apreciação dos casos concretos e resolução e valoração de relações da convivência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: CEBELA, 2000.
- ATKINS, Kim. *Self and subjectivity*. Nova Iorque: Blackwell, 2005.
- AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. Hermenêutica e humanização das práticas de saúde. *Ciênc. saúde coletiva* [online], v.10, n.3, 2005.
- BARBOSA, Vanderlei. *Da ética da libertação à ética do cuidado*. São Paulo: Porto das Ideias, 2010.
- BAIER, Annette. *The Need for more than justice*. Disponível em: <http://www.olen.com/edu/downloads/ECI/etci-07-2.pdf>. Acesso em 21 set. 2012.
- BIGNOTTO, Newton [Org.]. *Pensar a república*. Belo Horizonte: UFMG, 2000.
- BOFF, Leonardo. *Saber cuidar: ética do humano – compaixão pela terra*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.
- BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUBER, Martin. *Sobre comunidade*. Tradução de Newton Aquiles von Zuben. São Paulo: Perspectiva, 1987.
- _____. *Eu e tu*. Tradução de Newton Aquiles von Zuben. São Paulo: Centauro, 2001.
- _____. *O caminho do homem*. Segundo o ensinamento chassídico. Tradução de Claudia Abeling. São Paulo: Realizações, 2011.
- CASELLA, Paulo Borba; CELLI JÚNIOR, Umberto; MEIRELLES, Elizabeth; POLIDO, Fabrício. (Org.). *Direito Internacional, Humanismo e Globalidade*: Guido Fernando Silva Soares (*Amicorum Discipulorum Liber*). São Paulo: Atlas, 2008.

CLEWELL, Tammy. *Subjectivity*. In: WINQUIST, Charles E.; TAYLOR, Victor E. *Enciclopédia of Postmodernism*. New York: Routledge, 2007. p. 381-383.

DAL RI JUNIOR, Arno; PAVIANI, Jayme. *Globalização e humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

_____; PAVIANI, Jayme. *O humanismo latino no Brasil de hoje*. Belo Horizonte: PUC/Minas, 2001.

_____; BOMBASSARO, Luiz Carlos; PAVIANI, Jayme. *As interfaces do humanismo latino*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

_____; ORO, Ari Pedroso. *Islamismo e humanismo latino: diálogos e desafios*. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____; LUPI, João. *Humanismo Medieval*. Caminhos e Descaminhos. Ijuí: Unijui, 2005.

DESLANDES, Suely Ferreira; AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita. Humanização e cuidado em saúde. *Ciênc. saúde coletiva* [online], v.10, n.3, 2005.

DILLON, Robin S., "Respect", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/respect/>>. Acesso em 21 set. 2012.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. 2 ed. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer [et. al]. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FREUD, Sigmund. A questão de uma *Weltanschauung*. In: *Novas conferências introdutórias sobre a psicanálise*. Conferência XXXV. Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud, v. 22. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

GILLIGAN, Carol. *Uma Voz Diferente*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1982.

GÖTZ, Dieter; HAENSCH, Günther; WELLMANN, Hans. *Langenscheidt Grosswörterbuch Deutsch als Fremdsprache*. München: Langenscheidt, 2008.

HALL, Donald E. *Subjectivity*. Nova Iorque: Routledge, 2004. p. 134.

HERKENHOFF, João Baptista. *O direito processual e o resgate do humanismo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito*. Diálogos com Philippe Nemo. Lisboa: Edições 70, 1988.

_____. *Humanismo do outro homem*. 3. ed. Tradução de Pergentino S. Pivatto [Coord.]; Anísio Meinerz; Jussemir da Silva [et.al.]. Petrópolis: Vozes, 2009.

_____. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. 5. ed. Tradução de Pergentino S. Pivatto [Coord.]; Anísio Meinerz; Jussemir da Silva [et.al.]. Petrópolis: Vozes, 2010.

LUDWIG, Celso Luiz. *Para uma filosofia jurídica da libertação*. Paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito, 2006.

MAIA, Marisa Schargel. *Por uma ética do cuidado*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

MARQUES, Claudia Lima. *Diálogo das fontes*. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Direito supraconstitucional*. Do absolutismo ao Estado Constitucional e Humanista de Direito. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Coletânea de direito internacional*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MBAYA, Etienne-Richard. Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas. *Estudos Avançados USP*, São Paulo, 11 (30), p. 17-41, 1997.

MEZZAROBBA, Orides. *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. *Humanismo político: presença humanista no transverso do pensamento político*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

MONDIN, Battista. *O homem, quem é ele?* Elementos de antropologia filosófica. 3. ed. São Paulo: Paulinas, 1983.

MOUNIER, Emanuel. *El personalismo*. Tradução de Aída Aisenson e Beatriz Dorriots. Buenos Aires: Eudeba, 1972.

MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito*. Dos gregos ao pós-modernismo. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOGARE, Pedro Dalle. *Humanismos e anti-humanismos*. Introdução à antropologia filosófica. 13. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1977.

NODDINGS, Nel. *Caring: a Feminine Approach to Ethics and Moral Education*. Los Angeles: University of California Press, 1984.

NOGUEIRA, Alcântara. *Poder e humanismo*: o humanismo em B. de Spinoza, o humanismo em L. Feuerbach, o humanismo em K. Marx. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

SAID, Edward Wadie. *Humanismo e crítica democrática*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SOUSA, Rabndranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral da personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SOMMERHALDER, Cinara. Sentido de vida na fase adulta e velhice. *Psicol. Reflex. Crit.* [online], v. 23, n.2, 2010.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*. Ensaio sobre a função antropológica do Direito. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1, 2, 3.

TRUJILLO FERRARI, Alfonso. *Metodologia da ciência*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Kennedy, 1974.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Direito, humanismo e democracia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VENTURI, Eliseu Raphael. Humanizando a técnica de humanização das técnicas: a função antropológica do direito, segundo Alain Supiot, enquanto função hermenêutico-concretista. In: GUNTHER, Luiz Eduardo; GUNTHER, Noeli Gonçalves da Silva; SANTOS, Willians Franklin Lira dos. (Org.). *Jurisdição - Crise, Efetividade e Plenitude Institucional*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 79-98.

_____. Dois humanismos em suma: o juridicamente indefensável (anti-humanismo) e o juridicamente desejável (humanismo). *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. Ano XIV, n. 86, mar. 2011. [Internet].

_____. Dignidade da pessoa humana, antropologia filosófica e direito positivo. *Revista Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 88, 01/05/2011. [Internet].

_____. Humanização: seus sentidos e a contribuição das ciências médicas, das práticas e políticas de saúde para se ver e pensar o direito. *Jornal "O Estado do Paraná"*, Caderno "Direito & Justiça", Curitiba, 15 nov. 2010.

_____. Ciência, valores humanos e experiência da vida. Uma visão humanista do desenvolvimento tecnocientífico por meio da técnica do Direito. *Comunica - Informativo PR/PR* (Procuradoria da República no Paraná) n. 311, Curitiba, p. 5 - 9, 15 out. 2010.

_____. Diante da dor dos outros, a propósito do livro de Susan Sontag: uma reflexão pertinente ao direito. *Jornal "O Estado do Paraná"*, Caderno "Direito & Justiça", Curitiba, Paraná, p. 8 - 8, 21 fev. 2010.

_____. Perfis humanistas, formação cultural e a contribuição das artes visuais ao direito por meio da sensibilização quanto aos aspectos da condição humana. In: Simpósio da Licenciatura em Artes Visuais da FAP, Curitiba, 2010. *Anais do III Simpósio de licenciatura em artes visuais da FAP e do 2º Encontro regional da federação de arte educadores da região sul*. Curitiba: Faculdade de Artes do Paraná, 2010.

_____. Círculos hermenêuticos: a estruturação tuitiva do "homo juridicus" e o Estado Constitucional e Humanista de Direito. *II Simpósio de Pesquisa e Iniciação Científica do UNICURITIBA, SPIC, Natureza, sociedade, cultura, cidadania*. Curitiba, 2010. p. 58-58.

_____. Expressões da subjetividade no Direito: de instância hermenêutica ao bem jurídico. Uma análise do emprego da subjetividade pelos magistrados. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9438>.

Acesso em 12 out. 2012.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: definições e fins do direito, os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

WALZER, Michael. *Da tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Humanismo e cultura jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

_____. [Coord.]. *Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente*. Barueri: Manole; Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

ZANGHI, Cláudio. Direitos humanos e tolerância. IN: SYMONIDES, Janusz. *Direitos Humanos: novas dimensões e desafios*. Brasília: UNESCO, 2003.

PROFISSÕES JURÍDICAS E PODER: ABORDAGENS TEÓRICAS SOBRE CONSTITUIÇÃO E REPRODUÇÃO DO CAMPO JURÍDICO

Quenya Silva Correa de Paula¹

RESUMO

Trata-se de um artigo reflexivo sobre a sociologia das profissões, pela linha weberiana de pesquisa, demonstrando sua autonomia e manutenção do poder dentro das elites burocráticas. A base teórica utilizada aqui é a teoria dos campos de Pierre Bourdieu, que participa do debate, afirmando a todo instante que o sistema de profissões constitui um campo simbólico, que visa assegurar a dominação de uma classe sobre a outra. O Estado, que interfere nas profissões, garantindo o sucesso do “projeto profissional” e o monopólio da prestação dos serviços a partir da regulação e dominação política, foi analisado com base na teoria bourdiesiana. O sistema de ensino foi ressaltado como um dos instrumentos pelos quais as estruturas sociais são perpetuadas e o ensino jurídico no Brasil abordado com o objetivo de compreender o papel que desenvolve ao formar novos profissionais e inseri-los no campo do direito através da disseminação do *habitus*. O fundamento conflituoso da teoria de Pierre Bourdieu estabelece o *habitus* como meio de equilíbrio dos conflitos dentro do campo social. O *habitus* é a regra de organização do campo de visão (e divisão) dos membros nele inseridos. Dentro do campo jurídico, os profissionais do direito demarcam seus territórios monopolizados de atuação (espaços de poder) a partir do domínio das linguagens próprias ao campo jurídico. A incorporação do *habitus* se inicia na faculdade de direito, onde os

¹ Advogada, especialista em Direito Processual Civil, mestranda pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e membro do Grupo de Pesquisa Direito, Sociedade e Cultura.

estudantes passam a compreender a hierarquização ideológica (simbólica) do próprio campo por meio do exercício de uma violência não percebida como arbítrio. Por ser um texto reflexivo, foram utilizados autores como Norbert Elias, Maria de Lourdes Rodrigues, Sérgio Buarque de Holanda, Loïc Wacquant, entre outros, além das impressões dos próprios autores sobre o ensino do direito e a prática profissional.

Palavras-chave: *Profissões Jurídicas; Poder Simbólico; Ensino do Direito; Campo Jurídico; Habitus.*

LEGALPROFESSIONSANDPOWER: Theoretical approachesonconstitutionand reproductionof the legal field.

ABSTRACT

This is an article on reflexive sociology of the professions, the Weberian line of research, demonstrating its autonomy and maintenance of power within the bureaucratic elites. The theoretical basis used here is the field theory of Pierre Bourdieu, who participated in the debate, saying all the time that the system of professions is a symbolic field, which aims to ensure the domination of one class over another. The state, which interferes in the professions, ensuring the success of "design professional" and the monopoly of service provision from regulation and political domination, was analyzed based on the theory bourdiesiana. The education system was highlighted as one of the instruments by which social structures are perpetuated and legal education in Brazil approached with the aim of understanding the role that develops and trains new professionals and places them in the field right through the dissemination of *habitus*. The basis of the conflicting theories of Pierre Bourdieu defines the *habitus* as a means of balancing the conflicts within the social field. The *habitus* is the rule of the organization's field of view (and division) of the members contained therein. Within the legal

field, legal practitioners demarcate their territories monopolized acting (positions of power) from the field of language within the legal field. The incorporation of habitus begins in law school, where students come to understand the hierarchization ideological (symbolic) of the field itself through the exercise of violence is not perceived as will. Being a reflective text, authors were used as Norbert Elias, Maria de Lourdes Rodrigues, Sérgio Buarque de Holanda, Loïc Wacquant, among others, in addition to the authors' own views about teaching and professional practice of law.

Keywords: Legal Professions; Symbolic Power; Law School; Legal Field; *Habitus*.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A sociologia das profissões iniciou-se com uma abordagem sociológica sobre o fenômeno das ocupações modernas e atualmente faz parte de um campo autônomo dentro da sociologia, com teorias e objetos de pesquisa próprios, contando com uma historicidade que lhe é peculiar.

Seguindo a linha weberiana de pesquisa, será demonstrada a autonomia da sociologia das profissões instituída no interior das elites burocráticas. A base teórica utilizada aqui é a teoria dos campos de Pierre Bourdieu, que participa do debate, afirmando a todo instante que o sistema de profissões constitui um campo simbólico, que visa assegurar a dominação de uma classe sobre a outra. O Estado, que interfere nas profissões, visando garantir o sucesso do “projeto profissional” e o monopólio da prestação dos serviços a partir da regulação e dominação política, será analisado com base na teoria bourdieusiana. O sistema de ensino será ressaltado como um dos instrumentos pelos quais as estruturas sociais são perpetuadas e, o ensino jurídico no Brasil será abordado com o objetivo de compreender o papel que desenvolve ao formar novos profissionais e inseri-los no campo do direito através da disseminação do *habitus*.

1. ASPECTOS GERAIS DAS TEORIAS SOCIOLÓGICAS PARA ANÁLISES DAS RELAÇÕES ENTRE PROFISSÕES E PODER

Um importante instrumento para associar profissões a poder é analisar a linha weberiana de pesquisa. Weber preocupava-se com o modo pelo qual o indivíduo entendia a si próprio e com o lugar dele, indivíduo, no mundo, na sociedade. Em sociedades pré-modernas, este lugar, que é chamado por Weber de status, é dado pela tradição. Por exemplo, quando um indivíduo se torna príncipe pelo fato de ser filho do rei. Já na sociedade industrial, o status não se define mais pela tradição, mas sim pelas

tarefas que o indivíduo desempenha. A partir daí, o que o distingue de outros é o fato dele receber um treinamento específico, uma preparação profissional para desempenhar certas tarefas. O que lhe dá status é ser um especialista, numa área de atuação. Ter uma profissão significa ter uma especialização, uma “distinção”. Uma profissão é uma “vocação”, um “chamado” que distingue o indivíduo dos demais, conferindo-lhe determinado status racionalmente definido. Assim, para Weber (1999, p. 91), profissão era “aquela especificação, especialização e combinação dos serviços de uma pessoa que, para esta, constituem fundamento de uma possibilidade contínua de abastecimento ou aquisição”.

O poder profissional é o objeto comum a todos os autores que serão analisados adiante. Nesse sentido, Santos (2008), vai dizer que

as profissões se estabelecem como unidade integradora e excludente ao mesmo tempo, cumprindo a dupla função de fechar os grupos profissionais em si e estabelecer a competição com os outros grupos profissionais. O poder das profissões estaria exatamente na capacidade de doar sentido aos que pertencem ao mesmo grupo profissional e estabelecer a dominação de um grupo sobre os outros e sobre a sociedade.

Rodrigues (2002) ao estabelecer um paradigma do poder das profissões, ressalta que Terence J. Johnson (1972)¹ foi o primeiro a defender a necessidade de determinar um centro nas relações do poder e estabelecer uma ligação do poder

¹ Ao relacionar profissões a poder, mistura marxismo com aspectos da sociologia weberiana.

profissional a partir da relação produção/consumo. Para ele, é através da divisão do trabalho (especialização) que surgem as atividades profissionais, e que “a emergência, em qualquer sociedade, de saberes ocupacionais socializados na produção de bens e serviços, cria relações de dependência social e econômica e relações de distância social” (RODRIGUES, 2002, p. 48), o que significa dizer que quanto maior a especialização da produção, maior a desespecialização dos consumidores.

Essa distância social a que se refere Johnson cria uma “incerteza”² na relação entre produção e consumo, pois o desconhecimento do consumidor pode gerar a exploração da produção, resultando numa forte tensão entre as partes. Johnson, ao afirmar que a posição de uma ocupação na divisão do trabalho é função da contribuição do grupo profissional para as funções globais do capital e à reprodução das relações sociais que asseguram o modo capitalista, contribui para uma fase de interações, analisando a estrutura de classes da sociedade envolvente e, sobretudo o Estado (RODRIGUES, 2002, p. 48-50).

Rodrigues (2002), discutindo a teoria de Magali Larson (1977), percebe sua contribuição à sociologia das profissões quando analisa a relação entre burocracia e profissões. Como Johnson, Larson desenvolve uma análise estrutural da relação entre as profissões enquanto monopólios de competência e outras estruturas sociais do capitalismo, porém, nessas estruturas, as lutas profissionais, perceptíveis ou não, demarcam territórios de poder político e econômico, de identidades e desigualdades. Para ela, as profissões impõem a perspectiva de grupos dominantes sobre os outros grupos e são também uma forma de organização da desigualdade social na sociedade

² A incerteza incide sobre o conhecimento e as possibilidades de aplicação na identificação e resolução de problemas na prática profissional. (RODRIGUES, 2002. p. 48)

moderna. Rodrigues vai além e afirma que a teoria de Larson pode ser sintetizada no seguinte paradoxo:

o estatuto profissional constitui uma barreira a uma sociedade igual e justa; só que a causa não está no poder das profissões sobre clientes ou sobre o mercado, mas na ideologia do profissionalismo, que seduz os profissionais e os faz acreditar nas instituições burguesas. Segundo Larson, os profissionais têm em comum não o conhecimento, não a autonomia, mas a ideologia (RODRIGUES, 2002, p. 60).

Para Larson, a ideologia do profissionalismo é que pacifica os próprios profissionais, que nas organizações, enquanto são subordinados, buscam legitimar sua autoridade para realizar funções tecno-burocráticas, reivindicando *expertise* ou conhecimento profissional, a fim de transformá-los em resultados, rendimentos ou retribuições, valorizando a formação. Quer dizer, o controle do sistema de ensino e o fechamento do mercado¹ são necessários para a tomada do poder profissional. Assim:

¹ Conceito elaborado por Weber, para indicar o processo pelo qual coletividades sociais procuram maximizar seus ganhos pela restrição do acesso a recursos e oportunidades, geralmente de natureza econômica, a um círculo limitado de elegíveis que procuram monopolizá-los (DINIZ, 2001, p.30). “Todos os mercados fechados possuem o traço comum que funda e justifica o fechamento – eles definem, constroem e realizam a qualificação de uma mão-de-obra para tarefas determinadas. O fechamento manifesta-se pela restrição do acesso aos postos que seleciona os candidatos em função de qualidades (título, antiguidade, etc.) consideradas como necessárias ao exercício da atividade profissional; a criação do monopólio do mercado de trabalho está subordinada ao reconhecimento social de uma competência específica

quando uma ocupação profissional, por persuasão activa do público e do Estado, adquiriu suficiente controlo do mercado de um particular serviço, ficou criada a escassez artificial na oferta, a qual tem o efeito de aumentar os rendimentos, isto é, o pagamento pelo uso de um serviço escasso (RODRIGUES, 2002. p. 67).

Enquanto Larson analisa o poder profissional como gerador de exclusão e desigualdade social, observando o processo de profissionalização em termos monopolistas, quer dizer, que transforma os recursos escassos em recompensas sociais e econômicas a partir da divisão do trabalho, Johnson analisa os detentores deste poder como capitalistas que contribuem para gerar a divisão do trabalho em defesa dos seus próprios interesses de classe, retirando a competência e autoridade dos trabalhadores, explicando o seu domínio pelos laços que os unem à classe dominante.

Seguindo a linha weberiana, Elias (2001) nos ajuda a compreender as sociedades modernas, discutindo o poder das profissões e demonstrando, sobretudo, os conflitos profissionais. Na corte francesa exercia-se uma rede forte de interdependências. As elites encontravam-se pressionadas para competir por prestígio social e o rei sustentava seu poder, sutilmente, manipulando as rivalidades. Ao definir profissões, Elias afirma que

incorporada por certos trabalhadores num dado momento e universo de produção. A escassez da competência assim definida gera e justifica as vantagens materiais e simbólicas ligadas à monopolização do segmento de mercado de que beneficia certa mão-de-obra” (RODRIGUES, 2002. p. 56).

profissões, despojadas de suas roupagens próprias, são funções sociais especializadas que as pessoas desempenham em resposta a necessidades especializadas de outras; são, ao menos em sua forma mais desenvolvida, conjuntos especializados de relações humanas. O estudo da gênese de uma profissão, portanto, não é simplesmente a apreciação de um certo número de indivíduos que tenham sido os primeiros a desempenhar certas funções para outros e a desenvolver certas relações, mas sim a análise de tais funções e relações (ELIAS, 2006, p. 89).

Para exemplificar a ideia de competição por poder, Elias (2001) analisa as relações de distância existente entre o rei e seus súditos dentro da corte e como essa distância servia de instrumento de dominação aos súditos e manutenção de poder do rei. A etiqueta surgiu como uma maneira de estabelecer hierarquia entre as pessoas, pois para o rei, a etiqueta era a manifestação visível da dominação à pessoa do rei, com sua elevação e distinção, quer dizer, além de ser um instrumento de distanciamento, a etiqueta era também um instrumento de dominação.

O rei, na sociedade de corte, não está acima da etiqueta, uma vez que faz parte da relação de interdependência. Neste sentido, Elias afirma que

a interdependência e as correntes em torno da nobreza têm um alcance ainda maior: o próprio rei [...] tinha interesse na manutenção da nobreza como camada distinta e separada. Basta a indicação de que ele mesmo se considerava “indivíduo nobre”, “o primeiro entre os

nobres”. [...] Permitir a ruína da nobreza significava também, para o rei, permitir a ruína da nobreza de sua própria casa (ELIAS, 2001, p. 132).

Muito embora o rei esteja numa relação de interdependência, possui, fatalmente, uma parcela maior de poder e posição única dentro da corte. Outros indivíduos estão sujeitos à pressão vinda de baixo, dos lados e de cima. Somente o rei não experimentava nenhuma pressão vinda de cima (ELIAS, 2001, p.134).

Analisando o sistema de interdependência constituído pelas profissões, Diniz (2001, p. 33), afirma que tal sistema possui um equilíbrio precário onde “diferenciações internas são uma fonte de desequilíbrios e, em particular, fatores externos podem provocar distúrbios no sistema ao criar novos tipos de trabalho sujeitos à disputa entre profissões já existentes”.

Nas relações de interdependência de que tratou Elias, onde o rei, apesar de obter uma fatia maior de poder e, conseqüentemente, de dominação, faz parte desse universo relacional. Nesse sentido, Rodrigues (2002, p. 76) vai dizer que

apesar da semelhança dos profissionais com os outros empregados, os primeiros utilizaram o monopólio do conhecimento para alcançar posições de classe e, ainda que não detenham um controle formal sobre o capital, partilham com capitalistas a autoridade dos níveis inferiores e médios das hierarquias. Os profissionais não constituem uma ameaça potencial à autoridade do capitalismo, são os seus parceiros que, prosperando, reforçam as relações de classe existentes.

Bourdieu (2012b), ao analisar o sistema de profissões, considera que tal sistema constitui um campo de poder simbólico, estruturado e estruturante, que visa cumprir a função política de legitimação da dominação, assegurando a dominação de uma classe sobre a outra, quer dizer, as disputas por poder simbólico que são travadas pelos profissionais refletem tão somente seus interesses econômicos e a busca por prestígio social.

É na medida da divisão do trabalho e na entrada densa de profissionais nas organizações, que os conflitos profissionais tornam-se aparentes. As classes buscam manter o monopólio de sua profissão, estruturando e mantendo o sistema de desigualdade social. Sob a égide do moderno capitalismo, a classe dominante é composta pelos que possuem o monopólio legal dos serviços profissionais e pelos que controlam ou possuem o capital produtivo.

2. RELAÇÃO DA AUTONOMIA DAS PROFISSÕES COM O ESTADO A PARTIR DA TEORIA DE BOURDIEU

A manutenção do monopólio da profissão pode também ser refletida pela autonomia de algumas profissões, como medicina e direito. Não se trata somente da capacidade de auto-regulação¹, mas de controle da ocupação e da liberdade de agir conforme seu próprio julgamento no cumprimento do trabalho profissional.

Os magistrados, ao interpretarem a lei, por exemplo, gozam de liberdade e autonomia e, conseqüentemente, complementam o trabalho do Estado enquanto legislador afirmando seu capital simbólico (arbitrário). Nesse sentido, Bourdieu (2012b, p. 223), diz que

¹ Algumas profissões, para serem exercidas, necessitam de serem reguladas pelo Estado, quer dizer, escolas, exames, licenciamento e códigos de ética, são elementos importantes e essenciais a serem regulados pelo Estado para o exercício legal dessas profissões (DINIZ, 2001, p.33).

O juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões directamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico de autoridade política; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de invenção.

Com efeito, Bourdieu (2000, p. 76-86) define a autonomia de um campo como a capacidade de este exercer um efeito de refração, de retradução das limitações que o mundo social exerce sobre ele mesmo. Capacidade que está intrinsicamente ligada com a múltipla especificidade (de leis, relações, capital e produtos) e que faz com que essas forças exteriores sejam mediadas pela lógica do campo. O pensador francês assere, em definitivo, a capacidade de exercer um efeito de conversão dessas forças em outras, que então se tornam forças próprias, com sentidos auto-gerados e parte de um quadro de relações e atividades internamente reguladas. O máximo de autonomia de um campo residirá, então, nas seguintes condições: i) que o reconhecimento do produto como produto do campo seja uma atribuição dos agentes reconhecidos como competentes em seu interior (esses agentes serão os científicos); ii) que a construção do campo seja regida por regras vigentes, próprias, que são distintas das regras que regem o mundo social; iii) que o trabalho surgido tenha sido exibido como atividade distinta e iv) que produza, reproduza e distribua capital simbólico. Em conseqüência, poderá falar-se de um mínimo de autonomia ao afirmar-se frente a um

campo heterônomo quando “os problemas exteriores, em especial os políticos, se expressam diretamente nele”.

A autonomia é uma forma de garantir o monopólio profissional dentro do campo burocrático e, para tanto, as profissões necessitam considerar o Estado como um parceiro confiável, pois ele tem um papel preponderante na constituição e regulamentação das profissões¹. Nesse sentido, Santos (2008), afirma que para Larson as profissões só podem atuar no mercado e se organizar porque o Estado permite, reconhecendo ou regulamentando uma profissão pelo oferecimento de sua estrutura burocrática para a realização das atividades profissionais de algumas profissões, como o direito e a medicina.

Na Inglaterra, por exemplo, a margem ampla de autonomia de que gozam certas profissões só pode ser explicada pelas relações estabelecidas entre associações profissionais e o Estado desde o séc. XVIII, como a medicina (DINIZ, 2001).

Adorno (1988) em seu estudo sobre a instalação dos primeiros cursos de direito do país, aponta que o processo de socialização dos bacharéis ocorreu mais na forma da atividade publicista, quer dizer, através de jornais acadêmicos que redigiam. Tal atividade colaborava com a formação de sua identidade, próxima da tarefa de construção do Estado. Para ele, o objetivo da instalação dos cursos de direito era propiciar pessoal com capacidade técnica para a formação e desenvolvimento do Estado, como veremos mais à frente.

O Estado brasileiro também exerceu influência no processo de desenvolvimento das carreiras jurídicas, entre elas a da advocacia. Devido ao estreitamento das relações dos advogados com o Estado, foi garantida à classe a

construção, organização e consolidação de sua identidade profissional através da Ordem dos Advogados do Brasil, na década de 30. Nessa época, muitos juristas prestavam seus serviços ao governo, redigindo os atos de exceção, defendendo-os e assumindo postos no Executivo. Além disso, vários juristas de prestígio ocuparam o Ministério da Justiça (CARVALHO, 2005, p. 185-6).

Sendo o Estado um importante instrumento na autonomia do campo burocrático das profissões, é preciso abrir um parêntese para a análise de sua gênese a partir de Bourdieu.

3. A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: DIÁLOGOS ENTRE BOURDIEU E HOLANDA

A partir de Bourdieu podemos entender como se dá a transição do Estado dinástico para o Estado moderno (burocrático), quer dizer, do Estado baseado nas relações de sangue, de hereditariedade, de fidelidade, para um lócus que almeja o mérito, a eficiência, a competência e que se constitui como um campo de forças e lutas, orientadas para o monopólio de manipulação legítima dos bens públicos.

O Estado dinástico é entendido por Bourdieu como um momento anterior ao Estado moderno. Um Estado que funda suas bases legítimas no patrimonialismo, com intuito de gerar prosperidade à casa do rei, em que não há uma distinção entre o público e o privado. Assim, “para o rei e sua família, o Estado se identifica com a “casa do rei”, entendida como um patrimônio que inclui todas as pessoas da casa, quer dizer, a família real propriamente dita, que o rei deve administrar como um bom “chefe da casa”. E, agindo como “chefe da casa”, ocupa uma posição distinta, notável e diferente, que lhe assegura uma acumulação inicial de capital simbólico” (BOURDIEU, 2005a, p. 43).

¹ Do ponto de vista histórico, o processo de profissionalização teria sua origem na fase heroica do *laissez-faire*, quando os profissionais teriam criado o seu mercado e instituído os mecanismos de sua regulação (DINIZ, 2001, p. 37).

Elias (2001, p. 133), ao tratar da nobreza de corte, traduz a posição distinta e distintiva do rei, sustentando que “o rei tomou o lugar do Estado, o rei é tudo, o Estado não é mais nada. Ele é o ídolo a quem se oferecem as províncias, as cidades, as finanças, os grandes e os pequenos, em uma palavra, tudo”.

A legitimidade do Estado dinástico encontra-se nos laços consangüíneos que unem a dinastia e o trono passa de geração a geração por meio da hereditariedade. Sempre o primogênito é o coroado, tronado, enquanto seus irmãos ou se casam com outras primogênitais ou são encaminhados à Igreja. Dessa forma, “o poder repousa sobre relações pessoais e relações afetivas socialmente instituídas, como a fidelidade, o “amor”, a “crença” e ativamente sustentada pelas “larguezas”” (BOURDIEU, 2005a, p. 44).

No Estado dinástico, o rei, pensando também nos que seriam tronados depois dele, tinha como objetivo central o aumento dos limites territoriais, da riqueza da dinastia e, por esse motivo, utilizava-se do modo patrimonialista (confundindo o público com o privado) para aumentar as riquezas materiais e monetárias. Bourdieu (2005a, p. 59) entende o patrimonialismo como uma “espécie de golpe de Estado permanente pelo qual uma pessoa se apropria da coisa pública, um desvio para vantagem da pessoa de posses e dos lucros ligados à função”.

O acúmulo de capital gerado pela confusão dos bens públicos com os privados se operava para a vantagem do Estado moderno (burocrático) nascente. Nele, o rei permanece com a propriedade pessoal da casa e com o modo de gestão e reprodução patrimonial. Priva-se da posse do poder privado, mas em função de outro poder privado: a perpetuação de riqueza e poder simbólico (dinheiro, honra, favores, indulgências, títulos). Assim, o Estado moderno (burocrático) nasce tomado de características do Estado dinástico. Nesse sentido, Bourdieu (2005a, p. 49) exprime que “as ambiguidades de um sistema de governo que mistura o doméstico e o político,

a casa do rei e a razão de Estado são, sem dúvida, paradoxalmente, um dos princípios maiores, pelas contradições que engendram, do reforço da burocracia”.

Com o colapso do Estado dinástico, ocorreu uma dissociação do poder monárquico e o rei passou a distribuir, hierarquicamente, os lucros simbólicos oferecidos pela organização da cúria, gerando uma tripartição do poder. Assim, ao lado do rei encontravam-se seus irmãos (rivais dinásticos) e os ministros, que eram recrutados por sua competência e ligação ao desenvolvimento do sistema escolar, da instrução. Foi a partir dessa tripartição de função que surgiram as lutas intradinásticas (principalmente entre irmãos) e onde se encontram os primeiros esboços da divisão do trabalho de dominação.

Apesar da tripartição, o rei, buscando manter a estrutura de dominação, bem como sua posição superior dentro da corte, controlava cuidadosamente o equilíbrio das tensões, que a partir das lutas intradinásticas por poder e reconhecimento, surgiam. Para tanto, utilizava-se de algumas táticas pessoais para aumentar a dependência na relação com o soberano. Nesse sentido, Elias (2001, p. 135) mostra um dos fios condutores dessa estratégia:

o rei protege aqueles que lhes devem tudo e nada são sem ele, e isso significa ao mesmo tempo que se liga sempre a eles, sem hesitação. O duque de Orléans, seu sobrinho e futuro regente, e seu neto e príncipe herdeiro são homens que continuam importantes, mesmo não sendo especialmente favorecidos por ele. São rivais em potencial. O duque de Saint-Simon, para dar outro exemplo, que não desagradava ao rei particularmente, mas nunca obteve propriamente nenhum favorecimento, também desempenhava certo papel importante no jogo de

forças da corte, por ser duque e par. Ele tentava conscientemente aliar-se ao sucessor do trono, e caso um morresse, procurava o apoio do seguinte.

Utilizando-se desses métodos, apoiando-se nos homens que lhe deviam sua posição na corte, como os irmãos e os ministros, o rei impedia a união da sociedade de corte contra ele, mantendo o equilíbrio de tensões que lhe era conveniente, constituindo sua forma de dominação.

Bourdieu (2005a, p. 52), traduzindo a divisão inicial do trabalho de dominação no Estado moderno (burocrático) afirma que o rei, para limitar o poder dos membros hereditários (rivais dinásticos), dotados de poder produtivo, mas impotentes politicamente, recorreu aos oblatos, indivíduos estranhos à dinastia, reconhecidos como funcionários e recrutados de forma que não pudessem se reproduzir, que devem tudo ao Estado a que servem e que podem perder todo o poder que receberam dele, a qualquer instante.

A lógica característica da “casa”, onde é exaltada a confusão entre a ordem pública e a ordem privada, utilizada pelo rei, se firma no Estado moderno (burocrático) pelo acúmulo de capital, organização da estrutura econômica, social e principalmente pelo sistema de estratégias de reprodução, através do qual ele assegura sua perpetuação no poder.

A ambiguidade do Estado dinástico que se perpetua no Estado moderno e que reforça a burocracia foi articulada também por Holanda (1995, p. 146) e incorporada ao caso brasileiro. Para ele, os brasileiros são homens cordiais, sempre prontos a ajudar quando necessário. A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, servem para identificar o traço cultural de um povo acostumado às relações pessoais. Para o funcionário “patrimonial”, a gestão política se apresenta como assunto de interesse

particular; os empregos, as funções e os benefícios que deles auferem, estão relacionados a direitos pessoais dos funcionários e não a interesses objetivos. Esses traços podem explicar o brasileiro como um ser político incapaz de romper com o círculo das relações familiares e das alianças patrimonialistas, quer dizer, incapaz de diferenciar o público do privado, de lidar com o Estado e as instituições de maneira impessoal demais para o nosso “jeito”¹.

é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se

¹ “O dilema brasileiro reside numa trágica oscilação entre um esqueleto nacional feito de leis universais cujo sujeito era o indivíduo e situações onde cada qual se salvava e se despachava como podia, utilizando para isso o seu sistema de relações pessoais. Haveria assim, nessa colocação, um verdadeiro combate entre leis que devem valer para todos e relações que evidentemente só podem funcionar para quem as tem. O resultado é um sistema social dividido e até mesmo equilibrado entre as duas unidades sociais básicas: o indivíduo (o sujeito das leis universais que modernizam a sociedade) e a pessoa (o sujeito das relações sociais, que conduz ao polo tradicional do sistema). Entre os dois, o coração dos brasileiros balança. E no meio dos dois, a malandragem, o “jeitinho” e o famoso e antipático “sabe com quem está falando?” seriam modos de enfrentar essas contradições e paradoxos de modo tipicamente brasileiro” (DAMATTA, 1986, 95-7). “Quer dizer, tal como acontece com o seu modo de andar, o malandro é aquele que – como todos nós – sempre escolhe ficar no meio do caminho, juntando, de modo quase sempre humano, a lei, impessoal e impossível, com a amizade e a relação pessoal, que dizem que cada homem é um caso e cada caso deve ser tratado de modo especial” (DAMATTA, 1986, p. 104).

expressiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade (HOLANDA, 1995, p.146).

O Estado moderno (burocrático) liga-se ao desenvolvimento da instrução, ao aparelhamento de um corpo de funcionários, ao capital escolar onde a escola intervém no processo de reprodução e mutação cultural. Foi o Estado burocrático quem consagrou as elites burocráticas ligadas ao desenvolvimento da instrução escolar e por seus próprios méritos arruinou o modo de produção genealógico, dinástico (BOURDIEU, 2005a, p. 55).

4. O LUGAR DAS PROFISSÕES JURÍDICAS NA BUROCRACIA ESTATAL

A história brasileira demonstra que existiram, e ainda existem, grupos minoritários que exerceram influência decisiva em vários acontecimentos, especialmente no processo de formação dos Estados. Grupos marcados por características que os diferenciam tanto das massas quanto de outros grupos, como os grupos políticos, burocráticos e militares. O fato de ser a favor ou contra o monopólio de decisões tomadas por esses grupos minoritários não pode obscurecer o fato de sua existência. E ainda, se tal ocorrência deve ser modificada ou não, é tarefa que não cabe a uma reforma na historiografia ou na sociologia, mas sim, ao reconhecimento sobre o que existe de real dentro dos grupos elitizados e dominantes (CARVALHO, 2006). Para Carvalho, a homogeneidade ideológica e de treinamento é que iria reduzir os conflitos intra-elite, existentes na época imperial, e fornecer a concepção e a capacidade de implementar algum modelo de dominação política.

Num plano histórico, as profissões jurídicas têm uma relação com o Estado e, sua oficialização, reconhecida como necessária para o funcionamento da estrutura burocrática, se desenvolve também através do ensino jurídico. Para Santos (2008), a

formação das profissões jurídicas prepara tecnicamente o futuro profissional, adequando seu olhar e sua visão de mundo do futuro às expectativas da classe. Segue afirmando que “o ensino do direito serve para capacitar (treinar) os profissionais do direito para a utilização da linguagem jurídica e para que estes profissionais ingressem na burocracia pública, como técnicos ou como usuários desta estrutura”.

Bourdieu possui interesse específico nos juristas, no campo do direito, nas instituições acadêmicas que os formam, na apropriação dos meios de produção e reprodução do poder, bem como em sua posição na classe dominante. Busca romper o senso comum, desvelando o disfarce das formas simbólicas de dominação, que servem para perpetuação e constituição da desigualdade estrutural pela ocultação de suas raízes econômicas e políticas (WACQUANT, 2005).

Bourdieu (2012b) compara o campo do direito com o campo religioso, mas não com a mesma divindade. Para ele, o que se produz no campo é uma linguagem hermética que funciona como símbolos para demarcar e garantir a manutenção do poder simbólico e das profissões jurídicas.

Assim, a transferência de capital simbólico para os que ingressam no campo do direito se dá através das faculdades, que moldam os comportamentos, criam tradições intelectuais e modos particulares de pensar. Bourdieu afirma que nas sociedades modernas, dotadas de cultura erudita, as escolas possuem uma função integradora e são organizadas para transmitirem esquemas linguísticos e de pensamento como programas de percepção que refletem essa cultura.

A escola não cumpre apenas a função de consagrar a “distinção” – no sentido duplo do termo – das classes cultivadas. A cultura que ela transmite separa os que a recebem do restante da sociedade mediante um conjunto

de diferenças sistemáticas: aqueles que possuem como “cultura” (no sentido dos etnólogos) a cultura erudita veiculada pela escola dispõem de um sistema de categorias de percepção, de linguagem, de pensamento e de apreciação, que os distingue daqueles que só tiveram acesso à aprendizagem veiculada pelas obrigações de um ofício ou a que lhes foi transmitida pelos contatos sociais com seus semelhantes (BOURDIEU 2005b, p. 221).

O sistema escolar é, portanto, um dos mecanismos pelos quais as estruturas sociais são perpetuadas. É um sistema que contribui para conservar o capital cultural¹, pesando com rigor desigual sobre os sujeitos de diferentes classes sociais. Isso significa que o mesmo ensino oferecido a todos poderá ter um resultado diferente devido ao acúmulo de capital cultural de cada indivíduo. Bourdieu (2012a, p. 41) exemplifica, afirmando que um jovem da camada superior francesa, tem oitenta vezes mais chances de entrar na universidade do que o filho de um assalariado agrícola e quarenta vezes mais do que um filho de operário. A ação de privilégio cultural também está baseada num sistema de relações ou recomendações, de ajuda no ensino suplementar ou perspectivas profissionais.

¹ “cada família transmite a seus filhos, mais por vias indiretas do que diretas, um certo capital cultural e um certo *ethos*, sistemas de valores implícitos e profundamente interiorizados, que contribui para definir, entre coisas, as atitudes face ao capital cultural e à instituição escolar. A herança cultural, que difere, sob os dois aspectos, segundo as classes sociais, é a responsável pela diferença inicial das crianças diante da experiência escolar e, conseqüentemente, pelas taxas de êxito” (BOURDIEU, 2012a, p. 41-2).

Para compreender as posições sociais e as relações existentes entre os agentes do campo jurídico² (campo do direito), será necessário fazer uma reconstrução do processo institucional dessas posições no processo de formação estatal, além de trabalhar as intervenções acerca do sistema jurídico de ensino, com seus efeitos internos e externos ao campo jurídico, evitando cair no reducionismo de se identificar linearmente o direito ao interesse dos juristas ou de sua posição na classe dominante:

Para romper com a ideologia da independência do direito e do corpo judicial, sem se cair na visão oposta, é preciso levar em linha de conta aquilo que as duas visões antagonistas, internalista e externalista, ignoram uma e outra, quer dizer, a existência de um universo social relativamente independente em relação às pressões externas, no interior do qual se produz e se exerce a autoridade jurídica, forma por excelência da violência simbólica legítima cujo monopólio pertence ao Estado e que se pode combinar com o exercício da força física. As

² O campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (*nomos*) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão da sua autonomia absoluta em relação às pressões externas (BOURDIEU, 2012b, p. 212).

práticas e os discursos jurídicos são, com efeito, produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de forças específicas que lhe conferem a estrutura e que orientam as lutas de concorrência ou, mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas (BOURDIEU, 2012b, p. 211).

O caráter metodológico da teoria dos campos de Bourdieu dirá que “um agente ou uma instituição faz parte de um campo na medida em que nele sofre efeitos ou nele os produz” (BOURDIEU, 2012b, p. 31). Já Elias (2001, p. 134), analisa cada campo como um campo de dominação que “apresenta-se como uma rede de homens e grupos humanos interdependentes, agindo em conjunto ou em posição num sentido bem-determinado”.

Buscando entender o campo que se constitui em torno da luta por um capital específico, deve se ter em mente dois pólos opostos que o constituem: o dos dominantes e o dos dominados. Os dominantes são os que possuem muito capital social e os dominados caracterizam-se pela escassez ou falta de capital social.

Entre os capitais sociais descritos por Bourdieu, dentro do campo jurídico, o que nos interessa é o simbólico, uma vez que transita por todos os campos e dá sentido ao mundo.

O poder simbólico como o poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer crer e fazer ver, de confirmar ou de transformar a visão de mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo: poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer ignorado como arbitrário (BOURDIEU, 2012b, p. 12).

Numa tentativa de estabelecer quem fará parte ou não desse campo jurídico ou mesmo quem, dentro desse campo, é capaz de mobilizar, universalizar, embora que às vezes, de modo desigual, os recursos jurídicos disponíveis, utilizando as armas simbólicas para fazer triunfar sua causa, é que entra em ação um conjunto de vários elementos eficazes de segregação e que podem tornar aparente os conflitos intra-profissionais. Elementos que podem ser reconhecidos nas vestes que compõem os juristas dentro dos tribunais e por todos os rituais e formalidades excessivas, incluindo ainda a deificação do magistrado.

Bonelli (1998, p. 189-90), caracterizando os membros que integram o campo jurídico, afirma que

o que dá a esses grupos profissionais uma lógica de pertencer ao mesmo universo é que, além do fato de lidarem com a questão da justiça, vivem cotidianamente uma intensa socialização no mundo do Direito, com uma linguagem própria, um jeito de agir e até uma aparência semelhante no vestir, dada predominantemente pelo ambiente do fórum.

Paula e Santos (2012) analisando a linguagem falada, escrita e visual no campo do direito, afirmam que os diversos tipos de linguagem não só tende a hierarquizar os profissionais deste campo, diferenciando-os dos que não pertencem a ele, como também reafirmam o poder das profissões jurídicas enquanto corporação.

O discurso jurídico usa uma linguagem esotérica, de difícil entendimento para os que não fazem parte do campo do direito, o que legitima a diferenciação entre os que pertencem e os que não pertencem a este campo ao mesmo tempo em que desqualifica os outros discursos.

O campo jurídico é um campo autônomo em relação aos outros campos sociais e possui uma dinâmica própria de competições por distinção e poder. A formalidade do direito encontra-se no ensino, no *habitus* que é reproduzido pelos profissionais que buscam manter seu *status* a partir do monopólio profissional. O *habitus* é incorporado pelos iniciantes no campo jurídico ainda na faculdade de direito e, por essa razão, é de extrema relevância a análise do sistema de ensino jurídico e seus efeitos sociais.

5. O ENSINO JURÍDICO COMO VIOLÊNCIA SIMBÓLICA PARA REPRODUÇÃO DO CAMPO JURÍDICO

Os juristas são formados sob a tradição normativista-formalista da dogmática jurídica, onde sua preocupação central é a subsunção dos fatos à norma. Esse processo

de formação tem impacto relevante na sociedade, pois além do uso incessante da dogmática, sua imagem é recodificada no imaginário social¹.

Ao tratar dos problemas de formação dos juristas brasileiros, Faria (1997, p. 140), diz que as faculdades atuam como “escolas de legalidade”, se limitando a reproduzir soluções pré-elaboradas a partir de casos exemplares, mediante conceitos consolidados no séc. XIX. Nelas, os estudantes de direito são orquestrados e “condenados” a uma (in)formação burocrática e subserviente, incapaz de captar as tensões sociais e perceber a razão dos conflitos. Ao mesmo tempo, esses cursos reproduzem um contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, saberes acumulados, expressos por meios institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior. Ressalta ainda que esse tipo de ensino termina atribuindo significações arbitrárias da realidade social, projetando-as com pretensões de generalidade.

Bourdieu considera que as escolas são um importante capítulo para a sociologia do poder, possuindo mecanismos que trabalham fundamentalmente para certificar as hierarquias sociais nas nações mais adiantadas, e por isso, são o objetivo principal das lutas democráticas (WACQUANT, 2005).

Uma parte importante da transmissão dos privilégios e de poder se faz por meio do sistema escolar, que contribui para sancionar, ratificar e transformar em mérito heranças culturais (que passam pela família). Nesse sentido, Bourdieu (2012a, p. 45) diz que

¹ Para melhor entendimento sobre o conceito de imaginário social, ver: Castoriadis, 1987, p. 235-241.

As crianças oriundas dos meios mais favorecidos não devem ao seu meio somente os hábitos e treinamento diretamente utilizáveis nas tarefas escolares, e a vantagem mais importante não é aquela que retiram da ajuda direta que seus pais lhes possam dar. Elas também herdam saberes (e um “savoir-faire”), gostos e um “bom-gosto”, cuja rentabilidade escolar é tanto maior quanto mais frequentemente esses imponderáveis da atitude são atribuídos ao dom.

O sistema escolar, portanto, reforça as desigualdades sociais e uma das grandes questões deste estudo consiste em realizar uma sociologia das profissões jurídicas, analisando as formas de produção e reprodução do poder simbólico dos juristas, o que passa necessariamente por sua formação. De acordo com Bourdieu (2011, p. 40):

a multiplicação de posições independentes dos poderes temporais e espirituais estabelecidos é acompanhada pelo desenvolvimento de uma burguesia e de uma nobreza togada cujos interesses, particularmente no caso da reprodução, estão intimamente ligados à escola; seja na sua arte de viver, na qual as práticas culturais têm grande importância, seja em seus sistemas de valores [...] que se define, por um lado, por oposição ao clero e, por outro, à nobreza de espada, cuja ideologia hereditária ela critica,

em nome do mérito e do que mais tarde chamaremos de competência.

A instituição e definição dos referenciais de conduta e pertencimento a um círculo elitizado, de qualquer maneira, ocorrem desde a formação dos futuros juristas, ainda em seus primeiros contatos com o mundo profissional do direito. É também nesse estágio de formação que os juristas, já considerados parte do grupo dominante, tanto por eles mesmos, quanto pela própria sociedade (que retroalimenta esse poder), passam a não reconhecer a luta com os outros profissionais, produzindo um mundo a sua volta, a fim de se manterem, hierarquicamente, no topo da pirâmide, intocáveis.

Nesse sentido, Bourdieu (2005b) focaliza as classes dominantes e a escola como instrumento de consagração e distinção das classes cultivadas como elite social. Desmascara a ideia tradicional sobre a escola e destaca que ela funciona para reproduzir as desigualdades sociais. Nas classes burguesas, por exemplo, existe um determinado patrimônio cultural constituído pela forma de valores, de conduta e de linguagem. Já nas classes operárias, existem outras características culturais que reforçam sua posição enquanto classe. Para ele, é a cultura que une os integrantes da classe dominante e compõe a elite e, mais ainda, é a escola, sob a violência simbólica (arbitrio) que ignora as diferenças sócio-culturais, privilegia e seleciona as manifestações e valores da classe dominante.

Dessa forma, o sistema de ensino jurídico está intimamente ligado à dominação e a reprodução das relações sociais, quando, por meio da violência simbólica permite que as faculdades de direito “forcem” os iniciantes a pensarem e a agirem de forma que não percebam a dominação imposta (legítima). Assim, por meio do *habitus*, seguem reproduzindo as relações de dominação e a estrutura de classes.

Enquanto força formadora de hábitos, a escola propicia aos que se encontram direta ou indiretamente submetidos à sua influência, não tanto esquemas de pensamento particulares e particularizados, mas uma disposição geral geradora de esquemas particulares capazes de serem aplicados em campos diferentes do pensamento e da ação aos quais pode-se dar o nome de habitus cultivado (BOURDIEU, 2005b, p. 211).

Segundo Bourdieu, hábitos e gostos mais corriqueiros, despercebidos pelo senso comum - o que ele conceitua de *habitus* - constituem uma posição social associada a uma posição de classe, que transformam estilos de vida reproduzidos por agentes já localizados em determinados grupos ou determinada posição social. Seu conceito de *habitus* é uma visão de mundo compartilhada por indivíduos com características sociais comuns, produzida pela ação de mecanismos como a educação familiar e formal, ritos de passagem e práticas de sociabilidade que sugerem nos indivíduos as estruturas objetivas de poder no campo e na sociedade e que definem suas próprias posturas e posições nesse campo (BOURDIEU, 2012b)¹.

O *habitus* transcende o indivíduo fazendo-o agir não só por interesse econômico, mas pelo desejo de obter reconhecimento e prestígio, pela vontade de se distinguir e de se situar numa escala de poder.

¹ O *habitus* é uma espécie de natureza inconsciente, que constitui um sistema de esquemas de percepção, de apreciação e de ação, ou seja, um conjunto de conhecimentos práticos adquiridos ao longo do tempo que nos permitem perceber e agir e evoluir com naturalidade num universo social dado (BOURDIEU, 2002, p. 68).

As escolhas éticas, políticas e estéticas de cada indivíduo, baseiam-se na matriz de preferências resultantes da incorporação da estrutura do capital herdado. Alguns estudantes ligados ao pólo intelectual do espaço das escolas e destinados às frações intelectuais da classe dominante, por exemplo, não gostam dos esportes, mas, de ópera, teatro e publicações eruditas. Outra fração de estudantes ocupa um espaço mais ou menos intermediário. Assim, os modos de produção que a nobreza de Estado combina para perpetuar sua dominação são dois. Em primeiro lugar, a reprodução direta, baseada na transmissão não mediada da propriedade privada por meio da família. Em segundo lugar, a reprodução que se baseia na escola, no capital cultural, herança de poder e privilégio, é mediada pelas instituições como filtro e garantia de manutenção (WACQUANT, 2005, p. 168, 171).

Existem lutas entre diferentes carreiras jurídicas que reportam a lutas por identidades e por controle sobre determinadas áreas dentro do campo jurídico. A análise de processos históricos relacionados com a institucionalização do campo acadêmico tem por objetivo compreender a interação entre os indivíduos e a estrutura social de que fazem parte, quer dizer, reconstruir a trajetória, a longo prazo, definindo as posições dos agentes dentro do campo jurídico, fará com que seja possível analisar os diversos padrões de conflito e a interação entre os diferentes grupos profissionais de juristas dentro de um mesmo grupo de elite. Assim, analisar também o ensino jurídico no Brasil, será relevante para alcançar o objetivo proposto.

6. O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

A elite brasileira teve treinamento em Coimbra (formação jurídica), tornando-se parte do funcionalismo público, sobretudo da magistratura. Ao se tornar independente, o Brasil manteve e reproduziu sua elite ideologicamente homogênea, concentrando a formação de seus futuros membros nas escolas de direito, fazendo-os

passar pela magistratura, circulando-os por cargos políticos e províncias. A ocupação que mais favorecia uma orientação estatista e que melhor treinava para as tarefas de construção do Estado na fase de acumulação de poder era o emprego público. Os magistrados eram os que então apresentavam melhor a combinação de elementos ideológicos, práticos e intelectuais a favor do Estado, constituindo assim, a chamada elite intelectual (CARVALHO, 2006, p. 36-9).

Reafirmamos o olhar de Bourdieu sobre as elites, pois fazem parte do campo profissional caracterizado por sua trajetória social e que sob o manto do poder simbólico mantêm uma “cumplicidade” que não é percebida por aqueles que não fazem parte desse universo. “A pertença dos magistrados à classe dominante está atestada em toda a parte” (BOURDIEU, 2012b, p. 242).

A estabilidade e unificação da elite permitia a construção da carreira política, acúmulo de experiência no governo e manutenção do poder. O mais difícil era entrar, mas um diploma em direito era condição *sine qua non* para os que pretendessem chegar aos cargos mais altos, ao topo da pirâmide (CARVALHO, 2006, p. 121-5).

As lutas por reconhecimento profissional através do diploma pode ser considerada uma luta para perceber do Estado uma parcela de poder e para atuar em postos mais elevados na hierarquia da profissão. Nesse sentido, Bourdieu (2012a, p. 12) afirma que

Segundo as posições que ocupam no espaço social, esses diferentes grupos travam, em torno do diploma, uma verdadeira luta por sua classificação, para não se desclassificarem ou para se reclassificarem, dado que, com o mesmo nível de diploma, ocupa-se postos cada vez mais elevados na hierarquia ocupacional.

O espaço social onde se encontravam os profissionais do direito estava tomado por formalismo e cultura política, por isso, foi fundado, em 1842, o Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB¹ onde se congregavam os cavalheiros. O interesse do Instituto quase sempre era o da “honra” profissional – uma obsessão que levava a “maçonaria de honra” a comportamentos de absoluto *non-sense*. Evitava as questões políticas e quase nunca criticava o governo (COELHO, 1999, p. 186).

Bourdieu revela que a formação dos juristas é realizada para produzir um ritual de ampliação da nobreza. Cada indivíduo, detentor de um capital cultural que funciona como capital simbólico age autonomamente, com a competência jurídica que lhe é peculiar, buscando dar forma universal à expressão de seus interesses particulares (BOURDIEU, 2011, p.121).

A máquina formadora de juristas, aprovada pelo Estado, executava operações que reproduziam classificações sociais preexistentes. Assim, o treinamento dos estudantes nas instituições criadas para transformar completamente a mente, corpo e o eu, em conformidade com as exigências das escolas elitizadas e as posições de poder, conduzem-nos ao rótulo de “a produção da nobreza” (WACQUANT, 2005, p. 165).

A ordem (profissional) jurídica, mantenedora de uma relação direta com o Estado, estava organizada formalmente sob a inspiração de princípios liberais, voltados para a legalização dos interesses das classes dominantes e os debates acadêmicos eram pautados nas origens e fundamentos do autoritarismo. A classe elitizada não tinha pretensões democratizantes, não tinham intenção de transformar o

¹Ao analisar os advogados, Bonelli mostra a ideologia profissional que era produzida no IAB, afirmando que ele despontou como uma associação de uma elite portadora da excelência profissional (BONELLI, 2002).

país e a maioria do povo, desprovido de propriedades, arcou com o ônus da miséria (ADORNO, 1988, p. 19-34).

Não existiu para o grupo de juristas recém-formados, espírito científico e doutrinário. Os bacharéis visavam carreira política promissora, com o prestígio que era fomentado somente pelas elites jurídicas. O interesse maior era o de exercer uma solidariedade intra-elite para rearticular alianças entre os grupos sociais e se manter dentro da atividade política, disciplinado para reproduzir o liberalismo e o autoritarismo (ADORNO, 1988, p. 91).

Através da explanação histórica da formação dos profissionais do direito é possível verificar o verdadeiro interesse desse grupo específico. Os que ingressavam nas faculdades de direito, por força de herança familiar (entendidas em sentido amplo) ou por outro meio diverso, tinha notadamente um interesse: o de estar em posição dominante dentro do campo jurídico, reforçando sua identidade. Essa cultura política é tão forte, que é capaz de incendiar o imaginário social, abusando do capital cultural, a fim de dominar todo o campo por meio do discurso formal. É o que Bourdieu, refletindo Weber no processo social de um cotidiano real, irá chamar de poder simbólico, que só é válido quando aceito e reconhecido pelo outro. É um tipo de dominação que possui eficácia muito maior quando permanece desconhecida pelo dominado. Assim, as forças e lutas dentro do campo são movimentadas por agentes de várias ordens sociais, que são reproduzidas pelo *habitus*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisamos, neste artigo, a sociologia das profissões dentro das elites burocráticas. Bourdieu participou da discussão, afirmando que o sistema de profissões, com a interferência do Estado, constitui um campo simbólico voltado a assegurar a dominação de uma classe sobre a outra. As profissões jurídicas tiveram seu espaço

dentro do campo burocrático e seu corpo de juristas contribuiu para produzir técnicas organizacionais e modelos de funcionamento do Estado, utilizando-se do seu capital cultural adquirido pela formação escolar.

As classes dominantes, preocupadas em assim se manter desde o início de sua formação profissional, partem do ponto mais alto para obterem o maior capital cultural, econômico e político. As classes dominadas dentro do campo têm seu capital limitado, sendo incapazes de tomar as rédeas do seu próprio destino no ambiente coletivo e por isso, passam a entregar seu “poder” para um grupo político maior, unindo-se a ele para que haja, talvez, possibilidade de ingresso à classe dominante. A partir desse ingresso, começam a lutar então por seus próprios interesses. Assim, num processo democrático moderno, os que possuem maior capital se organizam em partidos dentro do mesmo campo jurídico, impõe sua “doutrina” e até acreditam que seus interesses sejam comuns. Os que dominam os partidos têm interesses próprios e acabam impondo-os aos demais como se fossem universais. Esse profissional do poder, preocupado em assim se manter, alimenta a todo instante seu capital político, buscando agregar mais força em suas relações.

Sem dúvida, o direito é a forma, por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas dominadas e, particularmente, os grupos. Ele confere a estas realidades surgidas das suas operações classificatórias toda a permanência que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas.

O sistema de ensino, para Bourdieu, é um dos instrumentos capazes de perpetuar as estruturas sociais, transmitindo poder e privilégios. Para ele, a educação acirra as desigualdades sociais e produz as elites. Por este motivo, foi necessário analisar o ensino do direito e sua atuação na formação dos profissionais.

Num plano histórico, percebemos que a estrutura do ensino do direito foi criada, por meio do *habitus*, para atender às expectativas da classe dominante,

contribuindo para produção e reprodução de uma cultura de formação jurídica apartada da realidade social. Significa dizer que o ensino do direito foi descontextualizado porque se destinava a atender as expectativas dos grupos elitizados que frequentavam as faculdades de direito e não à sociedade.

Entender as tradições do ensino do direito nos ajuda a compreender a dificuldade que o direito tem de se fazer presente na sociedade brasileira, por se constituir num grupo fechado, reprodutores do *habitus* adequado aos jogos de poder do campo jurídico brasileiro. Nos leva a refletir sobre a necessidade de transformação do formalismo dogmático, visando aproximar os juristas da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BONELLI, Maria da Glória. A competição profissional no mundo do direito. *Tempo Social*; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 10(1): 185-214, maio de 1998.

BONELLI, Maria da Glória. *Profissionalismo e política no mundo do direito*. São Carlos, Sumaré/Edufscar/Fapesp, 2002.

BOURDIEU, Pierre. Los usos sociales de la ciencia. *Por una sociología clínica del campo científico*. In: *Los usos sociales de la ciencia*. Buenos Aires: Nueva Visión, 2000. p. 63-127. (tradução livre)

BOURDIEU, Pierre. In: *Pierre Bourdieu entrevistado por Maria Andréa Loyola*. Rio de Janeiro: UERJ, 2002.

BOURDIEU, Pierre. In: WACQUANT, Loïc. *O mistério do ministério- Pierre Bourdieu e a política democrática*. Rio de Janeiro: Revan, 2005a.

BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005b.

BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. 11. ed. Campinas: Papirus, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *Escritos de Educação*. 13. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012a.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012b.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*. Teatro de sombras: a política imperial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto II: os domínios do homem*. Tradução José Oscar de Almeida Marques. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

COELHO, Edmundo Campos. *As profissões Imperiais: Medicina, Engenharia e Advocacia no Rio de Janeiro 1822-1930*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

DAMATTA, Roberto. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DINIZ, Marli. *Os donos do saber: profissões e monopólios profissionais.* Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ELIAS, Norbert. *A sociedade de corte.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

FARIA, José Eduardo. *Direito e justiça: A função social do judiciário.* 3. ed. São Paulo: Ática, 1997.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil.* 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JOHNSON, Terence J. *Professions and Power.* Londres: Macmillan, 1972.

LARSON, Magali Sarfatti. *The Rise of Professionalism. A Sociological Analysis.* Berkeley: University of California Press, 1977.

PAULA, Quenya Silva Correa e SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. A força da fôrma: reflexões sobre linguagens jurídicas, acesso à justiça, poder das profissões jurídicas e ensino do direito no Brasil. In: Encontro Nacional do CONPEDI, (21. : 2012 : Niterói, RJ). *Anais do XXI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>> em anais dos eventos.

RODRIGUES, Maria de Lurdes. *Sociologia das profissões.* 2. ed. Oeiras: Celta Editora, 2002.

SANTOS, André Filipe Pereira Reid dos. *Direito e profissões jurídicas no Brasil após 1988: expansão, competição, identidades e desigualdades.* Tese (doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2008.

WACQUANT, Loïc. *O mistério do ministério-* Pierre Bourdieu e a política democrática. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.* Brasília: EdUnB, 1999. v. 1.

RESUMOS EXPANDIDOS

A ALIENAÇÃO CONCEBIDA POR MARX, NO CONTEXTO PRÁTICO PROFISSIONAL JURÍDICO HODIERNO BRASILEIRO

Breno Maifrede Campanha ¹

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Corresponde a escolha um atributo próprio da liberdade humana. No entanto, o exercício da escolha não necessariamente representa um exercício inteiramente livre do agir. Os sentimentos que a impulsionam são passíveis de manipulação em favor de interesses diversos, de boa ou má repercussão social e individual, alheios aos do próprio indivíduo. Integram uma parcela minoritária da sociedade os que significativamente possuem condições/influência de/para exercer esse tipo de manipulação. A esses costuma-se atribuir a *culpa* pela caracterização do fenômeno da alienação. O aludido fenômeno, abrangente por natureza, tem nociva repercussão no ideário coletivo jurídico social da população brasileira, tanto no que se refere ao próprio reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direitos e deveres quanto em relação à crença nos mecanismos estatais disponíveis como meios satisfatórios de se exigir a efetivação desses direitos e cumprimento desses deveres.

¹ Mestrando em Direitos e Garantias fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Pesquisador bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Espírito Santo – FAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Hermenêutica Jurídica e Jurisdição Constitucional. Membro do BIOGEPE (Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Saúde, Políticas Públicas e Bioética). Professor-coordenador do Grupo de Estudos Liberdades Fundamentais. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito Ambiental e Urbanístico pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Advogado.

A opção pela carreira jurídica, pela área em que pretende atuar, pela função que pretende exercer, o quanto gostaria de ganhar, conduzem o homem por caminhos nem sempre adequados ou favoráveis à sua realidade ou vocação profissional. Caso as referidas escolhas sejam erroneamente praticadas, não apenas o sujeito, isoladamente, pode sofrer com as consequências delas advindas, mas ainda todos aqueles que em virtude da sua colocação no mercado de trabalho estarão direta ou indiretamente aos seus atos submetidos.

Perpassando as escolhas iniciais há ainda o processo de formação, também significativo na análise do fenômeno. O processo de formação do profissional da área jurídica será trabalhado no presente estudo tanto sob a perspectiva acadêmica quanto no seu sentido mais amplo inerente a constituição intelectual e “espiritual” do ser humano frente ao mundo. A maneira como são percorridas as etapas compreendidas nesse processo se revelam determinantes na atuação que esse agente terá na sua vida prática profissional. As escolhas exercidas necessariamente repercutem no universo que o profissional irá compor.

Muitos são os fatores que influenciam o homem no seu processo de formação profissional e muitos são também os fatores que posteriormente vão influenciar o homem na sua atuação como profissional. O enfrentamento dessas circunstâncias pelo filósofo alemão Karl Marx se dá sob uma perspectiva sócio-econômico-cultural bem característica e própria do seu tempo. No entanto, podemos extrair dentre as suas construções teóricas discursos aptos à descrição e caracterização de problemas hodiernos. Podemos ainda a partir desses discursos, dialogar com a realidade posta ainda que inconcebível determinada repercussão à época do seu desenvolvimento. A concepção marxista de alienação reflete bem essa proposta conforme será demonstrado ao longo da pesquisa desenvolvida.

1. A ALIENAÇÃO EM MARX: O TRABALHO COMO CONDIÇÃO DE LIBERDADE

O *homem*, dentro de um universo de capacidades próprias, detém especificamente uma que o qualifica como um ser de liberdade. Trata-se da capacidade de exercício do arbítrio humano. O homem é livre na medida em que pode exercer escolhas. Para Marx, o trabalho exige o exercício dessa capacidade. Trata-se de característica humana indissociável do trabalho. Deve o trabalho proporcionar ao homem um estado de liberdade. Da mesma forma deve o trabalho ser executado a partir das escolhas humanas. O trabalho não apenas deve promover a liberdade, como também deve ser praticado como resultado direto dela. Entretanto, malgrado idealizada essa noção de trabalho, para o filósofo alemão a ideia concebida não prosperava, não era identificada, na realidade de sua época. Revelava-se entre a massa proletária explorada justamente o contrário, uma percepção antagônica à perspectiva libertadora do trabalho.

Teria o trabalho assumido características desumanas que não possibilitavam aos operários reconhecerem-se nas suas atividades. Apesar de fazerem parte de um processo de produção, apesar de serem essenciais nessa cadeia de produção, não havia por parte desses uma identificação precisa ou satisfatória da sua colocação no cenário posto. Identificavam-se como mera mão-de-obra, instrumentos nas mãos de uma minoria dominante, sem proximidade ou identificação com o que de fato produziam.

O trabalho deve enquadrar o *homem* não como mero instrumento de produção, mas como um ser de escolhas, um ser de liberdade, um ser que se reconhece na atividade exercida. Um *homem* explorado, oprimido, naturalmente não se enquadra como um ser de escolhas. Não há como conceber a liberdade no caso concreto, sob circunstâncias que não possibilitam o exercício do arbítrio humano. Se o trabalho

indevidamente mitiga a capacidade de escolha, não atende então ao que se propõe na sua plenitude e essência.

Apesar de grandes expoentes da filosofia contemporânea, como Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ludwig Feuerbach, György Lukács, Hebert Marcuse e Jean-Paul Sartre também trabalharam o tema (alienação), é com Marx que se dará a abordagem mais conhecida e significativa. Em comum a todos esses está a ideia de alienação como produto de variadas influências, de natureza externa, que conduzem o homem a um afastamento da sua essência. O questionamento acerca da alienação do trabalho é enfrentado por Marx no seu primeiro manuscrito econômico-filosófico em 1844, quando tinha apenas 26 anos. Nesse o filósofo alemão identifica no fenômeno a exteriorização e estranheza do trabalho na vida do empregado:

Primeiro, que o trabalho é externo (äusserlich) ao trabalhador, isto é, não pertence ao seu ser, que ele não se afirma, portanto, em seu trabalho, mas nega-se nele, que não se sente bem, mas infeliz, que não desenvolve nenhuma energia física e espiritual livre, mas mortifica sua physis e arruína o seu espírito. O trabalhador só se sente, por conseguinte e em primeiro lugar, junto a si [quando] fora do trabalho e fora de si [quando] no trabalho. Está em casa quando não trabalha e, quando trabalha, não está em casa. O seu trabalho não é portanto voluntário, mas forçado, trabalho obrigatório. O trabalho não é, por isso, a satisfação de uma carência, mas somente um meio para satisfazer necessidades fora dele. Sua estranheza (Fremdheit) evidencia-se aqui [de forma]

tão pura que, tão logo inexistia coerção física ou outra qualquer, foge-se do trabalho como de uma peste. O trabalho externo, o trabalho no qual o homem se exterioriza, é um trabalho de auto-sacrifício, de mortificação. Finalmente, a externalidade (Äusserlichkeit) do trabalho aparece para o trabalhador como se o [trabalho] não fosse seu próprio, mas de um outro, como se [o trabalho] não lhe pertencesse, como se ele no trabalho não pertencesse a si mesmo, mas a um outro. (MARX. 2004, p. 82-83).

A perspectiva teórica desenvolvida nos primeiros manuscritos de Marx se deu em um momento de sua juventude. Posteriormente, a questão foi novamente trabalhada nas obras “Contribuição para Crítica da Economia Política” (1859) e em “O Capital” vol. I (1867), vol. II (1884) e vol. III (1894).

2. O (UM) ALIENANTE/ALIENADO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO NO BRASIL

Desde a gênese das instituições de ensino superior em Direito no Brasil, em 1827, os cursos jurídicos não conseguem atender de maneira satisfatória os anseios da realidade social. Enquanto no início preocuparam-se mais em construir uma burocracia estatal a partir da formação de intelectuais que pudessem operá-la, posteriormente não conseguiram afastar-se da postura formalista e acrítica então desenvolvida e impregnada. As drásticas alterações curriculares ao longo da nossa história não foram suficientes para superar de maneira adequada as antiquadas práticas

pedagógicas. A promoção de uma formação acrítica e formalista coloca o ser humano, principal alvo da ciência jurídica, em segundo plano.

O burocrático operador do Direito não possui a devida consciência do que significa, do que representa a sua atividade. Na medida em que a repercussão social, a função social, a noção de cidadania, não são suficientemente consideradas, o agir do profissional recai na insensatez permitindo o desencadeamento de uma série de situações teratológicas, como a lei reconhecida como um fim em si mesma, a priorização formalista da norma, a prevalência de interesses particulares sobre as necessidades sociais, a coisificação do homem, e assim por diante.

Gilsilene Passon P. Francischetto trabalha exatamente essa perspectiva da formação acadêmica dos operadores do Direito no Brasil no estudo referenciado. Sob suas palavras:

É forçoso notar que a educação jurídica com essas características, termina por defender que o jurista precisa apenas conhecer as normas, desprovidas de qualquer valoração. Esse tipo de formação desencadeia profissionais apenas com um perfil técnico, sem buscar referências na realidade social. Com isso, há um total esvaziamento da noção do ser humano, que passa a ocupar um lugar secundário na atuação das várias carreiras jurídicas. O que ainda se verifica é que os juristas, em razão da cultura normativista e positivista que absorveram em sua formação, estão excessivamente limitados aos preceitos legais e ao formalismo processual, não tendo a preocupação necessária com a função social

da atividade que desempenham (FRANCISCHETTO, 2010, p. 13-14).

As questões sociais foram por muito tempo, ignoradas por completo pelos profissionais do Direito. A preocupação inicial em formular um aparato estatal, em constituir o Estado estruturalmente, acabou fomentando o desenvolvimento de uma visão burocrática do Direito, desvinculada dos problemas vivenciados no corpo social. A literalidade formal da lei passou a ser identificada como fundamentação dogmática.

A perspectiva de segurança jurídica, neutralidade e imparcialidade endossa essa postura incentivando o desenvolvimento de um conhecimento jurídico objetivo e pautado no que é observável. Cada vez mais passa a se adotar manuais, ou obras que se atém a informações superficiais, majoritárias e acríticas. A memorização acaba prevalecendo sobre a compreensão. A formação jurídica prioriza a dogmática jurídica e dá pouco espaço à zetética.

Lenio Streck retrata essa crise destacando que:

A cultura calcada em manuais, muitos de duvidosa cientificidade, ainda predomina na maioria das faculdades de Direito. Forma-se, assim, um imaginário que “simplifica” o ensino jurídico, a partir da construção de standards e lugares comuns, repetidos nas salas de aula e posteriormente nos cursos de preparação para concursos, bem como nos fóruns e tribunais. Essa cultura alicerça-se em casuísmos didáticos (STRECK, 2011, p. 96)

No entanto, acentua que “a crise do ensino jurídico é, antes de tudo, uma crise do Direito, que na realidade é uma crise de paradigmas, assentadas em uma dupla face: uma crise de modelo e uma crise de caráter epistemológico” (STRECK, 2011, p. 97). Enquanto a crise de modelo repousa da influência da tradição liberal-individualista-normativista em nosso meio, a epistemológica se refere à própria filosofia da consciência. Para o autor gaúcho, essas circunstâncias geram na prática “um Direito alienado da sociedade, questão que assume foros de dramaticidade se compararmos o texto da Constituição com as promessas da modernidade incumpridas” (STRECK, 2011, p. 97-98).

3. A ALIENAÇÃO CONCEBIDA POR MARX, NO EXERCÍCIO PROFISSIONAL JURÍDICO HODIERNO BRASILEIRO

A ideia de alienação desenvolvida sob a ótica do trabalhador explorado, que não se reconhecia no trabalho exercido, não se identificava com o produzido, inserido em uma etapa de um longo processo sem o comprometimento com resultado final, atuando conscientemente ou inconscientemente em favor dos interesses de uma minoria dominante, se assemelha em muito a realidade profissional jurídica hodierna brasileira.

Desde o momento da escolha pela área jurídica, perpassando pelo processo de formação acadêmica, para então a prática profissional no mercado de trabalho, o operador do Direito é constantemente orientado (influenciado) por uma série de fatores desvinculados, descompromissados, com os problemas sociais pulsantes no país. Não se percebe um sentimento compartilhado e bem definido de cidadania entre maioria desses profissionais, nem ao menos significativa expectativa de transformação predominante.

Nas circunstâncias do dia-a-dia, um profissional despreparado, avocacionado, desinteressado, descompromissado, mal intencionado, traz gravíssimas consequências a aqueles que estão aos seus atos submetidos. Qualquer atuação profissional nesses moldes enquadra-se perfeitamente na ideia de alienação concebida por Marx.

O serventuário da justiça preocupado única e exclusivamente em “bater o carimbo”, cumprir o expediente, sem o comprometimento necessário exigido na função, com uma visão acrítica e indevidamente formalista e burocrática do Direito, traz grandes transtornos ao funcionamento da máquina judiciária. Na medida em que não se reconhece como peça fundamental da prestação jurisdicional não se preocupa em colaborar com a melhor satisfação possível do direito. O “carimbo” se torna um fim em si mesmo. Qualquer etapa que perpassa a sua, qualquer etapa além do “carimbo”, não possui a menor importância na sua ótica.

Em outra feita, o exercício da advocacia desapegada da função social que lhe é atribuída e inerente, pode ofender direitos de todos aqueles que de alguma forma estejam envolvidos no universo do advogado. Tanto os adversos quanto os próprios clientes são alvos das consequências decorrentes desse tipo de atuação. O advogado alienado pretende não a melhor satisfação do direito, mas a maior vantagem com o menor prejuízo. Recai no paradigma iluminista utilitarista conforme alerta Aloísio Krohling (KROHLING, 2011, p. 54-57). A moral utilitarista busca critérios de satisfações e vantagens pecuniárias e não questões éticas.

O promotor que ao invés de fazer prevalecer a sua função como *custus legis*, fiscal da lei, procura a todo custo um alto índice de condenação reflete também o não reconhecimento da essência do seu cargo.

O magistrado mais preocupado no cumprimento de metas, na máxima produção de sentenças, sem despender a devida observância ao caso concreto, sem

atentar-se aos efeitos da sua decisão, também corresponde a uma atuação alienada. A decisão se torna um fim em si mesma. Dá-se a decisão conforme mais prático for de elaborá-la. Ou ainda, dá-se a decisão da maneira que melhor repercuta ao julgador.

Qualquer que for o cargo, a profissão em que esteja enquadrado o operador do Direito, qualquer postura burocrática, acrítica, desonesta, populista, covarde, indolente, individualista, ingênua, demonstra a influência que alienação sob muitos aspectos exerce na vida do homem. Os valores humanos desvirtuados da noção de cidadania, da preocupação com as/os questões/problema sociais, afrontam o Direito na sua essência. A alienação promove esse cenário.

Conforme sustenta Enzo Bello no modelo descrito a cidadania é fetichizada

e se desenvolve o processo, antes mencionado, de alienação jurídica e constitucional, que gera dois efeitos: (i) desloca a participação ativa e direta do homem concreto da vida em sociedade para o cidadão abstrato previsto no mundo jurídico (constituição); e (ii) cria a impressão que o status de cidadão, ou seja, a titularidade de direitos de cidadania, independentemente da sua real efetividade, consistiria na plena concretização desse conceito. (BELLO, 2010, p. 20-21)

Concebe o autor (2010, p. 21) uma falsa igualdade advinda da cidadania. Diante da realidade alienada que se apresenta, com patentes desigualdades fomentadas pelo modelo de produção capitalista, somente estaria situada a igualdade no campo formal da lei. O rompimento com esse modelo, a superação desses problemas, revela-

se impraticável com uma visão formalista, burocrática, superficial, acrítica e estática, promovida pela alienação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não pretendemos com o presente estudo esgotar a temática, consagrando uma visão pessimista acerca do fenômeno trabalhado, mas retratar a realidade que se apresenta sob a ótica marxiana de alienação. Marx reconheceu a liberdade como um valor indissociável do trabalho. O trabalho não apenas promove a liberdade, mas é também resultado dela. Ocorre que, não identificava o filósofo alemão essa ideia prosperada nas circunstâncias de sua época. Tinha o trabalho assumido características desumanas que não possibilitavam aos proletários reconhecerem-se como livres. Ao invés de libertar, o trabalho aprisionava promovendo um processo de alienação em favor de uma minoria dominante. Nesta feita, encontrava-se o homem sem autonomia, sem o domínio de si, sem a plena possibilidade de exercer o seu arbítrio e sem a devida consciência ou percepção exata do que de fato motivava os seus atos.

Marx erigiu a ideia de “trabalho alienado” sob quatro perspectivas distintas e inter-relacionadas. Tratam-se da alienação do trabalhador em relação ao produto do seu trabalho (alienação do objeto), da alienação do trabalhador em relação ao seu trabalho (auto-alienação), da alienação do trabalhador em relação à essência da espécie (alienação da espécie), e da alienação do homem em relação ao homem. Percebe-se essas perspectivas facilmente identificáveis na realidade hodierna da formação e atuação do operador do Direito no Brasil. Desde o momento da escolha pela área jurídica, perpassando pelo processo de formação, o ingresso no mercado de trabalho, até à atuação profissional em si, pode recair sobre o profissional do Direito uma série de influências desvirtuadas da essência jurídica.

O Direito pressupõe uma série de condições que se não atendidas, não possibilitam evoluí-lo. As necessidades que se apresentam no corpo social, somente podem ser devidamente enfrentadas se observadas essas condições. A consciência social, o espírito de cidadania devem necessariamente acompanhar o operador do Direito ao longo de toda a sua vida profissional. O jurídico não está alheio ao social, mas indissociável desse. A consagração desses valores somada ao reconhecimento do homem como um ser de liberdade, permite romper com o processo de alienação por Marx concebido e ainda presente nas relações de trabalho em pleno século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELLO, Enzo. *Cidadania, Alienação e Fetichismo Constitucional*. In: _____ (Coord.); LIMA, Martônio'Alverne Barreto (Coord.). *Direito e Marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FRANCISCETTO, Gilsilene Passon P. *Em busca de novos saberes: uma aproximação entre o ensino jurídico e a pedagogia*. In: _____ (Org.). *Ensino jurídico e pedagogia: em busca de novos saberes*. Curitiba: CRV, 2010.
- KROHLING, Aloísio. *A ética da alteridade e da responsabilidade*. Curitiba: Juruá, 2011.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- STRECK, Lenio. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL E CASE MANAGEMENT POWERS NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL*

Francis Noblat**

RESUMO

Com a apresentação do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, ganharam especial destaque alguns dos institutos propostos, os quais incitaram grandes debates no campo jurídico pátrio. Dentre estes institutos, talvez os que engendraram os debates mais calorosos, e a maior segmentação de opiniões, estão a Flexibilização Procedimental, e os *Case Management Powers*, ou poderes de gerenciamento de processos judiciais. Concebida sua adoção em um contexto de reforma sistêmica do processo civil, estes institutos, que se originam de sistemas de *Common Law*, denotam, respectivamente, a adequação dos ritos processuais em atenção às contingências de cada caso em concreto, singularmente; e, a concessão de poderes ao magistrado que, assumindo o papel de otimizar a tramitação processual, deve, com a cooperação das partes, gerenciar o desenvolver das fases do processo, até sua efetiva conclusão. Contudo, por traduzirem um paradigma de justiça específico, dessemelhante ao brasileiro, sua adoção acrítica poderia frustrar esta iniciativa reformatória. Busca-se, desta forma, com o presente trabalho, desenvolver brevemente os conceitos de

* O presente resumo expandido é desdobramento de resumo apresentado no 6º Congresso Nacional de Extensão Universitária e 15º Encontro de Atividades Científicas da Universidade do Norte Paraense, realizados entre os dias 25 e 26 de outubro de 2012.

** Graduando em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica — PIBIC/CNPq/UFF. Pesquisador em formação do Instituto de Estudos Comparados em Administração Institucional de Conflitos — INCT-InEAC/UFF. Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais — LAFEP/UFF.

Flexibilização Procedimental, e *Case Management Powers*, com base no que representam os institutos em seus sistemas jurídicos de origem, ponderando, a seu turno, com foco na reforma de nosso Código de Processo Civil, as expectativas que circundam a sua adoção, em nossa jurisdição.

Palavras-Chave: *Flexibilização Procedimental; Case Management Powers; reforma do Código de Processo Civil.*

ABSTRACT

With the introduction of the new Brazilian Code of Civil Procedure draft version, some of its proposed key features called for grand debates on the legal domain. Of those key features, the institutes of the Procedural Flexibility and the Case Management Powers were the ones that motivated the most passionate debates, and a great division of opinions. Conceived in a context of systemic reform of the Brazilian Civil Procedure, the implementation of those legal institutes follows the guidelines established for the new Code. Originated among the Common Law system those institutes denote, respectively, the adequacy of the judicial proceedings in regard of the specific condition of each case in particular, individually; and, the granting of powers to the judge who, assuming the role of optimize the litigation process, has the duty to manage the progress of a case until its effective completion with the cooperation of the parties. However, as those institutes represent a specific paradigm of justice, different to the Brazilian reality, their uncritical adoption could frustrate this reform initiative. In this regard, this work aims at briefly discuss the concept of Procedural Flexibility and Case Management Powers, based on what they represent in theirs system, and to consider, focused on the reform of the Brazilian Code of Civil Procedure, the expectations that surround their implementation in our jurisdiction.

Keywords: Procedural Flexibility; Case Management Powers; reform of the Brazilian Code of Civil Procedure.

1. INTRODUÇÃO

A atual reforma do Código de Processo Civil, buscando “a solução de um sem número de problemas engendrados no Poder Judiciário, decorrentes [...] das sucessivas reformas realizadas na legislação processual, durante seus quase quarenta anos de vigência” (NOBLAT, 2012, p. 2), propõe um novo modo de pensar o processo, e de se litigar no Brasil.

Partindo da proposta de se dar azo a uma legislação processual que, fundamentada em princípios constitucionais, buscasse garantir a efetiva solução do conflito, de modo “mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo” (BRASIL, 2010, p. 14), apresentaram-se com o Anteprojeto do Código — para além dos princípios que agora se expunham expressamente — alguns institutos, inovações à jurisdição brasileira.

Das inovações trazidas com o Anteprojeto, destacaram-se duas em específico: a Flexibilização Procedimental¹, e os poderes de gerenciamento de processos judiciais², ou *Case Management Powers*.

Como mesmo apresentados pela comissão de juristas responsável pela reforma, na Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código, revelando sua inspiração no

¹ “Tomando o procedimento como a sequência dos atos praticados no processo, a combinação lógica e cronológica entre eles e sua relação, bem como a disciplina para concretização dos institutos previstos nas normas processuais,[...] tornar maleáveis as normas que regem esse último, ou seja, suavizar a rigidez da sequência dos atos, sua relação e os institutos previstos nas normas processuais segundo as exigências do direito material.” (TAVARES, 2011, p. 137).

² “O ‘gerenciamento de processos’ pode ser compreendido como o planejamento da condução de demandas judiciais em direção à resolução mais adequada do conflito, com o menor dispêndio de tempo e custos. Depende de uma postura ativa do juiz no controle do andamento dos feitos e organização de uma unidade judiciária. Seus mecanismos básicos são o envolvimento imediato do juízo com as questões da lide, a abertura para a resolução alternativa do conflito e o planejamento do andamento e dos custos do processo.” (ALVES DA SILVA, 2010, p. 35).

Processo Civil inglês (BRASIL, 2010, p. 30), estes institutos seriam, em linhas gerais, a possibilidade de adequação dos ritos processuais, em atenção às contingências de cada caso em concreto; e, a concessão de poderes ao magistrado que, com a cooperação das partes, tem o papel de otimizar a tramitação processual, e gerenciar o desenvolver das fases do processo, até sua efetiva conclusão.

Sugeridos ambos como poderes do juiz¹ — em certa semelhança a como se dão suas disposições em origem² —, sob uma observação acrítica, poder-se-ia crer, contudo,

¹ Como lia-se no Anteprojeto, “Art. 107. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I – promover o andamento célere da causa; II – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações impertinentes ou meramente protelatórias, aplicando de ofício as medidas e as sanções previstas em lei; III – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; IV – tentar, prioritariamente e a qualquer tempo, compor amigavelmente as partes, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; V – adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa; VI – determinar o pagamento ou o depósito da multa cominada liminarmente, desde o dia em que se configure o descumprimento de ordem judicial; VII – exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII – determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para interrogá-las sobre os fatos da causa, caso em que não incidirá a pena de confesso; IX – determinar o suprimimento de pressupostos processuais e o saneamento de outras nulidades.” (BRASIL, 2010, pp. 72/73). Apesar de esta ser a redação original proposta pela comissão com o Anteprojeto, sua redação em muito pouco se alterou ao longo da tramitação do Projeto do Código de Processo Civil. Com a supressão da Flexibilização Procedimental durante as deliberações no Senado Federal, os demais poderes de condução do processo se mantiveram sem demais alterações.

² “A regra 1.4 das CPR traz rol apenas exemplificativo dos atuais poderes do juiz inglês, deixando claro que foram concebidos para auxiliar na consecução do *Overriding Objective*. São eles: (i) estimular as partes a cooperarem entre si e na condução do processo; (ii) identificar as questões a serem dirimidas no

que as Flexibilização e poderes de gerenciamento que aqui se sugerem são simples reproduções das disposições das *Federal Rules of Civil Procedure* americanas, ou das *Rules of Civil Procedure* inglesas — ou mesmo, do Princípio da Adequação Formal português. Ainda que façam sentido no contexto da reforma, é necessário que possamos distinguir aquilo que representam estes institutos, em ambos os contextos.

Sendo certo que, em origem, a Flexibilização Procedimental e os *Case Management Powers*, igualmente traduzem opções específicas dos sistemas em que se inserem, na busca de uma prestação jurisdicional mais célere e justa — que, por sua vez, já representaram grandes rupturas de paradigma (ALMEIDA, 2011, pp. 291/292) — compreender a inserção de ambos os institutos em nosso sistema, sem descuidar das especificidades de nossa jurisdição, constitui o objetivo do presente trabalho.

2. OBJETIVOS

Busca-se, com o presente trabalho, desenvolver brevemente os conceitos de Flexibilização Procedimental, e *Case Management Powers*, ou gerenciamento de processos judiciais, com base no que representam os institutos em seus sistemas jurídicos de origem,

início do procedimento; (iii) avaliar de imediato quais questões necessitam de dilação probatória e submissão ao trial e quais podem ser superadas sumariamente; (iv) decidir a ordem em que as questões serão solucionadas; (v) estimular o uso de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, ou Métodos Alternativos de Solução de Conflitos, se o tribunal considerá-lo adequado ao caso, e facilitar a utilização do método alternativo; (vi) auxiliar as partes na realização de acordos totais ou parciais; (vii) estabelecer calendários ou controlar o progresso do procedimento; (viii) considerar se os prováveis benefícios da prática de determinado ato justificam o custo necessário; (ix) lidar com o maior número possível de aspectos do caso na mesma oportunidade; (x) lidar com os casos sem que as partes tenham de comparecer ao tribunal; (xi) utilizar-se da tecnologia; e (xii) dar diretrizes capazes de fazer com que o trial se dê de forma rápida e eficiente.” (ALMEIDA, 2011, p. 296).

ponderando, a seu turno, com foco na reforma de nosso Código de Processo Civil, as expectativas que circundam a sua adoção, em nossa jurisdição.

3. METODOLOGIA

Como metodologia, optou-se pela utilização de distintas ferramentas e fontes, em que se pudessem conjugar contribuições dos diferentes campos do saber, a fim de dispensar ao objeto investigado um tratamento não-dogmático. Assim, com a utilização de uma revisão bibliográfica — onde se incluem também obras tanto interdisciplinares, quanto de perspectivas comparadas —, aliada à análise e acompanhamento da tramitação da atual reforma do Código de Processo Civil — com o exame de suas alterações legislativas —, se busca responder às indagações propostas.

4. RESULTADOS OBTIDOS E DISCUSSÃO

Pode-se compreender que os poderes de gerenciamento de processos judiciais, ou *Case Management Powers*, são, em origem, um conceito decorrente das disposições advindas com as *Federal Rules of Civil Procedure* norte americanas, concebidas e introduzidas no sistema judicial americano na primeira metade do século passado. Assim como ocorreu na Inglaterra, com suas *Civil Procedure Rules*, os poderes de gerenciamento foram concebidos para a construção de um sistema processual que,

(i) fosse capaz de conferir decisões justas; (ii) lidasse com os litigantes de maneira justa; (iii) oferecesse procedimentos adequados a custos aceitáveis; (iv) prestasse a jurisdição em tempo razoável; (v) fosse compreensível para os jurisdicionados; (vi) considerasse as necessidades dos litigantes; (vii) fosse capaz de conferir segurança jurídica; e

(viii) fosse bem estruturado e organizado. (ALMEIDA, 2011, pp. 288/289).

Com isto, concederam-se ao juiz atribuições de zelar, com a cooperação das partes, pelo ótimo trâmite processual.

A seu turno, a Flexibilização Procedimental, é a uma apropriação dos países de *Civil Law* de um conceito introduzido pelas *Civil Procedure Rules* inglesas. Os chamados *tracks*, ou procedimentos¹, foram uma das soluções encontradas durante a reforma processual ocorrida na Inglaterra na última década do século passado para reduzir os gastos com a litigância civil. Apropriado sobre o nome de Princípio da Adequação Formal — notabilizado por sua adoção em Portugal² —, o instituto denota a superação do discurso formalista no Processo Civil.

¹ “[...] [N]os sistemas adversariais ou isonômicos [...] [o] procedimento não é tido como garantia contra o arbítrio, mas sim como técnica para coordenar o andamento da causa e os debates em torno do conflito, de modo que acaba se adequando a ele conforme as partes conduzem o procedimento, e não o contrário. Eis a razão pela qual os sistemas processuais de tradição adversarial, pese a originária passividade do juiz, acabaram por desenvolver mecanismos de variação procedimental. Visualizando o procedimento não como garantia, mas sim como meio de descoberta da verdade, admitiu-se que as partes — ou o próprio juiz com o passar do tempo (*case management*) — pudessem adequar o instrumento a seu fim, bem como pudessem sancionar eficazmente aquele que se valesse do procedimento para obter vantagem imoral ou ilícita (*contempt power*). A atipicidade dos procedimentos, pois, traz em contrapartida a responsabilização das partes pelo seu mau uso.” (GAJARDONI, 2008, p. 111).

² “[...] [N]os processos filiados ao regime inquisitorial, apesar de mais condizentes com o ativismo judicial e possibilidade do juiz controlar o procedimento, as inúmeras limitações legais aos poderes do juiz acabaram por tolher seu ativismo, consequentemente reduzindo-o, em menor ou maior escala, a depender do país, ao burocrático papel de condutor do rito abstratamente fixado, sem possibilidade de intervir no seu percurso. Paradoxalmente, pese haver reconhecimento dos poderes do juiz na investigação oficiosa dos fatos, ou na prolação de decisões com base em

5. CONCLUSÕES PRELIMINARES

A adoção de ambos os *Case Management Powers* e da Flexibilização Procedimental foi concebida, quando de sua apresentação no Anteprojeto do Código de Processo Civil, como ferramenta à busca de uma prestação jurisdicional mais efetiva, em consonância com as demais diretrizes desta que se pretende a nova fase do Processo Civil brasileiro.

No que tange à Flexibilização, o instituto foi suprimido em grande medida com a tramitação do Projeto de Código no Senado. Reduzido à simples possibilidade de se invertem os ônus da prova, e dilataram-se os prazos processuais, poderíamos concluir que o campo jurídico pátrio ainda arraiga uma tradição de legalidade das formas processuais. Contudo, com o prosseguimento do Projeto à Câmara dos Deputados, retorna ao Código a possibilidade de se flexibilizar o procedimento, que, no entanto, passa a ser faculdade das partes.

Neste sentido, ainda que aqueles poderes de condução atribuídos ao magistrado no Anteprojeto se tenham mantido, em grande medida, inalterados ao longo da tramitação, estes se encontram — com a Flexibilização sob a condução das partes — divididos entre os sujeitos do processo. Assim, pondera-se que, como atualmente dispostos, os poderes de gerenciamento de processos judiciais, deverão primar os juizes por uma condução cooperativa do processo, se se desejar uma ótima tramitação.

Aguardam-se, contudo, as próximas fases da tramitação do Projeto, que ditarão efetivamente o trajeto de nosso Processo Civil.

seu livre convencimento (até mesmo sem atender aos precedentes das instâncias superiores), não se lhe permite regular com liberdade o instrumento (o que parece ser um *minus* em relação ao *plus* que é a decisão).” (GAJARDONI, 2008, p. 111).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo A. R. de. *O Case Management Inglês: Um Sistema Maduro?*

Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, ano 4, v. VII, jan./jun. 2011, pp. 287/335. Disponível em:

<http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Respon-sável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: *Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência; 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008. (Coleção Atlas de Processo Civil, coord. Carlos Alberto Carmona).

NOBLAT, Francis. *O papel da fundamentação no processo legislativo: ferramenta democrática ou estratégia de poder?* In: *Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política — ABCP, 8º*, Gramado/RS. Anais... São Paulo: ABCP, 2012. Disponível em:

<http://www.starlinetecnologia.com.br/abcp2012/arquivos/4_8_2012_0_30_57%20O%20papel%20da%20fundamentacao%20no%20processo%20legislativo.pdf>. Acesso em 04 de ago. 2012.

TAVARES, Luis Marcelo Cabral. *Perspectivas da Flexibilização Procedimental na experiência brasileira em face do substitutivo do Senador Valter Pereira ao Projeto de Lei no Senado n. 166, de 2010*. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro, ano 4, v. VII, jan./jun. 2011, p. 136/157. Disponível em: <http://www.redp.com.br/arquivos/redp_7a_edicao.pdf>. Acesso em: 15 set. 2011.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Ayeza Schmidt*

RESUMO

O presente trabalho visa analisar o papel do Poder Judiciário, através da análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, na proteção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Relações Privadas e Poder Judiciário.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the role of the Judiciary, by analyzing the decisions of the Superior Court, the protection of fundamental rights in the context of private relations.

Key Words: Fundamental Rights, Private relations and the Judiciary.

INTRODUÇÃO

A eficácia dos direitos fundamentais é um tema que vem sendo muito discutido na doutrina e na jurisprudência. Não existe, até o presente momento, um consenso sobre a forma de que se deve dar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nesse sentido, destaca-se a relevância das decisões do Poder Judiciário para concretização dos direitos fundamentais, estabelecidos na Constituição Federal, e sua efetividade nas relações privadas.

Na esfera desta problemática, objetiva-se destacar a importância do Judiciário e de seus operadores na resolução dos conflitos entre particulares e a efetiva proteção dos fundamentais. Porquanto, dificilmente o particular terá seus direitos assegurados numa relação contratual, sob a simples alegação à outra parte de que está infringindo a órbita de seus direitos fundamentais. Destarte, especialmente nos casos privados, sempre haverá a necessidade de uma declaração judicial para que ocorra a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A pesquisa tem seu desenvolvimento através da análise da doutrina acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas e das decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre esta questão. O Superior Tribunal de Justiça foi escolhido, a título demonstrativo do Poder Judiciário brasileiro, pois a maior parte das decisões relativas a questões entre particulares, especialmente contratos, são remetidos em última instância ao Superior Tribunal de Justiça.

* Mestranda na UNIBRASIL - Faculdades Integradas do Brasil - em Direito Fundamentais e Democracia e Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Email: ayezas@gmail.com

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES E RELAÇÕES PRIVADAS

A trajetória de codificação dos direitos fundamentais iniciou-se nos primórdios do século XVIII, com o Estado de Direito Liberal. Neste período, os direitos fundamentais tinham efeitos apenas nas relações entre Estado e os cidadãos. Tais direitos não interferiam nas relações privadas, porquanto, no plano privado, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade. Por conseguinte, conforme cita PINHEIRO, os direitos fundamentais possuíam apenas uma dimensão subjetiva¹. Assim, se formou o constitucionalismo positivista, no final do século XVIII e se desenvolveu nos séculos XIX e XX, com a separação entre direito e moral, entre público e privado, sem margem para interpretação do direito.

Todavia, este modelo de Estado de Direito Liberal, ao longo dos anos, passou a ser insuficiente para atender aos novos interesses sociais. A ausência de preocupação com os problemas sociais, o impacto decorrente da industrialização e do crescimento populacional, bem como a existência de grandes desigualdades impuseram ao Estado a realização de ações com vistas a efetivação da justiça social, nascendo, então, o modelo de Estado Social de Direito, com o intuito de prover a proteção dos interesses sociais, baseado na justiça social.

Em sintonia com estas mudanças, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, o direito constitucional brasileiro passou a disciplinar também as relações privadas, em que foi incorporado ao Direito Civil o

dever de observância aos preceitos constitucionais, gerando uma necessidade de releitura de seus institutos tradicionalmente postos².

Nesse contexto, como aponta PINHEIRO entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais³, em que a supremacia da autonomia da vontade deixa de imperar e os direitos fundamentais passam a influenciar decisivamente as relações privadas, entretanto, ainda, há grande discussão na doutrina a respeito de que forma deve-se dar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Em virtude disso, surgiram várias teorias para explicar esta eficácia.

2. TEORIAS ACERCA DA EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Nas lições de Daniel Sarmiento, a primeira teoria que admite a eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas é chamada de Monista, a qual surgiu no Direito alemão no início da década de 50, que entende pela eficácia imediata dos direitos fundamentais na esfera privada (*Unmittelbare, Direkte Drittwirkung*)⁴. Segundo esta teoria não há necessidade de atuação concretizadora do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário, porquanto decorre da leitura do direito privado conforme a Constituição e considera rompida a distinção entre público e privado.

Já a teoria dualista ou da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais na esfera privada (*Mittelbare Drittwirkung*) foi desenvolvida

¹ PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **Contratos e Direitos Fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 50.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 68.

³ PINHEIRO, op. cit., p. 87.

⁴ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 203.

originariamente na doutrina alemã por Gunter Durig¹. Para esta teoria os direitos fundamentais constituem-se apenas em valores, necessitando, conseqüentemente, da mediação do legislador para definir o âmbito de eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Ademais, alternativamente as teorias acima relatadas, destaca-se a teoria dos deveres de proteção desenvolvida por um segmento da doutrina alemã, especialmente por Claus-Wilhelm Canaris, Joseph Isensee, Stefan Obter e Klaus Stern, a qual atua como meio termo entre as teorias monista e dualista. Esta teoria entende que os direitos fundamentais vinculam somente o Estado e não os particulares, pois somente o direito público é o destinatário dos direitos fundamentais. Nestes termos, o Estado tem o dever de proteger o particular que está sendo violado por outro particular. O particular não invoca os direitos fundamentais diretamente da Constituição, é necessária a intervenção do Estado no caso concreto, através da tutela judicial.

Por fim, Daniel Sarmento traz brevemente a Teoria integradora de Robert Alexy, a qual integra as três teorias. Tal teoria sustenta que eleger qualquer uma dessas três hipóteses é uma suposição, defende um modelo teórico que integre as três teorias em três níveis: a) nível dos deveres do Estado - acolhe a eficácia mediata – normas valem como normas objetivas tanto pelo legislador quanto o juiz; b) nível dos direitos frente aos Estado – acolhe a teoria deveres de proteção; c) nível da relação entre os sujeitos privados – acolhe a eficácia direta e imediata. Na teoria integradora todos os três níveis convergem para uma única direção que é eficácia dos direitos fundamentais em relação aos particulares.

3. O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

¹ Ibid., p. 187/204.

Utilizando-se das palavras de busca: *eficácia, direitos fundamentais e relações privadas* no site de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça verifica-se que não existem muitas decisões que mencionam expressamente a aplicação dos direitos fundamentais nas relações estabelecidas entre particulares. Nas poucas decisões existentes, é possível visualizar a tendência do STJ de aplicar os direitos fundamentais nas relações privadas, pelo menos em alguma medida, para casos concretos específicos.

Em caso julgado recentemente, o STJ entendeu pela prevalência do direito fundamental à vida sobre a autonomia privada, tendo em vista a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, em que: *“os direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”*².

² SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. [...] 6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT

Em outro julgado o STJ, com base nos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, em caso de contrato de previdência privada declarou o direito do companheiro homoafetivo sobrevivente de receber benefícios previdenciários decorrentes do plano de previdência privada, no qual o falecido era participante¹.

VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821) 7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença. BRASIL. STJ. **REsp 962980/SP**. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em <WWW.stj.jus.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

¹Direito civil. Previdência privada. Benefícios. Complementação. Pensão post mortem. União entre pessoas do mesmo sexo. Princípios fundamentais. Emprego de analogia para suprir lacuna legislativa. Necessidade de demonstração inequívoca da presença dos elementos essenciais à caracterização da união estável, com a evidente exceção da diversidade de sexos. Igualdade de condições entre beneficiários. - Despida de normatividade, a união afetiva constituída entre pessoas de mesmo sexo tem batido às portas do Poder Judiciário ante a necessidade de tutela, circunstância que não pode ser ignorada, seja pelo legislador, seja pelo julgador, que devem estar preparados para atender às demandas surgidas de uma sociedade com estruturas de convívio cada vez mais complexas, a fim de albergar, na esfera de entidade familiar, os mais diversos arranjos vivenciais. - O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. - Enquanto a lei civil permanecer inerte, as novas estruturas de convívio que batem às portas dos Tribunais devem ter sua tutela jurisdicional prestada com base nas leis existentes e nos parâmetros humanitários que norteiam não só o direito constitucional, mas a maioria dos ordenamentos jurídicos existentes no mundo. Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre

Com efeito, no caso acima referido o STJ entendeu pela aplicabilidade de vários direitos fundamentais numa relação entre particulares de previdência privada.

Destarte, o Superior Tribunal de Justiça, ao entender pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, tem se fundamentado na decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual decidiu que: *“As violações a direitos*

pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. - O manejo da analogia frente à lacuna da lei é perfeitamente aceitável para alavancar, como entidade familiar, na mais pura acepção da igualdade jurídica, as uniões de afeto entre pessoas do mesmo sexo. [...] - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. [...] Recurso especial provido. BRASIL. STJ. **REsp 1026981/RJ**. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 23/02/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”¹.

Sendo assim, foi possível constatar que o Superior Tribunal de Justiça ao tratar da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas não se filiou a nenhuma teoria específica trazida pela doutrina, nesse sentido destaca SARMENTO:

¹ SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. [...] A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. [...] IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. BRASIL. STF. **RE 201819/RJ**. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. DJe 27/10/2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de agosto de 2012.

Já na jurisprudência brasileira ocorre um fenômeno de certa forma curioso. Não são tão escassas as decisões judiciais utilizando diretamente os direitos fundamentais para dirimir conflitos de caráter privado. Porém, com raras exceções, estes julgamentos não são precedidos de nenhuma fundamentação teórica que dê lastro à aplicação do preceito constitucional ao litígio entre particulares. Na verdade, somente agora vem encontrando eco nos nossos pretórios a fértil discussão sobre os condicionamentos e limites para aplicação dos direitos humanos na esfera privada².

Da análise das poucas decisões existentes acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, extrai-se que o STJ ponderou os direitos fundamentais envolvidos e resolveu especificamente cada caso concreto, sem mencionar a linha de eficácia adotada, vinculando as relações privadas aos direitos fundamentais, mesmo que discretamente.

Nestes termos, através da pesquisa, ora efetuada, verificou-se que ainda são tímidas as decisões na jurisprudência que invocam os direitos fundamentais ao longo de sua fundamentação. Porquanto, existe um déficit muito grande de embasamento teórico dos operadores do direito.

Destarte, em que pesem os direitos fundamentais constarem expressamente na Carta Magna, ainda é preciso percorrer um longo caminho para que eles sejam

²SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 250.

aplicados nas relações privadas pela jurisprudência brasileira, de maneira fundamentada, em atenção as mudanças sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do trabalho ora apresentado, pode-se concluir que o advento da Constituição Federal de 1988, com o Estado Democrático de Direito, centrado na cláusula geral da dignidade da pessoa humana, trouxe a necessidade de releitura dos institutos de direito privado, com a busca da solidariedade e da justiça social, rompendo com a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado do Estado Liberal. Dessa forma, os obstáculos que inviabilizavam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas foram ultrapassados pelo texto expresso.

SARMENTO conclui que, de modo geral, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígio privados¹.

No entanto, ousar discordar de tal doutrinador, eis que tendo a parte lesada necessitado propor uma ação judicial, para pugnar pela aplicação de um ou mais direitos fundamentais na relação estabelecida entre particulares, não é possível se falar em uma aplicação imediata e direta de tais direitos.

Especialmente nos casos privados sempre haverá a necessidade de uma declaração judicial para que ocorra a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Dificilmente o particular terá seus direitos assegurados numa relação contratual, sob a simples alegação à outra parte de que está infringindo a órbita de seus direitos fundamentais. Por exemplo, um usuário de plano de saúde que teve a recusa de cobertura de sua operadora de plano de saúde, alegando administrativamente a

infringência aos direitos fundamentais à vida e à saúde, provavelmente não terá seus direitos assegurados, senão através de uma decisão judicial obrigando a cobertura.

Por isso, ao meu entender, a discussão acerca da forma de incidência desses direitos nas relações travadas entre particulares é irrelevante, pois impreterivelmente será necessária a intervenção judicial, com a ponderação dos bens envolvidos, para justificar a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas.

Assim sendo, muito mais importante do que discutir a forma de incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, seria discutir e cobrar uma postura dos Tribunais brasileiros em consonância com a nova ordem constitucional, com vistas a fundamentar suas decisões nos direitos fundamentais em detrimento da autonomia privada.

Como muito bem fundamenta CLÈVE o direito necessita de operadores competentes para se concretizar as mudanças sociais. E esta revolução social pode ser realizada pelo direito, mudando-o por um lado, e sendo legitimada por ele².

Nestes termos, para a concretização do Estado Democrático de Direito, concebido pela Constituição de 1988, é fundamental um ensino jurídico de qualidade para a formação dos operadores do direito, para que estes tenham suporte teórico principiológico, superando de vez a dogmática clássica positivista de que o juiz é apenas a “boca da lei”, para o fim de alcançar as idealizações de solidariedade e justiça social.

Em conclusão, CLÈVE destaca que: *“um ensino jurídico de qualidade é condição indispensável para a formação do jurista apto a manejar o direito de modo a facilitar e dar sentido à mudança social”*¹.

¹ Ibid., p. 255.

² CLÈVE. Clémerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. STJ. *REsp* 1026981/RJ. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. DJe 23/02/2010. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. STJ. *REsp* 962980/SP. Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO. DJe 15/05/2012. Disponível em <WWW.stj.jus.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

BRASIL. STF. *RE* 201819/RJ. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. DJe 27/10/2006. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 de agosto de 2012.

CLÉVE. Clémerson Merlin. *Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Contratos e Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

¹ CLÉVE. Clémerson Merlin. **Para uma Dogmática Constitucional Emancipatória**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 83.

OS DONOS DO PODER: UMA ANÁLISE DO PODER SIMBÓLICO EXERCIDO PELOS JURISTAS

Allan Mohamad Hillani¹

Maurício Corrêa de Moura Rezende²

Palavras-Chave: *Poder Simbólico; Instrumentos de Dominação; Jurista;*

Keywords: *Symbolic Power; Domination Instruments; Jurist;*

É praxe comum em diversos âmbitos sociais – notadamente no jurídico – o tratamento diferenciado que recebem os diferentes sujeitos de acordo com características visíveis e perceptíveis desde logo, tais como vestimenta, linguajar ou adereços. Contata-se, assim, que o jurista possui, na sociedade contemporânea, autoridade (tomada em sua concepção mais rasteira, comum). A origem dela, porém, exige um estudo histórico mais dedicado para ser entendida.

Nessa direção aponta Sérgio Buarque de Holanda (1995), que traz como a ética fidalga sempre foi característica dos povos ibéricos, nossos colonizadores. Diferente do resto da Europa Continental, na Espanha e em Portugal uma aristocracia fixa nunca chegou a se instaurar. A alternância de indivíduos nas posições sociais era

¹ Acadêmico de direito do terceiro ano da UFPR. Voluntário de Iniciação Científica (PIBIC) sob orientação da Prof^a. Dr^a. Vera Karam de Chueiri. Membro do núcleo Constitucionalismo e Democracia da PPGD da UFPR. E-mail: allanmh92@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1994063430836462>.

² Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Pós-graduado em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais sobre Teoria da Justiça, Democracia e Intervenção do Programa de Pós-Graduação de Direito da UFPR. E-mail: mauriciocdmr@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6840046746818952>.

tida como natural e constitutiva da cultura desses povos, inclusive se refletindo de diversas maneiras, como na dificuldade de existir uma adesão às religiões do trabalho ou um poder centralizado sem o uso da força, pois “em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida”(p. 32).

A cultura da personalidade foi desenvolvida ao extremo pelos portugueses e isso se mostra como estrutural nos povos resultantes de seus processos de colonização. “Para eles [os ibéricos], o índice do valor de um homem infere-se, antes de tudo, da extensão em que não precise depender dos demais, em que não necessite de ninguém, em que se baste” (p. 32). Isso evidencia o valor dado ao esforço pessoal mesmo antes da ascensão da burguesia mercantil, que, inclusive, por não ter tido que romper completamente com uma ordem feudalista e aristocrata anterior – como no resto da Europa – conseguiu adaptar a Europa ibérica a esses novos valores de maneira muito mais simples, porém incompleta, visto que diversas tradições se mantiveram. Não foram, portanto, completamente extirpados os costumes aristocráticos e alguns elementos da vida medieval mantiveram seu valor (p. 36).

Aí se evidencia uma diferença entre a *cultura da personalidade* e a *cultura do indivíduo*, visto que essa veio de um rompimento radical com a ordem vigente anterior e aquela de uma conjugação entre os novos e os velhos valores. A cultura da personalidade, herança dos nossos colonizadores, acabou sendo triunfante e de grande importância para a cultura brasileira, como fica evidente na construção do Estado Brasileiro independente e da importância do bacharelismo nesse processo histórico. O bacharelismo, observou-se, é constitutivo da criação do Estado Nacional brasileiro e da intelectualidade produzida aqui.

Os cursos jurídicos no Brasil se fundaram sobre a mentalidade do individualismo político e do liberalismo econômico e a construção do Estado Nacional

reivindicava tanto a autonomização cultural quanto a burocratização do aparelho estatal (uma vez que a burocracia impediria os arroubos do poder dos governantes, ojerizado pelos liberais). Essa combinação, somada às alianças da elite política e governante, permitiu algum êxito do Estado Nacional patrimonial (Adorno, 1988, p. 77-78). O papel dessa *intelligentsia* foi fundamental nesse processo, visto que o Estado Nacional acabou se tornando um Estado de Magistrados. “O bacharel acabou por constituir-se, portanto, em sua figura central porque mediadora de interesses privados e interesses públicos, entre o estamento patrimonial e os grupos sociais locais” (p. 78). A compreensão da importância histórica dos bacharéis nos ajuda a analisar seu papel na nossa sociedade atual e sua relação com a cultura da personalidade, significativa para o brasileiro. Como coloca Sérgio Buarque de Holanda, “o que importa salientar aqui é que a origem da sedução exercidas pelas carreiras liberais vincula-se estreitamente ao nosso apego quase exclusivo aos valores da personalidade” (p. 157).

Nesse esteio, diferença entre o *indivíduo* e a *pessoa*, entre a cultura individualista e a cultura da personalidade, deve ser constatada para compreender melhor a realidade brasileira e as relações de poder aqui existentes (Damatta, 1997, p. 220). Anterior a esse debate, ainda, é a constatação, indo na contramão de Hegel, da oposição entre o *Estado* e a *família*, pois “só pela transgressão da ordem doméstica e familiar é que nasce o Estado e que o simples indivíduo se faz cidadão” (Holanda, 1995, p. 141). O Estado, a impessoalidade, a burocracia são, portanto, negação da pessoalidade, da proximidade, da afetividade da família. O Estado, criação moderna por excelência, rompe com a família, resquício histórico preponderante no medievo. As relações de emprego negam as corporações de ofício, por exemplo (p. 142).

O *indivíduo* está ligado à ideia de formalidade, impessoalidade, como já dito. Nas sociedades liberal-democráticas consolidadas, todos são indivíduos, iguais, ideais: sujeitos de direito. Não há hierarquia nem privilégios, portanto. Todos

cumprem a mesma lei, sofrem as mesmas sanções, têm os mesmos direitos. A *pessoa*, por sua vez, está ligada à ideia de diferença, de afeto. As pessoas não são iguais umas às outras, são diferentes e podem, portanto, ser dispostas hierarquicamente. Uma podem mais que outras, uma são mais belas, mais inteligentes, mais astutas que outras. *Pessoa e indivíduo* se contrastam o tempo todo e esse conflito dialético é fundamental para compreender a dinâmica do universo social brasileiro (Damatta, 1997, p. 221).

Pondera Roberto DaMatta (1997) que o conceito de indivíduo comporta três eixos. Primeiro, o indivíduo como realidade concreta. Não há formação social humana sem indivíduos. Porém, apesar de toda sociedade humana ser composta de indivíduos, apenas a sociedade ocidental colocou esse fato no centro de sua elaboração ideológica e essa é justamente a elaboração que interessa. O conceito de indivíduo, então, recebe elaborações distintas: de um lado as elaborações do *eu individual*, em que a sociedade está subordinada ao indivíduo, de outro, a elaboração holística, hierarquizante e tradicional, que coloca o indivíduo como parte da sociedade, como uma vertente coletiva da individualidade. A primeira se pauta pela igualdade, a segunda, pela complementaridade. A primeira resulta no *indivíduo*, a segunda na *pessoa* (p. 222-223). “O lugar do indivíduo – em oposição ao lugar da pessoa – é nos sistemas onde inexistem segmentos, ou melhor, onde os grupos que ocupam o lugar dos segmentos tradicionais são associações” (p. 224). O *indivíduo* não tem mediação entre ele e o todo, a *pessoa* tem. O *indivíduo* faz as normas sociais, a *pessoa* recebe. Os *indivíduos* são iguais, as *pessoas* complementares. Sua consciência é individual e não social (p. 224-225). E é nessa dialética que constituímos nossa cultura, mesmo que a cultura da personalidade seja predominante, ou como diria Sérgio Buarque de Holanda (1995):

Nosso temperamento admite fórmulas de reverência, e até

de bom grado, mas quase somente enquanto não suprimam de todo a possibilidade de convívio mais familiar. A manifestação normal de respeito em outros povos tem aqui sua réplica, em regra geral, no desejo de estabelecer intimidade (p. 148).

A figura do *homem cordial* de Sérgio Buarque de Holanda exprime bem isso. Desde a nossa relação de aversão à polidez em prol de uma relação mais íntima até quando, mesmo no âmbito estatal, *individualista* por natureza, para os cargos de função pública relevante indicamos pessoas de confiança e não necessariamente os mais bem preparados escolhidos por uma lógica meritocrática (p. 146-147). A interação dialética entre o *indivíduo* e a *pessoa* na sociedade brasileira fica escancarada nos momentos de dramatização envolvendo ritos autoritários, que visam revelar a posição hierárquica antes escondida pela capa do individualismo.

Bourdieu (2010), complementarmente, define o *poder simbólico* como sendo aquele “poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (p. 8). É importante ressaltar que essa função do *poder simbólico* cega não só o dominado como também o dominador e demonstra que os mecanismos de dominação não obtêm sucesso se não conseguirem de esconder de ambos, dominados e dominadores, essa relação de dominação (Colas, 2008, p. 134-135).

A dominação é definida, porém, não como uma estrutura de obediência, como teorizou Weber, mas sim como um mecanismo de imposição de lugares e tensões dentro de um campo e essa disposição hierárquica se faz a partir das diferenças de acumulação de capital (p. 136): “A dominação encontra aqui um sentido espacial: a qualidade de dominante é menos aquela do dono cuja ordem tem uma chance de ser

obedecida (Weber) que a posse de uma posição (social) mais elevada”¹(p. 140). O diploma de bacharel, por sua vez, se revela enquanto capital cultural², o que significa que o diploma não se encerra em si mesmo e possui um significado maior do que a simples comprovação de um conhecimento. Além disso, os títulos escolares não garantem somente a capacidade de exercer certa tarefa, mas sim toda uma “cultura geral”, elevam os sujeitos ao nível de “nobreza cultural” (Bourdieu, 2008, p. 28), cultura essa que é elemento essencial no processo de distinção visto que:

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções (Bourdieu, 2010, p. 10).

É importante ainda ressaltar que o poder simbólico é um poder tão efetivo quanto os outros. Aliás, “o poder simbólico [...] é uma forma transformada, quer dizer, irreconhecível, transfigurada e legitimada, das outras formas de poder” (Bourdieu,

¹ Tradução livre de: “La domination retrouve ici un sens spatial: la qualité de dominant est moins celle du maître dont l'ordre a une chance d'être obéi (Weber) que la possession d'une position (sociale) plus élevée”.

² O capital cultural pode ser dividido em três: o incorporado, que seriam habilidades pessoais, o objetivo, que seriam obras de arte e afins, e o institucionalizado, socialmente sancionado por instituições, como o diploma. LIMA, 2006, p.110).

2010, p. 15), tendo como característica primordial “a crença na legitimidade das palavras e daquele que as pronuncia, crença cuja produção não é da competência das palavras” (p. 15), característica que será fundamental para estudar os ritos autoritários mais adiante.

As vestimentas e a linguagem características dos *juristas* também são instrumentos que comportam capital cultural e simbólico e ajudam na disposição hierárquica da sociedade. A roupa e o “*juridiquês*”, por exemplo, remetem a uma figura de seriedade, responsabilidade, que, portanto, deve ser respeitada. Mas há uma diferença entre levar algo *a sério* e ser *sério*. Quando se leva *a sério*, se vai ao encontro do objeto da seriedade, quando se é *sério*, coisifica-se enquanto objeto de seriedade. Um é dinâmico, o outro estéril; um revigora o mundo de possibilidades, o outro o reduz (Gomes, 1980, p. 14).

Entre os brasileiros, percebe-se, ainda mais quando se trata da intelectualidade, está disseminado o hábito de optar pelo *sério* em vez do *a sério*: “No intelectual brasileiro que discursa, triunfa o sério – expressão de uma classe privilegiada diante da multidão analfabeta. No homem sério triunfa a razão ornamental” (p. 17), e logo em seguida o próprio Roberto Gomes traz o exemplo do terno e gravata e de como, apesar da incompatibilidade climática entre ele e o calor desta terra, insistimos nele como traje oficial de eventos importantes; é como se o discurso em terno e gravata fugisse da realidade brasileira (p.17).

A Razão Ornamental, o apreço por essa estética intelectual, pelo *bem falante*, gerou, de certa forma, o trunfo do bacharel – e do *jurista*, por consequência (Gomes, 1980, p. 69-70). Isso está diretamente ligado ao apreço pelas qualidades pessoais, pelo talento, pelo *homem que se basta*. Também podemos enxergar a vestimenta e a linguagem como objetos portadores de capital cultural, social e simbólico. Sobre a roupa, especificamente, podemos comparar o traje do *jurista* – seja

ele o terno e gravata, a toga ou qualquer outro – com a farda. Essas roupas, por serem típicas de certas posições sociais, têm por objetivo esconder o portador, proteger o papel desempenhado e ainda separar, distinguir, o seu papel naquele momento dos outros papéis desempenhados na vida diária (Damatta, 1997, p. 60-61), distinção que gera dominação.

A *farda* individualiza o sujeito. Separa o papel a ser desempenhado naquele momento com os outros desempenhados pela mesma pessoa. O terno e a gravata não são *fantasia*, portanto, pois a fantasia une uma diversidade dos papéis praticados pela mesma pessoa cotidianamente. Outro ponto relevante é que as *fardas* remetem a papéis reais a serem exercidos e demonstram claramente posições sociais, não só posições, mas “posições centrais da estrutura social, já que são símbolos de poder na ordem social” (Damatta, 1997, p. 61), hierarquizam para que a dominação seja exercida.

Tal como “O homem que sabia javanês”, do célebre conto de Lima Barreto, o saber jurídico ainda permanece muito arraigado a noções meta-jurídicas ligadas à noção de bacharelismo, que ostenta uma série de figuras simbólicas de modo a se apartar das demais profissões e ofícios mais “mundanos”, sem a altivez que se impõe àqueles que lidam com as regras sociais e que buscam exhibir, *de per se*, um conhecimento que nem sempre se constata. Esse discurso, disseminado socialmente não apenas pela prática cotidiana dos juristas, mas igualmente nas expectativas de boa parte dos indivíduos, pôde ser explicitada em documento escrito, abaixo transcrito, que, sob o pretexto de ser obra que introduza o recém-ingresso no curso de Direito, compendia a essência daquilo que ora se examina:

O profissional do Direito tem as suas peculiaridades. O que é permitido para um arquiteto ou um esportista não o será para um advogado, Juiz, Delegado ou outra carreira jurídica. Refiro-me à postura, às roupas, à aparência. Por

exemplo, barba por fazer e nó da gravata frouxo podem ser charmosos para um *designer*, por exemplo. No entanto, ficarão muito mal para um advogado. A cintura à mostra pode cair muito bem para uma professora de educação física de uma academia de ginástica. Mas não será adequada no ambiente forense. [...] Queiramos ou não, todas as profissões carregam consigo um tipo que fica no imaginário popular [...] É imprescindível adaptar-se às convenções sociais (FREITAS, 2007, p. 50-51).

O que se constata, assim, é que a formação cultural e meta-jurídica no Brasil se imbuí de uma estrutura discursiva embebida na figura da *distinção*, com o fito de ratificar estruturas de poder simbólico cômodas aos indivíduos que se valhem dessas mesmas estruturas para ter acessos e, cotidianamente, privilégios personalistas em uma sociedade de indivíduos. A “imagem” passada por e exigida do jurista é, assim, assentada no “imaginário popular” e é uma prática bastante frequente no “ambiente forense”.

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se esteja cercado, como visto acima, pela formalidade ou ao menos pela aparência formal, também se lhes nega quando tal expediente representa um entrave – algo bastante comum na cultura do brasileiro. Nessa contradição que surge o *jeito*, tão idealmente condenado e materialmente praticado. O *jeito* é a outra face do rito autoritário do *sabe com quem está falando?*, pois um parte do princípio da conciliação e o outro da radicalização, mas ambos estão fundados na mesma cultura da personalidade, como ficará evidente a seguir.

O *jeito* se constitui a partir da não-radicalização. *Dar um jeito* é evitar o conflito por meio da conciliação. Isso inclusive explica a tendência da razão brasileira ao ecletismo: não que se aprecie o ecletismo, mas se condena o fanatismo e o *jeito* é

justo a expressão dessa condenação (Gomes, 1980, p. 43-44). O *jeito* também é a maneira encontrada para colocar valores mais importantes acima da formalidade e da burocracia e é sobre esse ato, a partir do estudo de Roberto DaMatta, que nos aprofundaremos a seguir. O rito autoritário do *sabe com quem está falando?* Consiste na drástica distinção, vinda de cima pra baixo, entre duas posições sociais existentes ou teoricamente construídas. A sociedade brasileira repudia a conflituosidade, e o *jeito* é a representação disso por excelência. Mas repudiar o conflito não significa sua não existência, significa somente que ele não seja enaltecido, que esteja escondido. E quem o esconde é bem específico, visto que “as camadas dominantes e vencedoras sempre adotam a perspectiva da solidariedade, ao passo que os dissidentes e dominados assumem sistematicamente a posição de revelar o conflito, a crise e a violência do nosso sistema” (p. 184).

O repúdio à discórdia e à crise é estrutural em um sistema preocupado com as posições sociais. Numa sociedade em que as engrenagens são conduzidas de maneira a tornar a hierarquia algo natural, é lógico que os conflitos sejam vistos como irregularidades, como desarmônicos. Havendo um forte pacto entre fortes e fracos para garantir essa harmonia, a ideia de *consideração* se torna valor fundamental (p. 184). Nessa conjuntura, o conflito não pode só ser considerado uma crise no sistema, mas sim uma revolta que precisa ser reprimida. Uma crise seria consertada por meio de um rearranjo estrutural, uma revolta tem de ser pessoalmente circunscrita e eliminada: castiga-se o agente e mantém o sistema. Esse é o caso do rito autoritário em questão, que não se apresenta enquanto uma atualização de valores e princípios, mas sim como um repúdio a certos traços pessoais (p. 185).

É importante também ressaltar que, não só a sociedade brasileira é hierarquizante, como também que os brasileiros têm plena consciência disso, reivindicando a todo instante sua posição social, tendo preocupação com a

manutenção, perda ou ameaça dessa posição. Não só isso, como às vezes, mesmo pessoas de inferioridade estrutural utilizam o *sabe com quem está falando?* com semelhantes, se respaldando na função do patrão ou do pai, reivindicando uma projeção social que não é sua, o que nos remete à importância dos laços afetivos na dominação: esse é o fenômeno da diferenciação sistêmica dos iguais (p. 188-193). O *sabe com quem está falando?*, especificamente, age com a revelação de estruturas ocultas que organizam o poder – ou idealmente organizam o poder, mas que são reivindicados enquanto tal. Quando ocorre esse *drama*, as regras sociais são suspensas e os atores, repletos de raiva e indignação, se entregam ao confronto cara a cara buscando acabar com o adversário (p. 208-210). É, assim, um instrumento que, por um lado, está perfeitamente aliado às praxes de exercício de poder calcadas na personalidade do brasileiro, que se reportam a um poder que transcende a própria individualidade – mas, por outro, negam e demonstram a falência de todos os demais: invocar o *sabe com quem está falando?* é, de modo abrupto, escancarar aos sujeitos envolvidos as relações que permeiam os indivíduos, com vistas à personalidade do tratamento, uma vez que o *jeito*, as vestimentas, e o linguajar não permitiram que tal tratamento diferenciado e hierarquizante se estipulasse de modo silencioso e não-conflituoso. A invocação de saber-se com quem se está falando é, assim, a demonstração da praxe estudada, e, ao mesmo tempo, a demonstração da falha de todos os outros instrumentos para manter a homeostase das relações de personalidade.

Quando o mais forte derrota o mais fraco, essa é a prova de que o mundo é cruel, que o melhor é nos orientarmos para *casa*, para a *família* – onde as relações são afetivas e *personais* – e não para a *rua*, onde a crueldade e a injustiça estão em seu ápice (p. 210). É o momento em que se desprezam as relações *individuais* que supostamente regem nossa sociedade revelando as verdadeiras condutoras do universo social: as relações *personais* de hierarquia, dominação e desigualdade. É como se os

interlocutores se transformassem de sujeitos anônimos, *indivíduos*, em *pessoas* bem específicas, ou como traz DaMatta:

O que marca a situação e a torna dramática é justamente a peripécia do desvendamento de outras identidades sociais, que vem liquidar de pronto o anonimato de que está reclamando contra o representante de um sistema bem definido de manutenção da ordem. Quem se considera agredido (pela regra geral) torna-se agressor, com o aparentemente fraco e desconhecido transformando-se em forte e mais conhecido (p. 211).

Com esse tipo de possibilidade conflitual iminente, é necessário estar bem atento para a pessoa com quem falamos, o que nos leva a uma relação social íntima, até mesmo descontraída, no Brasil. A nossa *cordialidade*, portanto, está ligada dialeticamente à brutal lógica das identidades sociais, suas descobertas e a oscilação do sistema entre cumprir a lei e respeitar a pessoa (p. 216). A partir disso, é possível analisar o conflito entre duas éticas: a burocrática e a pessoal. O *sabe com quem está falando?* se apresenta enquanto tentativa de burlar, passar por cima de uma, é uma reivindicação de uma *pessoa* ao ser tratado enquanto *indivíduo*.

O *sabe com quem está falando?* é, em resumo, uma ferramenta desveladora da realidade nua e crua. É utilizada de maneira violenta, vale ressaltar, pois é a partir da violência que é possível hierarquizar quando os outros meios – vestimenta, linguagem – falham irremediavelmente (p. 214). É o instrumento utilizado pelos superiores estruturais para que sua aparência de igual perante aquele com quem se relaciona desapareça e seja substituída por uma identidade própria e valorosa. Sendo

os *juristas*, como já foi historicamente demonstrado, alguns desses superiores estruturais, é possível perceber a manutenção dessas práticas por estes que supostamente são os defensores da legalidade e da justiça, escancarando uma grande contradição de nosso sistema..

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010

BOURDIEU, Pierre. *A distinção: crítica social do julgamento*. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2008.

CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a elite política imperial; Teatro de Sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Editora UFRJ; Relume-Dumará, 1996.

COLAS, Dominique. *Sociologie politique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2008.

DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Curso de Direito – antes, durante e depois*. Campinas: Millenium, 2007.

GOMES, Roberto. *Crítica da razão tupiniquim*. São Paulo: Cortez, 1980.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. O discurso jurídico dos cursos de direito no Brasil: reflexões a partir das teorizações de Pierre Bourdieu. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Direito e discurso: discursos do direito*. Florianópolis: Boiteux, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PRODUÇÃO E REPRODUÇÃO DO “JEITINHO BRASILEIRO” E SUA INFLUÊNCIA NA EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS

Maurício Seraphim Vaz¹

RESUMO

O objetivo inicial deste estudo, realizado por meio de pesquisa teórica majoritariamente bibliográfica, é investigar a história das invasões estrangeiras na península ibérica, como se deu a formação do Estado de Portugal, a colonização do Brasil, as revoltas separatistas e sua independência e, finalmente, a proclamação da República. Esta investigação é fundamentada para descobrir em qual contexto esse modo de ser e agir chamado “jeitinho brasileiro” surgiu no Brasil e como ele se consolidou em nossa cultura. A partir da compreensão de que o “jeitinho brasileiro” foi consolidado a partir de uma democratização dos privilégios das classes altas, que nunca precisaram obedecer a legislação e nem as normas sociais postas, passa a ser possível entender como ele permanece até os dias atuais atuante em todas as camadas sociais e por toda extensão territorial. A partir desta conclusão intermediária, passa a ser possível delimitar as características do “jeitinho” e com qual finalidade ele é utilizado pela sociedade brasileira, com destaque no que diz respeito à influência deste na (des)obediência da legislação. Neste último momento, a pesquisa é aprofundada e é verificado se o “jeitinho brasileiro” é utilizado no cotidiano jurídico brasileiro e se pode ser associado à falta de eficácia das normas em um contexto geral.

Palavras-chave: *Sociologia aplicada ao Direito – Antropologia aplicada ao Direito – “Jeitinho Brasileiro” – Ineficácia das normas.*

ABSTRACT

The initial objective of this study, realized with theoretical research literature overwhelmingly, is to investigate the history of the foreign invasions occurred in the iberian peninsula, how the formation of the State of Portugal took place, the colonization of Brazil, the separatist revolts, its independence, and, ultimately, the proclamation of the Republic. This investigation is grounded to discover the context in which this way of being and acting called "brazilian Jeitinho" appeared in Brazil and how it was consolidated in our cultural background. With the understanding that the "brazilian jeitinho" emerged from a democratization of the privileges of the upper classes, who never had to obey the law neither the established social norms, it is possible to understand how it remains to this day in all social classes and across all territorial extension. From this intermediate conclusion, it becomes possible to identify the characteristics of the "jeitinho" and for what purposes it is used by brazilian society, particularly in regard on its influence of (dis)obeying the law. At this point, the research gains depth and is verified if the "brazilian jeitinho" is used in everyday brazilian legal routine and if it can be associated with lack of effectiveness of rules in a general context.

Keywords: *Sociology applied in Law – Anthropology applied in Law – “brazilian jeitinho” – Lack of effectiveness of rules.*

¹ Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV. Advogado.

INTRODUÇÃO

Roberto DaMatta aponta reiteradamente em sua obra um elo de ligação entre a transgressão de normas e a cultura brasileira (mais especificamente no que diz respeito à malandragem, ao jeitinho, ao “você sabe com quem está falando?”, ao carnaval, etc.) (DAMATTA, 2008, p. 96). Este artigo procura explicar sinteticamente como esse processo foi deflagrado. Como a cultura das transgressões que vivemos hoje se iniciou e se pode ser associada à falta de eficácia das normas jurídicas postas pelo Estado atualmente.

Antes, porém, de iniciar o estudo que se inicia pela história de Portugal e do Brasil, é importante ressaltar uma observação sociológica preponderante para a compreensão de como determinado comportamento social se perpetua indefinidamente no tempo. O sociólogo alemão Reinhard Bendix verificou que as estruturas e atitudes sociais tendem a persistir em uma determinada sociedade mesmo depois que as causas que originaram esta estrutura e estas atitudes sociais não mais existem. Assim, quando uma ação é tomada de forma a influenciar uma sociedade como um todo, essa influência tende a permanecer, se fixando como parte da cultura desta sociedade, influenciando o desenvolvimento daquele povo, seja positivamente ou negativamente. Mesmo quando a causa desse comportamento deixa de existir, a cultura mantém-se conservada (BENDIX, 1996, p. 43).

Esse fenômeno observado por Bendix permite compreender e aceitar que fatos ocorridos em um passado tão remoto, como a colonização portuguesa e brasileira, continuam influenciando a cultura da sociedade brasileira nos dias presentes.

1. HISTÓRIA PORTUGUESA E BRASILEIRA

A península Ibérica, antes de ser invadida pelo Império Romano, possuía algum tipo de Direito estabelecido. Este Direito deve ser compreendido como uma instituição permanente, assim como a religião, a arte ou a família, estabelecido de acordo com o saber local, contendo suas particularidades, mas definidor de pressupostos abstratos e consequências previamente estabelecidas (GEERTZ, 2003, p. 324-328).

Quando foi incorporada pelo Império Romano, a cultura existente nas pessoas daquele local foi, obviamente, impactada. Porém, não é apenas a cultura dos habitantes do local ocupado que é alterada. A própria cultura dos estrangeiros imigrantes tende a ser modificada. Esse fenômeno ocasiona uma reinvenção criativa dos esquemas convencionais e, consequentemente, uma mudança histórica na cultura das duas sociedades que passaram a interagir naquele espaço ocupado (SAHLINS, 2003, p. 7).

Um exemplo importante dessa negociação dialética que ocorreu entre a sociedade ibérica ocupada e a sociedade romana invasora diz respeito à manutenção da estrutura normativa das regiões anexadas. Todas as regiões conquistadas pelo Império Romano possuíam, concomitantemente, normas romanas que se aplicavam aos cidadãos romanos e normas regionais, derivadas do direito consuetudinário da região conquistada, que se aplicavam ao restante das pessoas que não eram considerados cidadãos de Roma (ROSENN, 1998, p. 20). Não se tratava, necessariamente, de uma escolha ou estratégia adotada pelos ocupadores, mas um resultado dialético do encontro de duas realidades culturais diferentes. Para contornar os conflitos e alcançar a “paz romana” (desejada pelas duas sociedades) o Direito progrediu para este novo formato com dupla normatividade, evitando a continuidade dos conflitos (GEERTZ, 2003, p. 330-331).

Com a decadência do Império Romano no século V, a região que hoje se denomina Portugal foi invadida pelos visigodos e, três séculos depois, pelos mouros. Durante esse período, todos os novos invasores mantiveram a dualidade normativa entre os conquistados e os conquistadores (ROSENN, 1998, p. 20-21). Quando os mouros foram expulsos de Portugal, esta tradição do pluralismo legal que existia na região por 14 séculos continuou sendo utilizada pelos reis portugueses. A cultura da sociedade naquela ocasião não oferecia plena liberdade de escolha para que esse paradigma estabelecido fosse rompido; ao contrário, se tratava de uma liberdade condicionada dentro de um horizonte de possibilidades limitadas (GINZBURG, 2006, p. 20).

Ao passo em que os mouros eram expulsos de determinada região, os reis concediam por meio de decretos municipais alguns privilégios especiais, chamados de forais. Várias classes passaram a ter um prestígio maior, como a nobreza, militares, clero entre outras associações, as quais não precisavam seguir a jurisdição ordinária da corte do rei. Eles eram governados por seus próprios forais e criavam leis e cortes especiais (ROSENN, 1998, p. 21).

A história de Portugal passou a ser construída no interior de sua própria sociedade da mesma forma e com as mesmas premissas em que ocorria durante a negociação cultural entre as diferentes sociedades invasora e invadida (SAHLINS, 2003, p. 9). Essa construção levou à geração de um Estado dividido hierarquicamente.

O sociólogo francês Louis Dumont classificou as sociedades divididas hierarquicamente como tradicionais (CORRÊA, 2006, 361). Nesta terminologia empregada por ele, esta sociedade era composta por pessoas que haviam naturalizado socialmente a percepção cultural de que as sociedades são divididas em castas. A contraposição deste tipo tradicional são as sociedades modernas individualistas (CORRÊA, 2006, p. 362).

Até a ocasião da colonização do Brasil, Portugal ainda não havia passado por um momento de ruptura que poderia transformar a sociedade portuguesa tradicional em uma sociedade moderna individualista. Por essa razão, a cultura portuguesa foi exportada para o Brasil com todas as características de uma sociedade tradicional holista e a cultura brasileira que por aqui se construiu manteve estes atributos (FAORO, 2001, p. 104).

Neste tipo de sociedade, dividida em classes sociais hierarquicamente separadas e na qual a transposição de um indivíduo de uma classe para outra é dificultada pelas barreiras culturais, o desenvolvimento de cada pessoa passa a não depender de suas capacidades individuais. Consequentemente, o que resta às pessoas para crescer socialmente e atingir um patamar superior é uma boa rede de contatos familiares ou de amizade. Neste ambiente surge a cordialidade do povo brasileiro e a forma com que desde muito cedo em nossa história percebe-se o hábito constante das pessoas ditas comuns de tentar uma aproximação daquelas de uma classe social superior, repetindo a tradição congênita verificada nos portugueses de fazer prevalecer as relações de parentesco, amizade e vizinhança sobre qualquer forma de ordenação impessoal (HOLANDA, 1995).

Neste momento histórico cultural de estabilidade econômica de Portugal, propiciada pelo “bombeamento de riquezas para a metrópole” (FAORO, 2001, p. 202), um fenômeno universal percebido por Carlo Ginzburg, chamado de circularidade da cultura (2006, p. 10), ocorreu na sociedade brasileira de então. Como já foi mencionado, a sociedade brasileira era holista e dividida em “castas” sociais. Cada faixa social possuía, em princípio, uma cultura própria. No entanto, como estas diferenças sociais eram internalizadas pela sociedade, não havia nenhum conflito quando a cultura de uma classe social se chocava com outra. Ao contrário, ocorria uma troca entre elas, uma circularidade de atributos, capaz de modificar com o passar do

tempo a própria cultura social de ambas as classes sociais de forma dialética, fazendo surgir uma terceira.

Com o passar do tempo e por meio desta circularidade cultural, a colonização do Brasil se desenvolveu de tal forma que fez surgir por aqui um sentimento nacional diverso do português (FAORO, 2001, p. 280). Aliado a isto, o país, no final do século XVIII, enfrentou uma crise econômica disparada por uma série de fatores diferentes (principalmente escassez das minas de ouro e queda nas exportações) (FAORO, 2001, p. 280-281) e, após a chegada da família real, as despesas da Coroa no Brasil quadruplicaram (FAORO, 2001, p. 290). A solução que a Coroa encontrou para lidar com a questão foi aumentar os impostos, o fiscalismo e a tirania (FAORO, 2001, p. 281; p. 296). Como consequência, parte do povo brasileiro passou a desejar a libertação de sua matriz europeia (FAORO, 2001, p. 300).

Não havia entre a Coroa recém-chegada e os estabelecidos no Brasil uma força coesiva ou sentimento de pertença. Ao contrário, o desembarque dos milhares de portugueses ocasionou uma série de tensões intimamente ligadas ao desequilíbrio do poder que passou a ocorrer (ELIAS, 2000, p. 37). Os integrantes dos grupos estabelecidos no Brasil, ameaçados a perder seu quinhão de poder (status e privilégios), passaram a sentir a necessidade de lutar para impedir seu rebaixamento social ou a divisão de seus direitos e propriedades com os imigrantes que se encontravam em ascensão naquele momento (QUINTANEIRO, 2010, p. 119).

A partir desta fase histórica, algumas das lutas e revoluções mais relevantes da história do Brasil passaram a ocorrer, como a Inconfidência Mineira em Minas Gerais, a Revolução dos Alfaiates na Bahia, a Revolução dos Padres em Pernambuco, etc. Diante do franco descontentamento nacional, D. João VI orientou seu filho que seria melhor para a Coroa que o Brasil fosse “libertado” por ele do que por qualquer outro aventureiro. Nessa conjuntura, D. Pedro I se torna Defensor

Perpétuo do Brasil e negocia a independência brasileira com a Coroa Portuguesa (FAORO, 2001, p. 309-315).

Durante o período imperial do Brasil, em uma análise rasa, nada se alterou e grande parte do que ocorreu no período colonial se repetiu. As hierarquias sociais se mantiveram e a dualidade normativa continuava existindo. Após um período em que a sociedade aguardou por mudanças que nunca foram efetivadas, cresceu a insatisfação com o poder estabelecido e novas revoltas ocorreram por toda região nacional. Ao final, estas revoltas se mostraram infrutíferas e grande parte dos revoltosos foi massacrada pelas forças armadas imperiais. O período imperial apenas foi encerrado quando membros pertencentes ao poder – mais especificamente do alto comando das forças armadas – organizaram o movimento que transformou o Império em República.

Portanto, no Brasil, as revoluções “transformadoras” (Colônia para Império e Império para República) partiram de inspiração intelectual e sentimental. As conquistas realizadas vieram de surpresa e foram auferidas pela grande massa com uma mistura de displicência com hostilidade. A democracia instaurada no Brasil foi importada pela aristocracia que a adaptou para que seus privilégios pudessem ser mantidos (HOLANDA, 1995, p. 160). Em outros termos, aqui ocorreu uma superposição do modelo de regime representativo construído lentamente na Europa a uma estrutura econômica e social inadequada (LEAL, 1978, p. 20), incapaz de romper com o padrão tradicional hierárquico existente, porém mantenedora de uma fachada externa que acenava como lema os ideais modernos individualistas que estavam em voga na Europa e Estados Unidos.

Este desdobramento merece alguns destaques. A divisão hierárquica de classes permanece, mas surge um arcabouço ideológico ilegítimo de normas individualistas que tratam todas as pessoas como indivíduos iguais. A sociedade, de

certa forma, é capaz de perceber esse engodo, mas foi devidamente doutrinada para saber que a revolta só irá prejudicar sua própria posição. Por isso, apesar de socialmente ativa em vários aspectos (festivos, religiosos, esportivos, etc.), as pessoas espertamente se abstêm de confrontar essa fachada, desenvolvendo uma personalidade que se adaptou ao meio para sobreviver e melhor viver (CARVALHO, 1987, p. 160). Essa adaptação caracteriza-se pela manutenção e fortalecimento do vínculo de relações pessoais como ferramenta de defesa e de ascensão social e pela consciência de que as leis, ditas universais, tendem a só produzir efeitos para as pessoas que não estão posicionadas nas classes sociais superiores, ou que não possuem um relacionamento pessoal com elas. Assim, o sistema social brasileiro é dividido e equilibrado entre normas universais, que tratam todos iguais na teoria, e níveis hierárquicos de diferentes classes sociais na prática (DAMATTA, 1986, p.95-97).

2. SURGIMENTO DO “JEITINHO BRASILEIRO” E INFLUÊNCIAS NAS NORMAS

Ao aceitar que nossa sociedade é, até os dias atuais, tradicional e moderna, holista e individualista, é possível enxergá-la sob outro prisma. Nota-se que a todo o momento a população é cercada por normas que ditam aquilo que não se pode fazer. Existe uma série de atividades que se deseja concretizar, objetivos a serem alcançados, mas normas impeditivas que atravancam o desenrolar desses propósitos. No entanto, ao mesmo tempo em que um objetivo é obstaculizado por uma norma, surge a consciência de que as regras não são para todos, que elas foram desenvolvidas como universais, mas que na prática várias exceções podem ser feitas. Assim, diante desta percepção, o brasileiro desenvolveu uma forma de fluir nas entrelinhas do que a norma estabelece como proibido, conectando o permitido com o proibido. “É essa junção que produz todos os tipos de ‘jeitinhos’ e arranjos que fazem com que possamos operar um

sistema legal que quase sempre nada tem a ver com a realidade social” (DAMATTA, 1986, p. 98-99).

Pode-se dizer que o raciocínio desenvolvido pelo brasileiro médio é feito de uma forma bastante inteligente e engenhosa, no caminho inverso ao que foi desenvolvido pela aristocracia republicana. Se a elite, em determinado momento, pensou em estabelecer normas iguais para todos ressaltando algumas exceções para si própria; o cidadão comum inverteu essa lógica e adotou para si as reservas da elite, interpretando que, se as normas são iguais para todos, as exceções também são iguais para todos. Os planos engendrados por determinadas pessoas e grupos fez surgir uma estrutura e processos que, ao contrário, não foram planejadas por ninguém (ELIAS, 2006, p. 204). Consequentemente, a utilização do “jeitinho” é mais universal do que a norma, existe em toda parte do território brasileiro e abrange todas as classes sociais (BARBOSA, 1992, p. 32).

O “jeitinho” pode ser compreendido como uma ferramenta utilizada para se atingir uma determinada finalidade. Ele é lastreado em nossa cordialidade e normalmente apela para os vínculos de relacionamentos que o brasileiro aprende desde muito cedo a cultivar para atribuir um caráter pessoal naquilo que deveria ser impessoal. Normalmente, o “jeitinho” é uma forma pacífica, e às vezes legítima, de solucionar problemas, gerando a conexão casuística da norma abstrata com a pessoa que concretamente a ela está sujeita (DAMATTA, 1986, p.99). O “jeitinho” é uma forma de se resolver ou adiar algum problema, circunstância complexa ou vedada pela legislação. Pode ser também uma saída criativa para alguma situação crítica, seja burlando alguma norma, seja conciliando-a de forma hábil ou esperta. Assim, para que um comportamento seja considerado “jeitinho” existe um acontecimento anterior contrário ou imprevisto às finalidades do indivíduo. Para contornar esse obstáculo, o brasileiro utiliza essa forma especial para tratar da questão. A estratégia utilizada não

pode ser qualquer uma, o “jeitinho” requer rapidez e eficiência. Por isso, o objetivo do “jeitinho” é produzir resultados o quanto antes, preferencialmente em prazos curtíssimos. Para se chegar à conclusão que o “jeitinho” foi utilizado, não interessa se a solução é definitiva ou provisória, ideal ou não, legal ou ilegal, basta possuir as qualificações determinadas acima (BARBOSA, 1992, p. 32-33).

CONCLUSÕES

Verifica-se, portanto, que o surgimento do “jeitinho brasileiro” está interligado a toda uma história secular que o determinou, confirmando que “todas as épocas estão encadeadas umas nas outras por uma série de causas e efeitos que ligam o estado presente do mundo a todos aqueles que o precederam” (TURGOT, *apud* ELIAS, 2006, p. 212). E, se em determinado momento, ele surgiu por causa deste encadeamento histórico, ele permanece cristalizado na cultura brasileira até hoje por causa do fenômeno verificado por Bendix e mencionado na introdução deste trabalho – as estruturas e atitudes sociais tendem a persistir em uma determinada sociedade mesmo depois que as causas que originaram esta estrutura e estas atitudes sociais não mais existem.

Como consequência de nossa construção cultural, quando uma norma surge como um obstáculo nos objetivos pessoais de um brasileiro, ela é transgredida. Se o brasileiro em questão faz parte das classes sociais posicionadas em nível hierárquico superior, a norma não é cumprida porque, na verdade, estas classes nunca precisaram obedecer a norma nenhuma. Nesta hipótese, se algum desavisado insistir no cumprimento da norma por esta pessoa, provavelmente ouvirá algo como “você sabe com quem está falando?” (DAMATTA, 1997). Por outro lado, se o brasileiro em questão não faz parte da elite e não pode utilizar nenhum chavão antipático, ele se utiliza do “jeitinho brasileiro” e consegue uma forma de, igualmente, descumprir a

incômoda legislação. As normas legais que são efetivamente seguidas são aquelas que, naquele dado momento, não se constituíram em um obstáculo inconveniente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro*: a arte de ser mais igual que os outros. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BENDIX, Reinhard. *Construção nacional e cidadania*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1996.
- CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*. O Rio de Janeiro e a República que não foi. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- CORREIA, Diogo. Somos desiguais? A propósito de Jessé Souza e Roberto DaMatta. In: SOUZA, Jessé (Org.). *A invisibilidade da desigualdade brasileira*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.
- DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- _____. Em torno da transgressão à brasileira. In: CARDOSO, Fernando Henrique; MOREIRA, Marcílio Marques. (coord.) *Cultura das transgressões no Brasil*: lições de história. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 95-110.
- _____. *O que faz o Brasil, Brasil?*. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.
- ELIAS, Norbert. *Escritos e ensaios*; 1: Estado, processo, opinião pública. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.
- _____. *Os estabelecidos e os outsiders*: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.
- GEERTZ, Clifford. *O saber local*: novos ensaios em antropologia interpretativa. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GINZBURG, Carlo. *O queijo e os vermes*: o cotidiano e as ideias de um moleiro perseguido pela inquisição. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto*: o município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.

QUINTANEIRO, Tania. *Processo civilizador, sociedade e indivíduo na teoria sociológica de Norbert Elias*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2010.

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SAHLINS, Marshall. *Ilhas de história*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

REFLEXÕES SOBRE A LEGALIDADE E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NOS DIAS ATUAIS

Melanie Merlin de Andrade¹

RESUMO

A pesquisa, pautada nos conceitos de racionalidade, ação social, dominação e burocracia, propostos por Max Weber, pretende apresentar reflexões acerca da legalidade (tida como regra pela classificação de Robert Alexy) e da motivação do ato administrativo no direito brasileiro. A estrita legalidade, tal qual proposta por Weber ao tratar da burocracia, a fim de garantir a impessoalidade e a segurança jurídica (garantidora da ação social referente a fins), revela-se insuficiente no atual momento de compreensão pós-positivista do direito. Assim, a partir da ideia de direito fundamental à boa administração pública, sugerir-se-á que as decisões administrativas devem estar balizadas não apenas na legalidade, mas sim visar a justiça, a qual, a partir da teoria de Robert Alexy pode ser racionalmente fundamentada por meio da argumentação. A ação racional puramente visando fins, própria do Direito, nesse esteio, revela-se uma ação social visando um valor. Logo, diante disso, não há como conceber uma divisão estanque entre discricionariedade e vinculação no ato administrativo: o que se tem é uma diferença de maior ou menor intensidade de aproximação com a regra. Portanto, imprescindível em todos esses atos que haja motivação, o que legitima a atuação da Administração Pública, especialmente porque para se chegar ao fim que

se pretende – a justiça – é preciso inserir num sistema embasado na racionalidade formal, fatos e elementos do mundo, próprios da racionalidade material, o que para Weber é praticamente inconciliável.

Palavras-chave: legalidade, motivação, princípio da boa administração pública, burocracia, justiça

ABSTRACT

The research, which was based on the concepts of rationality, social action, domination and bureaucracy as proposed by Max Weber, aims to present reflections on the legality - taken as a rule by the classification of Robert Alexy, and the motivation of the administrative act in the Brazilian legal system. The strict legality, as it is proposed by Weber when dealing with the bureaucracy in order to ensure legal certainty and impersonality (which is considered guarantor of social action regarding purposes), is insufficient in the current moment of post-positivist understanding of law. Thus, from the idea of the fundamental right to good administration, it will be suggested that administrative decisions should be based not only in legality, but rather seek justice, which, from the theory of Robert Alexy can be rationally justified through argumentation. A rational action aiming purely rational purposes, the law itself, that mainstay, reveals itself an action seeking a social value. As a result, a watertight division cannot be drawn between discretion and the administrative act: what we have is a difference of greater or lesser intensity approach of the rule. Therefore it is essential that motivation is demonstrated in all these acts, which legitimizes the actions of public administration, especially because in order to achieve the desired end results – justice - the system grounded in formal rationality must comprise facts and elements of the world, belonging to its own material rationality, which is for Weber practically irreconcilable.

¹ Mestranda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal, Servidora Pública Estadual.

Key-words: *legality, motivation, bureaucracy, fundamental right to good administration, justice*

INTRODUÇÃO

No presente trabalho, pretende-se, a partir da teoria de Max Weber, apresentar reflexões sobre a legalidade no direito administrativo brasileiro, para, então, propor uma superação de alguns conceitos intrínsecos ao tipo ideal da burocracia, considerando-se o pós-positivismo e priorizando o valor justiça.

1. DESENVOLVIMENTO

A pesquisa, pautada nos conceitos de racionalidade, ação social, dominação e burocracia propostos por Max Weber, pretende apresentar reflexões acerca da regra da legalidade¹ e da motivação do ato administrativo no direito brasileiro.

Weber parte da ideia de desencantamento do mundo, que acontece com o distanciamento da crença na magia e a crescente racionalização e intelectualização:

A intelectualização e a racionalização crescentes não equivalem, portanto, a um conhecimento geral crescente a respeito das condições em que vivemos. Antes significam que sabemos ou acreditamos que, a qualquer instante, poderíamos, conquanto que o quiséssemos, provar que não existe, primordialmente, nenhum poder misterioso e imprevisível que interfira com o curso de nossa vida. Em outras palavras, que podemos dominar tudo, por meio da previsão. Isso é o mesmo que despojar de magia o mundo. Não mais se trata para nós, como para o selvagem que

¹ Pela classificação de Robert Alexy, em Teoria dos Direitos Fundamentais, a legalidade apresenta-se como uma regra e não como um princípio.

*acredita na existência daqueles poderes, de apelar a métodos mágicos para dominar os espíritos ou exorcizá-los, mas de recorrer à técnica e à previsão. Essa é a essência da significação da intelectualização.*¹

O sociólogo, então, apresenta o conceito de tipo ideal como a acentuação unilateral de um ou vários pontos de vista, com o encadeamento de fenômenos isolados, difusos e discretos, que se encontram ora em grande, ora em pequeno número, até o mínimo possível, que se ordenam segundo os anteriores pontos de vista escolhidos unilateralmente para formarem um quadro de pensamento homogêneo. A idealidade desta construção está no fato de que se trata de uma “racionalização utópica”², que nunca é encontrada ou raramente pode ser encontrada em sua pureza na realidade empírica e concreta.

Com base nisso desenvolve-se a teoria da ação social. Ação, para ele, é uma conduta, um comportamento, no qual o agente ou os agentes atribuem um sentido subjetivo, já a ação social é aquela que, quanto ao sentido visado pelo agente ou pelos agentes, refere-se ao comportamento de outros, orientando-se por este em seu curso³. Weber cria a seguinte distinção: atividade racional por finalidade, atividade racional por valor, a atividade afetiva e a atividade tradicional.

A ação tradicional consiste em uma conduta automática, diante da obediência inconsciente ao costume e porque comporta, por conta disso, elementos

incompreensíveis. Ela é determinada pelo costume arraigado. Contudo, “essa ação situa-se muitas vezes no limite do comportamento racional por valor, quando o agente considera a tradição como um valor que merece ser respeitado”⁴. Logo, essa ação está no limite de uma conduta orientada por um sentido e está muito próxima dos comportamentos reativos (que não possuem sentido)⁵.

Por sua vez, a atividade afetiva comporta elementos não compreensíveis de ordem instintiva, sensorial, emocional ou passional, ou ainda, uma sublimação a ser explicada pela sociologia ou psicanálise. Um exemplo do agir de maneira afetiva é “aquele que procura satisfazer uma vingança, aproveitar um gozo presente, dedicar-se ou entregar-se à pura felicidade contemplativa”⁶.

Já a atividade racional, a qual será de grande serventia neste trabalho, divide-se, segundo Weber, em ação racional por valor, e atividade racional por finalidade. A atividade racional por valor é caracterizada pela inspiração, quando do curso de seu desenvolvimento, apenas na convicção do agente, sem se preocupar com as consequências previsíveis. O indivíduo age a serviço exclusivo de um valor, ou de uma causa de ordem religiosa, política, enfim, com o sentimento de que o dever se lhe impõe incondicional e pessoalmente. “Vale dizer que ela [a pessoa] é incapaz de tomar consciência do que há de irracional em sua conduta; isso será função da atividade racional por finalidade”⁷.

A ação racional por finalidade tem como característica ser uma conduta na qual há a fixação do fim, após uma reflexão, e, a partir disso o sujeito escolhe os meios

¹ WEBER, Max. **Ciência e Política Duas Vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004. p. 38.

² FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 50.

³ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 114.

⁴ FREUND, Julien. **Sociologia de Max Weber**. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 79.

⁵ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica: Marx, Durkheim e Weber**. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 115.

⁶ FREUND, Julien. *Op. Cit.* p. 80.

⁷ *Idem*. p. 80.

mais apropriados, levando em conta consequências previsíveis, capazes de acompanhar o desenrolar da ação. Busca-se um critério tangível para ordenar o mais racionalmente possível a previsão do resultado. A atividade racional por finalidade é, pois, um caso limite teórico que não exclui, em certos níveis, a racionalidade por valor¹.

Sobre estes tipos de ação estão pautadas as formas de dominação: racional, carismática e tradicional. Entende-se por “dominação”, a probabilidade de haver obediência dentro de um grupo determinado para mandatos específicos ou não. Por conseguinte, não consiste em toda espécie de exercício de poder, ou influência sobre os outros homens, mas sim numa dominação que pode descansar em vários motivos de submissão: “desde o hábito inconsciente até o que são considerações puramente racionais segundo fins determinados.”² É essencial, assim, que haja um mínimo de vontade ou interesse em obedecer.

O tipo de ação afetiva confere legitimidade à dominação carismática, na medida em que o que legitima o líder carismático é o afeto e a confiança que os dominados depositam nele. Já a dominação tradicional apoia-se na santidade das ordenações e poderes de mando herdados em tempos antigos, perdendo-se até mesmo em suas origens. Corresponde à ação tradicional. A terceira, a dominação legal, é construída sob o tipo de ação racional, tanto orientada a fins, quanto a valores, tendo como forma de administração a burocracia.

Esta última apresenta como característica a noção de direito, o qual é válido em virtude de um procedimento racional consistente em um conjunto de regras

abstratas de caráter técnico ou normativo. Tem como traço marcante a impessoalidade, que é concretizada por meio da burocracia.

A burocracia moderna funciona da seguinte forma específica:

- 1) *Rege o princípio de áreas de jurisdição fixas e oficiais, ordenadas de acordo com regulamentos, ou seja, por leis ou por normas administrativas;*
- 2) *Os princípios da hierarquia dos postos e níveis de autoridades significam um sistema firmemente ordenado de mando e subordinação, no qual há uma supervisão dos postos inferiores pelos superiores;*
- 3) *A administração de um cargo moderno se baseia em documentos escritos (os arquivos), preservados em sua forma original ou em esboço;*
- 4) *A administração burocrática [...] supõe um treinamento especializado e completo;*
- 5) *A atividade oficial exige a plena capacidade de trabalho do funcionário, sendo o tempo e a permanência na repartição delimitados;*
- 6) *O desempenho do cargo segue regras gerais, mais ou menos estáveis ou exaustivas, e que podem ser aprendidas.*

Segundo Max Weber, o crescimento do Estado e a complexidade dos problemas que este tem de resolver

¹*Idem.* p. 81.

² CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. **Introdução ao Pensamento Sociológico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976. p. 137.

*coloca sérios entraves para a democracia, pois distancia o cidadão das decisões fundamentais.*¹

Contudo, ainda que Administração Burocrática, um tipo ideal, seja o modelo atualmente seguido por vários países, no qual se inclui o Brasil, a estrita legalidade, tal qual proposta por Weber, a fim de garantir a impessoalidade e a segurança jurídica (garantidora da ação social referente a fins), revela-se insuficiente no atual momento pós-positivista.

Após a Segunda Guerra Mundial, período no qual vigia o positivismo jurídico, surgem teses pós-positivistas, as quais pregam a interpretação da lei, e rechaçam a separação estrita entre direito e moral. Verificou-se que a legalidade estrita poderia gerar injustiça, o que Robert Alexy chamou de “injustiça legal”². Uma das teses fundamentais desse pensamento é a admissão de que o direito pode não estar integralmente contido na lei, podendo existir independentemente da bênção estatal, da positividade, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder³.

O problema do positivismo jurídico é discutido, na maioria das vezes, como problema de uma conexão classificadora entre direito e moral. Deseja-se saber se

¹ SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica:** Marx, Durkheim e Weber. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012. p. 138.

² ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 8.

³ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) *In* GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.) **Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva.** São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33.

*uma infração contra um critério moral qualquer subtrai das normas de um sistema normativo o caráter de normas jurídicas ou de todo o sistema normativo o caráter de sistema jurídico. Quem pretende responder afirmativamente a essa questão precisa mostrar que o caráter jurídico de normas ou de sistemas normativos perde-se quando se ultrapassa determinado limiar de injustiça ou da iniquidade. Justamente essa tese da perda da qualidade jurídica, quando se ultrapassa um limiar da injustiça – independentemente de como ela é determinada –, é designada como argumento da injustiça.*⁴

A versão possivelmente mais conhecida do argumento da injustiça relacionado a normas individuais provém da fórmula de Gustav Radbruch que diz que:

O conflito entre justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista de seu conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja

⁴ ALEXY, Robert. *Op. Cit.* p. 33.

um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça.¹

Desse modo, denota-se traços positivistas bastante marcantes na concepção de direito de Weber, revelando-se uma separação nítida entre direito e moral, de modo que o direito com uma lógica formal própria não admite a inserção de elementos materiais, como valores e fatos. Segundo ele, isso destruiria o direito, legitimado pela lei, construída dentro de um sistema logicamente organizado.

Feitas tais considerações, passa-se ao Direito Administrativo brasileiro, sob uma ótica pós-positivista e principiológica. Atualmente, há duas concepções diferentes de princípios no direito brasileiro.

De um lado, tem-se a mais tradicional, do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual princípio é mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. Diante disso, violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma².

De outro lado, tem-se a definição do jurista Marçal Justen Filho, que se aproxima da teoria de Robert Alexy, por meio da qual se entende que princípios são mandados de otimização:

¹ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. *Apud* ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009. p. 34.

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 53.

O princípio consiste em norma jurídica que consagra modelos genéricos e abstratos de conduta, sem estabelecer uma solução única e predeterminada abstratamente. O princípio produz uma delimitação das condutas compatíveis com o direito. Consagra uma moldura no sentido de contemplar um limite entre condutas lícitas e as ilícitas. Isso significa que a aplicação do princípio envolve, como primeira etapa, a identificação desse limite, algo que até pode ser fixado de modo teórico e abstrato.

Mas, o princípio não se restringe a fixar limites, porque também impõe a escolha da melhor solução possível, o que significa a necessidade da análise do caso concreto. Nessa segunda etapa, as circunstâncias da vida real condicionam a aplicação do princípio. Assim se passa porque as características da vida real variam caso a caso, sendo impossível estabelecer uma solução única e geral aplicável de modo uniforme.³

Essa segunda concepção será a utilizada nesta pesquisa. Cabe consignar que para Alexy, há um critério que permite a distinção precisa entre regras e princípios, declarando a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 104

Esse critério é o que defende que os princípios são mandados de otimização. Isso significa dizer que eles são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹. Por conseguinte, o âmbito das possibilidades jurídicas vem a ser determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que não podem ser otimizadas: ou são sempre satisfeitas ou não são satisfeitas. Uma vez que uma regra é considerada válida, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais nem menos. Pode-se concluir, então, que regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”². Reforça-se, assim, a ideia de que a distinção que se propõe é qualitativa e não de grau.

A legalidade, princípio da Administração Pública, consignado na Constituição Federal, “é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei”³.

Assim, a partir da ideia de direito fundamental à boa administração pública, que tem como principal representante no Brasil o jurista Juarez Freitas, sugerir-se-á que as decisões administrativas devem estar balizadas não apenas na legalidade, mas sim visar a justiça, considerando-se que, havendo contradição entre a lei positiva e a justiça em um grau tão insustentável, a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça a qual, a partir da teoria de Robert Alexy, pode ser racionalmente fundamentada por meio da argumentação.

¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90.

² *Ibidem*. p. 91.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 19.

CONCLUSÃO

A ação racional puramente visando fins, própria do Direito, passa, nesse esteio, a ter um valor inserido nela. Dessarte, não há como conceber divisão estanque entre discricionariedade e vinculação no ato administrativo: o que se tem é uma diferença de maior ou menor intensidade de aproximação com a regra. Logo, imprescindível em todos esses atos que haja motivação, o que legitima a atuação da Administração Pública, especialmente porque para se chegar ao fim que se pretende – a justiça – é preciso inserir num sistema embasado na racionalidade formal, fatos e elementos do mundo, próprios da racionalidade material, o que para Weber, como já mencionado, é praticamente inconciliável. Consequentemente, o tipo ideal da dominação legal, na pós-modernidade, passa a ter novos contornos e deve ser repensado.

Os marcos teóricos desse trabalho, como se vislumbra, são Max Weber e Robert Alexy. A pesquisa encontra-se na fase final. O método utilizado será o indutivo, com a coleta de elementos que serão reunidos e concatenados para caracterizar o tema pesquisado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo) In GRAU, Eros Roberto; DA CUNHA, Sérgio Sérulo (coord.) *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CASTRO, Ana Maria de; DIAS, Edmundo F. *Introdução ao Pensamento Sociológico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Eldorado, 1976.

FREUND, Julien. *Sociologia de Max Weber*. Trad. Luiz Cláudio de Castro e Costa. Rev. Paulo Guimarães do Couto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012

RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. 1973. Apud ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2009.

SELL, Carlos Eduardo. *Sociologia Clássica: Marx, Durkheim e Weber*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

WEBER, Max. *Ciência e Política Duas Vocações*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martins Claret, 2004.

GT TEORIA E PESQUISA SOCIOLOGICA DO DIREITO

A “CORPORALIDADE” DE DUSSEL E O “TRABALHO” DE MARX: A FRAGMENTAÇÃO DA TOTALIDADE NA MOMENTO EPISTEMOLÓGICO MATERIAL

Vitor Stegemann Dieter¹

RESUMO

Dussel em “Ética da Libertação” propõe-se a formar uma epistemologia material com fundamento na *corporalidade*. Na metodologia materialista histórica esta formulação é limitada, pois não compreende a essência dos homens: sua objetivação e exteriorização no processo com a natureza faltando-lhe o elemento da totalidade do trabalho.

Palavras-chaves: *corporalidade; totalidade; trabalho*

THE “CORPOREALITY” OF DUSSEL AND THE “WORK” OF MARX: THE FRAGMENTATION OF THE TOTALITY IN THE MATERIAL EPISTEMOLOGICAL MOMENT

ABSTRACT

Dussel in “Ethics of Liberation” proposed to form an material epistemology founded in the corporeality. In the historical materialism methodology this formulation is

limited because it does not understand the essence of men: its objectification and externalization in the process with nature lacking the element of totality of work.

Keywords: *corporeality; totality; work*

¹ DIETER, Vitor Stegemann. Bolsista CAPES. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Especialista pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (UNIPOSITIVO); Bacharel em Direito do Estado pela UFPR.

INTRODUÇÃO

É de importância para uma teoria crítica tratar do momento da crítica material de Enrique Dussel – conforme exposta em “*Ética de la liberación*”. Especificamente, porém, no ponto em que Dussel se debruça sobre a crítica da economia política em Marx.

Portanto, para além da interpretação que Dussel faz de Marx, foi preciso também uma certa aproximação com os textos da *juventude* de Marx em conjunto com um grande clássico da literatura marxista ocidental: Georg Lukács.

Foram escolhidos preferencialmente dois textos de Marx que são convenientes ao caso por dois motivos: são textos de maior conteúdo filosófico e textos que já revelam uma certa perspectiva madura de Marx que se prolongará ao longo do tempo. Tratam-se dos “*Manuscritos económicos-filosóficos*” (também conhecidos como Manuscritos de Paris ou Manuscritos de 1843) e “*A ideologia alemã*”. Como se sabe, ambos os textos não foram publicados por Marx em vida, senão fruto do trabalho posterior dos organizadores e leitores de Marx que ao encontrar grande parte dos seus rascunhos, após a Revolução Russa de 1917, desenvolvem um trabalho de publicação que ainda está para ser concluído. Razão pela qual estes trabalhos só vieram à tona durante o século XX influenciando toda uma corrente de intelectuais marxistas e não-marxistas de esquerda que, muitas vezes, defendiam uma nova sociedade, mas não necessariamente apoiavam, pelo menos ao todo, a experiência soviética.

A escolha dos textos, portanto, não é aleatória. É que Enrique Dussel, sem sombra de dúvidas um leitor voraz de Marx, ao se aproximar do momento da crítica material fará uma leitura cuidadosa destes textos influenciando radicalmente o próprio método por ele fundado.

1. DUSSEL NO MOMENTO DA CRÍTICA MATERIAL DA ECONOMIA POLÍTICA DE MARX

No entendimento de Dussel, Marx é ponto necessário para a crítica, pois lhe fornece um conteúdo material positivo.

O primeiro a possibilitar uma abertura radical na forma do pensamento de Karl Marx foi Frederick Engels o qual, mediante uma contribuição em um pequeno jornal do qual Marx era editor e contribuidor, faz o amigo Prussiano “dar um passo adiante” na sua teoria – conforme feliz expressão de Mezaros (MEZAROS, 2006). Ou mesmo, nas palavras de Enrique Dussel (2011, p. 315):

Engels fue históricamente el que motivó que el periodista, académico fracasado, crítico pequeño-burgués radical que se llamaba Karl Marx descubriera exactamente el nivel epistemológico de abstracción en el cual debería situarse el ejercicio adecuado de la razón ético-crítica: en el de la crítica de la nascente economía-política. La economía no era la especialidad inicial de Marx; la eligió como el lugar más pertinente para desarrollar su discurso ético-crítico.

Durante o exílio de Marx em Paris é que a consciência crítica está exposta, para além da negatividade do sistema. Pois é em Paris que conhecerá o movimento político operário, no qual encontraria a “*afirmación primera*” (DUSSEL, 2011, p. 316), qual seja, o desejo de viver e lutar pela vida da classe operária. Seria um

encontro com a vítima que deve ser afirmada em sua dignidade e negada na sua negação.

Consequentemente Marx está na busca de uma teoria que não se limite a “interpretar” – atividade que se limitaria a entender o mundo vigente a partir de sua própria e limitada positividade – senão “transformar”, a qual assume uma posição “ético-crítica” só posto quando na posição das vítimas.

A crítica teórica, no sentido de análise das causas de negação, assenta-se no “momento da produção”, pois é ali que encontrará o momento material da economia, pois ali efetua produtos que por sua vez satisfazem necessidades às quais têm a própria vida como referência de instância última (DUSSEL, 2011, p. 315). A teoria é, porém, marcada pela crítica a partir da exterioridade, pois é a posição à qual permite refletir eticamente sobre a vida desde sua negação originada pelo “sistema ético vigente Europa” (DUSSEL, 2011, p. 318). De modo que na pobreza produzida por esse sistema, conforme Dussel (2011, p. 318), é que Marx encontrará a vítima por excelência do sistema, qual seja o operariado Europeu do século XIX, que padece por excelência da pobreza humana – não só no sentido da castração individual produzida pela alienação, como também pela castração do gênero humano.

A partir da negatividade do *sistema ético vigente Europa (Modernidade)*, encontraria Marx um momento de positividade. Este momento da positividade é a luta articulada de Marx pela formulação positiva de alternativas (o socialismo), contribuindo ativamente com a I Internacional (DUSSEL, 2011, p. 318).

Marx encontraria o critério crítico material no momento crítico negativo.

En efecto, el criterio crítico de Marx no es más que un reconocer concreto el no-cumplimiento (la negación) del indicado criterio material positivo. [...] El capitalismo es

injusto (aliena) porque niega la vida del sujeto obrero (lo desrealiza). (DUSSEL, 2011, p. 319)

Deste ponto o desenvolvimento subsequente da teoria de Marx no âmbito da economia, com o aprofundamento da teoria do valor, por exemplo, bem como da descoberta da mais-valia, representam um desdobramento da temática encontrada em 1844. E o ponto epistemológico desvelado por Marx em 1844 é que com a propriedade privada o homem na sua objetivação é roubado de sua subjetividade criadora e por isso alienado do produto do seu trabalho, do gênero humano e de si mesmo com o outro homem (MARX, 2010, p. 83-86). “Esa <objetivación> de vida de la víctima acumulada en el capital, y no recuperada como <subjetivación> en el obrero, es el tema crítico-ético de toda la obra de Marx [...]” (DUSSEL, 2011, p. 324)

2. A CRÍTICA MATERIAL DA ECONOMIA POLÍTICA DE MARX

Não pretendemos, aqui, refazer a análise de Dussel sobre a crítica material de Marx, mas apenas nos aproximar com alguma atenção a alguns tópicos que serão importantes para num segundo momento em que se fará o contraste teórico epistemológico entre Dussel e Marx e Engels.

Enquanto nas metodologias positivistas o homem só é considerado como *coisa*, para o materialismo-histórico o homem nunca é coisa, pois ele só existe mediante a *atividade*, produzindo-se a si mesmo. O homem não pode ser tomado como um dado, porque ele é ação (KONDER, 2009, p.112). Esta perspectiva já estava presente em Hegel, porém unicamente como atividade *abstrata* de consciência – trabalho intelectual. Por Marx será dotada de uma *concretude* já que exprime a perspectiva, não da classe ociosa, mas sim da classe que vive da sua capacidade produtiva material. Como explica Leandro Konder (2009, p. 114):

Tornava-se necessário, por conseguinte: a) tomar os indivíduos como seres ativos, jamais como definitivamente dados e acabados, jamais como produtos (fazendo abstração da condição deles de produtores e, inclusive, de produtores de si mesmos); b) tomar os indivíduos no contexto onde eles tenham existência real, quer dizer, não os considerar isoladamente, e sim a partir das relações sociais em que eles se formaram, ganharam existência ativa, e no quadro das quais passaram a exercer a atividade deles.

O homem nada pode criar sem a realidade ao seu redor, da qual toma parte mesmo sem consciência disso. Este mundo sensível é a matéria por meio da qual o homem se produz, se efetiva (MARX, 2010, p. 81).

Quando o homem se objetiva no mundo como ser ativo, produz o mundo uma atividade que liberta o homem de suas amarras naturais. Porém essa libertação é invertida em um mundo regido pela propriedade privada, em que o que o trabalhador produz não lhe pertence, não lhe é próprio. Em tal mundo a *efetivação do homem* só poderia ser uma *desefetivação*. Tornado sua vantagem em relação aos demais animais em um fardo histórico.

A efetivação (Verwirklichung) do trabalho é sua objetivação. Esta efetivação do trabalho aparece ao estado nacional-econômico como desefetivação (Entwirklichung) do trabalhador, a objetivação como

perda do objeto e servidão ao objeto, a apropriação como estranhamento (Entfremdung), como alienação (Entäusserung). (MARX, 2010, p. 80)

O trabalhador torna-se um servo de seu objeto na medida em que esta sua atividade (objeto) não é mais meio de vida, restando de significativo apenas como meio de subsistência física. Como consequência produz-se um estranhamento (*Entfremdung*) entre o trabalhador e o trabalho. O trabalho torna-se algo *externo* (*äusserlich*) ao trabalhador, é o lugar onde o trabalhador é mortificado. Ao perder o caráter de *meio de vida*, o homem só se encontra em si *fora* do trabalho: no bar, na mesa e na cama. “O animal se torna humano, e o humano, animal.” (MARX, 2010, p. 83).

Só que o homem é um ser genérico, isto é se relaciona com a natureza inorgânica (realidade) de modo diferenciado, pois conforma parte de sua consciência, vida e atividade. O homem ao conseguir distanciar-se e produzir para além da necessidade imediata, o faz livremente. “[...] a atividade consciente livre é o caráter genérico do homem” (MARX, 2010, 84). Com o estranhamento da atividade humana esta sua atividade com o mundo tem apenas significação estranha, ele é dissociado da sua essência e por isso do mundo que com suas mãos produz. O homem estranha a sua humanidade, o seu ser genérico. O homem torna da “[...] sua essência, apenas um meio para sua existência” (MARX, 2010, p. 85)

Uma consequência do homem estranhado do seu produto de trabalho, do seu trabalho e do gênero é que o homem estranha o outro homem como ser que não é ele mesmo. Este outro ser é algo diferente, um ser alheio e incompreensível que se apresenta como um poder absoluto, da mesma forma que a propriedade privada se apresenta a ele. O homem é coisificado para o outro homem (MARX, 2010, p. 86-97).

Estas consequências nada mais são do que complexos produtos cuja origem histórico material só pode ser encontrada na propriedade privada. O trabalho, em si, não é alienação, mas sim libertação do homem ao lhe permitir se objetivar e criar no mundo a sua humanidade. Mas o trabalho próprio da relação de propriedade privada, enquanto exclusão da propriedade de um homem pelo outro, gera um antagonismo que tende à solução (MARX, 2010, p. 103).

A retomada a apropriação efetiva do homem, enquanto essência, só pode ser realizada com a abolição da propriedade privada resolvendo o eterno conflito entre liberdade e necessidade e entre indivíduo e gênero do homem. Este comunismo, deste modo, “É o enigma resolvido da história e se sabe como esta solução.” (MARX, 2010, p. 105)

A superação da propriedade privada é uma superação positiva do estranhamento realizando um retorno do homem cindido na religião, família Estado etc. à sua existência social. “O estranhamento religioso enquanto tal somente se manifesta na região da *consciência*, do interior humano, mas o estranhamento econômico é o da *vida efetiva* – sua suprassunção abrange, por isso, ambos os lados.” (MARX, 2010, p. 106) A superação da propriedade privada constitui, assim, uma potencialidade para superar outras formas de estranhamento do próprio homem – como a religião – que dentro de um mundo alienado é inviável.

Esta é uma tarefa que depende de uma crítica de mundo capaz de libertar o homem para tomar as rédeas de seu próprio destino. Justamente por isso não é uma tarefa que se resolve por oposições teóricas, mas cuja solução só pode ser dada de modo prático.

Mas, na medida em que, para o homem socialista, toda a assim denominada história mundial nada mais é do que o

engendramento do homem mediante o trabalho humano, enquanto o vir a ser da natureza para o homem, então ele tem, portanto, a prova intuitiva, irresistível, do seu nascimento por meio de si mesmo, do seu processo de geração. (MARX, 2010, p. 114)

A radicalidade argumentativa de Marx assentada nos Manuscritos econômicos filosóficos pode ser sintetizada em que se o homem produz o mundo, ele também é capaz de transformá-lo. O momento ético de Marx encontra-se no compromisso desalienador e por isso, radicalmente humanista: do homem, pelo homem e para o próprio homem.

CONCLUSÃO

Enrique Dussel tem um ponto de contato com a teoria marxista, ou pelo menos, com uma perspectiva materialista ao admitir a postura teórica de Marx para a análise crítica epistemológica:

Repito nuevamente: pienso que Marx elige la economía desde una opción ético-crítica previa, y su crítica de la economía política es, exactamente, el ejercicio de la razón ético-crítica en un nivel material epistemológico pertinente. (DUSSEL, 2011, p. 320)

Parece ser um esforço que permeia sua obra. Não podemos deixar de notar, como já exposto acima, a ênfase que Dussel dá, que o crucial da obra de Marx está em que ele busca se posicionar com uma crítica negativa ao sistema ético vigente do

espaço-tempo de Marx – Europa no século XIX (o que chama de *Modernidade*). De modo que o ponto de encontro que Dussel realiza com Marx está precisamente em que ambos buscam se posicionar sobre a ótica da *exterioridade das vítimas* para negar o sistema que nega a vida.

Daí a ênfase do filósofo latino-americano em buscar mostrar como Marx formula sua teoria ao encontrar a exterioridade, a exclusão, e vê-la com outros (novos) olhos (DUSSEL, 2011, p. 318).

Quando Dussel situa o *proletariado* como vítima para Marx, ele não realiza, de todo, uma injustiça com a teoria edificada por Engels e Marx, mas sim desloca um dos pontos cruciais da teoria materialista-histórica designificando-a e, portanto, retirando-lhe seu fundamento epistemológico-filosófico mais importante: a atividade humana.

É como se Dussel admitisse – para sua teoria – a crítica de Marx apenas sob uma ótica *superestrutural* (como uma crítica à *Modernidade*). Pois a totalidade para Dussel é um ponto de raiz antropológica que recai sobre o homem como elemento estático – a *corporalidade* (DUSSEL, 2011, p. 324) e nunca como homem essencialmente produtivo. O que é dizer em outras palavras que o homem para a teoria materialista-histórica é um homem – sujeito – porque se objetiva. É na objetivação e exteriorização como elementos centrais da teoria, que começará e terminará a Totalidade marxista. E quando retirada o caráter da *atividade humana*, no sentido da produção material da vida, expressa de forma mais aguda na objetivação do trabalho, Dussel afasta a historicidade do homem na construção do seu próprio mundo como ser ativo. Nas palavras de Marx e Engels (2007, p. 33) “O primeiro ato histórico é, pois, a produção dos meios para a satisfação dessas necessidades, a produção da própria vida material [...]”

Para Dussel, os homens têm por essência necessidades e este núcleo *corporal* é o ponto material deste filósofo. Sob esta ótica o homem compreendido na sua exterioridade é aquele que maior *necessidade* sente – em termos de negação da sua vida – e, portanto, o homem da Totalidade dusseliana é tomado, como ponto de partida, como *vítima*. Daí a significação especial que Dussel dá ao termo da *corporalidade*, pois este é o único ponto em comum no qual os demais homens, fundam-se como tais. Mas este passo prévio arrisca abalar a essência da história dos homens, pois os homens somente o são como gênero, porque se objetivam. Marx entendia este ponto como central e o manterá durante todas suas pesquisas posteriores, como dirá junto com Engels quando trata da *atividade humana* na Ideologia Alemã (2011, p. 33): “A primeira coisa a fazer em qualquer concepção histórica é, portanto, observar esse fato fundamental em toda a sua significação e em todo seu alcance e a ele fazer justiça.” Cuja consequência Marx enuncia um pouco depois:

Segue-se daí que um determinado modo de produção ou uma determinada fase industrial estão sempre ligados a um determinado modo de cooperação ou a uma determinada fase social [...] que a soma das forças produtivas acessíveis ao homem condiciona o estado social e que, portanto a “história da humanidade” deve ser estudada e elaborada sempre em conexão com a história da indústria e das trocas. (MARX, 2011, p. 34)

Mas em Dussel a história como Totalidade não se passa na história da indústria e das trocas. Faltando-lhe elementos que dissociem a estrutura econômica da sociedade com a estrutura que se eleva a partir desta, sua crítica precisa recair de modo

genérico sobre a “sociedade” (indiferenciada) ou, o que é o mesmo, sobre a tal da *Modernidade*.

A *dissensão teórica* de Dussel em relação a Marx estaria justamente fulcrado em que Marx falaria sob a inevitável ótica do seu *sistema ético vigente* – da Europa do século XIX. Dado paradigma o inviabilizaria de ver a negação das vítimas dessa totalidade (Europa) excludente. Seria preciso, portanto, se exteriorizar mais (Terceiro Mundo) para situar uma vítima mais totalizante que o *proletariado* – que por sua europeização não poderia compreender a vigência dos sistemas éticos sobre a exterioridade.

Mas para a teoria materialista-histórica a negação do homem é a alienação que é a ele imposta pela propriedade privada. Não será um ponto de vista de uma corporalidade-externa que superará a alienação, mas a assunção da condição fundamental humana, qual seja, que o homem se objetiva. Que muito embora esta condição realize (nas condições atuais) a alienação não implica que ela seja assim por excelência, mas apenas que sob as condições de Propriedade privada (no capitalismo de mais-valor) e, portanto, de antagonismo entre trabalho intelectual e manual, o homem não poderá se tornar realmente *livre*. Esta afirmação não é *europeizante* ou *da Modernidade*, é afirmação da humanidade – do gênero – presente em todo homem: seja ele latino ou europeu.

Aliás, o homem só pode ser considerado *sujeito* se é considerado sob esta ótica do trabalho, pois é só a partir do trabalho – como condição histórica humana – que o homem se torna algo mais do que simples ser natural: “Foi com o trabalho que o ser humano se “desgrudou” um pouco da natureza e pôde, pela primeira vez, contrapor-se como *sujeito* ao mundo dos objetos naturais. Se não fosse o trabalho não existiria relação sujeito-objeto.” (KONDER, 2006, p. 24)

A vítima à qual Dussel dá ênfase aguda – o “proletário latino” da teoria da libertação – é *Rigoberta Manchú* a qual reuniria em si uma série de negatividades (mulher, camponesa, indígena, latino-americana etc.) que lhe permite ter uma dimensão mais *totalizante*. Contudo é, deste modo, na nossa opinião, que Dussel acaba recaindo em uma perspectiva *particularizante* e não mais *totalizante* – nos termos entendidos por Lukacs (2012, p. 64). Pois ao invés de fundar uma teoria que por excelência radica nos homens como gênero, funda uma teoria que encontra nos homens o particular. Aproveitando da aproximação Lukacsiana diríamos que Dussel perde a *historicidade imanente de explicar a história como processo unitário*:

Desse modo, com a recusa ou a obnubilação do método dialético, perde-se a inteligibilidade da história. Não se trata, naturalmente, de afirmar que certas personalidades ou épocas históricas [como a Modernidade] não poderiam ser descritas de maneira mais ou menos exata fora do método dialético. Trata-se, antes, da impossibilidade de compreender nessa perspectiva a história enquanto processo unitário. (LUKACS, 2012, p. 82)

É preciso apenas notar que tomar o homem como ser que se objetiva e que encontrar este ponto epistemológico material, não implica negar as particularidades humanas – como por exemplo a origem camponesa, indígena ou feminina –, mas sim ter a radical compreensão que na expressão do *universal* se encontra o *particular*. “[...] é a partir do conjunto que a gente pode avaliar a dimensão de cada elemento do quadro.” (KONDER, 2006, p. 36) Não podemos aprofundar aqui esta afirmativa,

porém é importante frisar que a grande contribuição do método materialista dialético é justamente essa. De encontrar pela primeira vez, com um fundamento materialista (trabalho), na expressão dos *particulares* não mais apenas a “soma das partes”, mas no próprio particular a permanência do *universal*, que nada mais é do que a categoria – marxista – de totalidade (LUKACS, 2012, p. 78). Sem nunca negar a vigência, existência e validade do particular na realidade. “A *natureza humana*, por conseguinte, conforme o conceito que Marx tem dela, só existe na história, num processo global de transformação, que abarca *todos* os seus aspectos.” (KONDER, 2006, p. 53) Não de uma forma estática – nas necessidades; na corporalidade; na vitimização – que se justapõem como *fragmentações*.

O grande mérito de Dussel é que jamais, para fundamentar sua teoria, propõe-se a reduzir Marx. Pelo contrário, o profundo estudo que lhe dedica e a seriedade com que trabalha suas categorias aponta o verdadeiro domínio teórico-crítico que detém da teoria materialista-histórica. Inclusive chega a fundar pontos de encontro entre ambos. Porém, de forma consciente cinde-se de Marx e Engels e de toda a tradição marxista quando toma esta crítica como fonte apenas para a “*Modernidade*” ou “*sistema ético vigente Europeu*” porque assume um ponto de vista metodológico completamente distinto, ainda que a simples vista não pareça assim. Dussel entende a teoria marxista como *particular*, pois limitada à corporalidade do sujeito proletário e, sem embargo, entendemos que ao fazer isso torna, sob a ótica marxista, sua própria teoria particularista, pois nega o espaço do trabalho como momento último da Totalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DUSSEL, Enrique. *Ética de la liberación: en la edad de la globalización y de la exclusión*. Madrid: Trotta, 2011, 661 p.
- KONDER, Leandro. *Marxismo e alienação: contribuição para um estudo do conceito marxista de alienação*, São Paulo: Expressão Popular, 2009, 256 p.
- KONDER, Leandro. *O que é Dialética*, São Paulo: Brasiliense, 2006, 88 p.
- LUKÁCS, György. *História e consciência de classe: estudos sobre a dialética marxista*. 2ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, 598 p.
- MARX, Karl; ENGELS, Frederick. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas*. São Paulo: Boitempo, 2007, 614 p.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. Trad. Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2010, 191 p.
- MÉZÁROS, István. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006, 296 p.

A SOCIOLOGIA E A FORMULAÇÃO DE UM NOVO PARADIGMA NAS PRÁTICAS JURÍDICAS

Luiz Ernesto Guimarães¹

Caroliny Freitas Máximo Guimarães²

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar como a Sociologia pode contribuir na elaboração de práticas jurídicas promotoras da justiça social, no contexto específico da América Latina que, desde sua colonização no século XVI, passa por um processo de exclusão e desigualdade social, deixando grande parte de sua população renegada a um pretenso discurso de democracia e igualdade, enquanto, na realidade, o que impera são as determinações das classes dirigentes, a qual perpassa seus interesses por intermédio de diversas dimensões da cultura, como: religião, mídia, educação, política e, inclusive, o Direito. Não é intenção esgotar o assunto, mesmo porque há um imenso número de obras publicadas que levantam questões relativas ao tema, bem como áreas a serem investigadas que este artigo não irá contemplar. O intuito, na verdade, é levantar questões para reflexão sobre a relação entre a Sociologia e o Direito, bem como possíveis contribuições que possam surgir a partir da aproximação dessas duas áreas do conhecimento.

¹ Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina
pr.ernesto@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Londrina
carolfreitas.03@gmail.com

1. ESTABELECENDO NOVOS PARADIGMAS SOCIAIS

A cada época na história da humanidade, a sociedade tem sido marcada por paradigmas que, por serem criados por determinados grupos sociais, estabelecem normas, padrões de comportamento, visão de mundo e até mesmo legitimação de desigualdades baseadas nas “diferenças”, trazendo aceitação daquilo que é estabelecido sem questionamentos. Uma vez estabelecido um paradigma em uma sociedade, a possibilidade de alterá-lo é pequena, entretanto não impossível de se efetuar. Para tanto, é importante a ação reflexiva de perceber a realidade social e suas implicações, que não se mostra de maneira clara e perceptível a todos, exigindo o exercício criterioso de investigação, o qual proporcionará melhor compreensão da realidade social que não é transparente. Em segundo lugar, para transformar um paradigma estabelecido é imprescindível a formulação de um novo projeto de sociedade que será estabelecido no lugar do anterior.

Nesse sentido, a contribuição das ciências sociais torna-se relevante na tarefa da investigação social, de cunho científico, contribuindo no rompimento de paradigmas que não correspondam à totalidade social, visto existir dentro de uma mesma sociedade uma variedade de grupos distintos e, na perspectiva da teoria marxista, a existência de classes sociais, a saber: a burguesia e o proletariado. Nesse caso, a burguesia tem conseguido, desde a sua ascensão no século XVIII na Europa, impor um paradigma que privilegia e promove sua permanência e perpetuação, tendo o capitalismo como sistema econômico que concede as condições necessárias de implantação de uma visão de mundo ideal para assegurar tal objetivo.

Desde então, a burguesia tem conseguido, com grande propriedade, promover paradigmas capazes de aumentar a desigualdade, a exclusão social e levar a maior parte da população a conviver, grosso modo, pacificamente e naturalizando as mazelas

decorrentes dessa forma de exploração “velada”. O sociólogo Octavio Ianni afirma que a cultura não é inocente. “Todas as expressões culturais, compreendendo valores e padrões, maneiras de pensar e dizer, modos de viver e trabalhar, criam-se e recriam-se na trama das relações sociais” (Ianni, 2004, p. 167). Inclusive as diversidades e antagonismos sociais, políticos e econômicos estão inseridos no campo da cultura, afirma Ianni.

Dessa forma, percebe-se que as manifestações e criações culturais não são imparciais, como se houvesse apenas uma cultura que representasse todos os indivíduos e grupos sociais. Ou seja, as formulações culturais estão impregnadas de sentido, especialmente daqueles estabelecidos pelos detentores de capital simbólico, capazes de formular uma cultura hegemônica que, embora se demonstre alcançar a totalidade social, vem apenas a legitimar os interesses burgueses diante dos grupos subalternos, confinando-os, discretamente, aos seus domínios. “Todo bloco de poder, composição de forças sociais ou classe dominante exerce alguma ou muita influência sobre as produções culturais” (Ianni, 2004, p. 175).

Por ser a Sociologia, ela mesma uma disciplina que foi formulada sob um novo paradigma científico, que no século XIX tinha nas ciências da natureza sua hegemonia, trouxe uma nova maneira de interpretação dos fatos sociais, com sua metodologia própria em relação a outras ciências, diante da efervescência social que estava ocorrendo na Europa naquele momento. Na sociedade atual, a Sociologia também surge como ferramenta importante na interpretação da dinâmica social cada vez mais intensa, bem como nas desigualdades geradas.

Além da compreensão sob a ótica marxista, a partir da economia, outros elementos que compõem a vida social e que também são responsáveis pelo desenvolvimento de paradigmas, também são levantados por outros teóricos da sociologia. Norbert Elias, sociólogo alemão, é um exemplo. Em sua obra *Os*

estabelecidos e os outsiders (2000), Elias desenvolveu uma pesquisa de campo em uma periferia urbana na Inglaterra em que os moradores mais antigos daquela comunidade, ou os estabelecidos, estigmatizavam os novos moradores que chegavam posteriormente, denominados por Elias de outsiders.

Nesse estudo, Norbert Elias constata que, embora os estabelecidos e os outsiders pertencessem à mesma classe social, possuindo empregos e salários semelhantes, ainda assim foi criada a distinção entre grupos sociais por meio de paradigmas que possibilitava a diferenciação entre esses grupos, bem como legitimava a superioridade de um sobre o outro. Elias constata que, dessa forma, a “exclusão e a estigmatização dos outsiders pelo grupo estabelecido eram armas poderosas para que este último preservasse sua identidade e afirmasse sua superioridade, mantendo os outros firmemente em seu lugar” (Elias, 2000, p. 22).

Assim, na sociedade moderna, mesmo sendo regida pelo viés capitalista, o que fez Marx formular sua teoria a partir da economia, existem relações sociais tão dinâmicas que a questão econômica é apenas uma parte delas, cujos paradigmas são forjados, desencadeando o domínio e manutenção de grupos específicos, por meio de vários segmentos constitutivos da cultura.

A Sociologia e seus desdobramentos por intermédio de vários teóricos é pertinente, dessa forma, na elaboração de métodos que permitam maior aproximação da realidade social, que não é homogênea e, conseqüentemente, gera as desigualdades sociais. Seja a partir da economia ou de outros elementos que também fazem parte da sociedade moderna, as contribuições dos pensadores clássicos ou modernos são percebidas e importantes para se pensar as relações humanas na atualidade.

Na pesquisa realizada por Norbert Elias (2000) as diferenças estabelecidas nas relações de poder entre estabelecidos e *outsiders* resultaram na diferenciação da própria condição humana. Afirma Elias: “Assim como, costumeiramente, os grupos

estabelecidos vêm seu poder superior como um sinal de valor humano mais elevado, os grupos outsiders, quando o diferencial de poder é grande e a submissão inelutável, vivenciam afetivamente sua inferioridade *de poder* como um sinal de inferioridade *humana*” (Elias, 2000, p. 28 – grifos do autor). Assim, nas relações de poder estabelecidas em qualquer sociedade, a partir da perspectiva de Elias, elementos podem ser formulados de maneira que os interesses de determinadas classes possam sobressair, resultando com isso, na exclusão das demais. O capital econômico, nessa forma de compreensão social, nem sempre será o elemento principal no surgimento de desigualdades. A depreciação humana pode estar em algo considerável irrelevante ao olhar do investigador à procura de fenômenos sociais significativos e, mesmo assim, gerar valor suficientemente capaz de mobilizar grupos inteiros à aceitação da mensagem transmitida. A isso, Elias afirma: “Dê-se a um grupo uma reputação ruim e é provável que ele corresponda a essa expectativa” (Elias, 2000, p. 30). Para isso, não é necessário a observação apenas do ponto de vista econômico. Em qualquer esfera cultural pode-se observar certa utilização intencional, manipulando indivíduos de forma que correspondam a um determinado fim¹.

Octavio Ianni (2004), a partir dessa noção de cultura, postula sua ligação com a nação, tendo em vista dois diferentes modos de cultura: a dominante e a subalterna. Ambas são responsáveis na formulação das produções culturais de uma sociedade, que, normalmente, tendem a expressar a visão de mundo de acordo com os grupos a que pertencem.

¹ Norbert Elias (2000) cita o caso dos burakumins do Japão, grupo estigmatizado por fazer trabalhos considerados “sujos”, como o trabalho em lixões e em fábricas de produtos de carne. O preconceito a esse grupo é tão grande que eles próprios se consideram inferiores em relação aos demais japoneses.

Como exemplo, Ianni cita a religião: “Há religiões burguesas e populares, santas e fetichistas, teológicas e mágicas” (Ianni, 2004, p. 171). Ou seja, não se pode falar de uma *religião*, conforme afirma o autor, e sim *religiões*, cada uma contendo e expressando intenções específicas.

Ianni afirma que no decorrer da história, embora pequenas alterações possam surgir nos grupos que exercem domínio, o paradigma permaneceu o mesmo. É o caso da proclamação da República em 1889 sob o lema “ordem e progresso” e, posteriormente, o golpe militar em 1964 sob o lema “segurança e desenvolvimento”. Em ambos os casos, os grupos que detinham o poder falaram em “sociedade brasileira, povo, tradições nacionais, nação, Estado nacional. Formularam constituições, votaram leis, baixaram decretos, ditaram os fins e os meios de governo dos homens e coisas. Mas a maioria do povo não se sentiu representada” (Ianni, 2004, p. 171-172).

Diante disso, Ianni afirma que, apesar desses grupos utilizarem um discurso inclusivo, grandes parcelas da sociedade “não entraram no exercício de direitos políticos, foram rechaçados, postos à margem das decisões e das próprias representações. Sem voz, nem voto, nem representação” (Ianni, 2004, p.172).

Octavio Ianni destaca a diferença entre população e povo e suas implicações no processo da construção da democracia. “Em geral, a cultura dominante, burguesa, concebe largos setores da sociedade como população, isto é, uma coletividade de trabalhadores” (Ianni, 2004. p. 172). A passagem ou “metamorfose”, como denomina Ianni, da população em povo é realizada por meio de um processo cultural. Esse procedimento, no entanto, recebe obstáculos em sua realização por parte da burguesia que, por exercer forte domínio no âmbito cultural, faz com que esse processo não seja articulado, dificultando o máximo possível a formação do povo, “encarado como uma coletividade de cidadãos – indivíduos com direitos e deveres iguais,

independentemente de classe, raça, sexo, religião, ideia, condição urbana ou rural, civil ou militar” (Ianni, 2004, p. 172).

Para Ianni, esse fato está diretamente ligado à revolução burguesa realizada no Brasil, que alcançou sucesso em termos econômicos do desenvolvimento do capital e da acumulação, formando um mercado nacional em todo o território brasileiro. No entanto, a revolução burguesa pouco avançou “em termos políticos e culturais, se pensamos a partir da perspectiva de operários, camponeses e outros setores populares. As conquistas democráticas, em forma política e cultural, são limitadas. Com frequência há retrocessos” (Ianni, 2004, p. 172). Blocos de poder são criados e recriados em associação às altas hierarquias, contribuindo na manutenção e perpetuação da classe dirigente.

Assim, conclui Ianni, “se interrompem processos democráticos, nos quais operários, camponeses, empregados, funcionários e outras categorias sociais lutam para conquistar direitos, abrir espaços políticos e culturais” (Ianni, 2004, p. 173).

Pierre Bourdieu, ao analisar as produções simbólicas desenvolvidas socialmente, afirma:

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções. Este efeito ideológico, produ-lo a cultura dominante dissimulando a função de

divisão na função de comunicação: a cultura que une (intermediário de comunicação) é a também a cultura que separa (instrumento de distinção) e que legitima as distinções compelindo todas as culturas (designadas como subalternas) a definirem-se pela sua distância em relação à cultura dominante (Bourdieu, p. 10-11, 1989).

O papel das ciências sociais, portanto, ao analisar a sociedade por meio de seus métodos postulados pelos requisitos da ciência, ou seja, não pautada nas impressões provenientes de experiências pessoais, mas sim por um estudo sistemático e crítico, pode, dessa forma, levantar elementos, nem sempre de fácil percepção, que possam contribuir na identificação de paradigmas estabelecidos na sociedade por meio dos mais variados aspectos culturais, desmistificando-os e favorecendo a elaboração de novas concepções de vida social, a partir de pressupostos democráticos, nos quais o ser humano seja apreendido de forma integral na sociedade.

2. O DIREITO COMO POSSIBILIDADE DE EXERCER JUSTIÇA SOCIAL

A justiça social está representada em diversos artigos consubstanciados na Constituição da República. O art. 3º elenca diversos objetivos fundamentais, dentre os quais se destacam “erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso III), “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inciso IV). A saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196), a educação é um dever do Estado e da família (art. 205). O artigo 170 assegura uma ordem econômica “conforme os ditames da justiça social” e o artigo 193, por sua vez, prescreve ser a justiça social objetivo da ordem social.

Desta forma, tem-se assegurado na Constituição Federal a garantia de uma sociedade alicerçada na justiça social. Todavia, muito longe disso encontra-se grande parte do arcabouço legislativo, bem como sentenças proferidas pelos magistrados brasileiros.

Além de parâmetro, objetivo e fundamento para a criação de leis, a justiça social, como descreve Eros Grau, é indubitavelmente maior:

Na fase social da justiça, são os problemas organizatórios de fundo – econômicos, políticos, humanos – que surgem pondo em causa não apenas as soluções legais, mas a própria estrutura da sociedade, ou aspectos desta estrutura. Aí então a justiça não se limita a resolver conflitos de conduta ou de interesses no plano da lei positiva. Aí a justiça é instrumento de mudança e de transformação. Aí a justiça é captadora de anseios e reivindicações. Aí a justiça o que propugna são causas, e não apenas sentenças. A justiça aí pensa na humanidade e não no caso em particular. A justiça social atua como o sal da terra e move o espírito de liderança que conduz os acontecimentos (Grau apud Xavier, 2006, p. 24).

A justiça já não é mais aquela do direito individual, do caso concreto, do indivíduo lesado, mas a justiça “social”, a justiça para a sociedade, que, além de casos específicos, deve reger e transformar o sistema no qual leis serão criadas e, mesmo diante de um arcabouço legislativo injusto, se sobrepõe a esse, por ser garantia de um Estado Democrático de Direito.

Assim sendo, seria possível pensar que todas as leis são leis justas, pois criadas dentro de um sistema garantidor da justiça social. Todavia, conforme salienta Roberto Lyra Filho, é exatamente esse o “repertório ideológico do Estado, pois na sua posição privilegiada ele desejaria convencer-nos de que cessaram as contradições, que o poder atende ao povo em geral e tudo o que vem dali é imaculadamente jurídico, não havendo Direito a procurar além ou acima das leis” (Lyra Filho, 1982, p. 9).

No entanto, exatamente o contrário do defendido por Lyra Filho, é o que se tem visto no ensino dos cursos jurídicos pelo país. Acadêmicos preocupados tão somente em locupletar-se cada vez mais de matérias codificadas (Civil, Processo Civil, Penal, Trabalho, Administrativo, Constitucional etc.), as quais, afinal, o conduzirão a um caminho de sucesso: a aprovação nos mais diversos concursos do país, não menos ansiada pelos cursos. O Direito ensinado durante os cinco anos é algo estático, acabado, acrítico e que, fora dele, se agiria na ilegalidade.

Nesse contexto, quase nenhum valor se confere a disciplinas capazes de apresentar uma visão crítica da realidade, da sociedade e do direito, tal como a Sociologia. Muitos estudantes acabam o curso com a compreensão de que o Direito é exatamente o estudo das leis e a maneira de aplicá-las ao caso concreto. Aliás, os que se destacam nessa fixação/memorização da maior quantidade de artigos de lei, são condecorados pela faculdade, família e sociedade, mesmo sem a capacidade de sequer compreender o que realmente é o Direito.

Daí o motivo pelo qual a formação de bacharéis que sequer conjecturam que

A lei sempre emana do Estado e permanece, em última análise, ligada à classe dominante, pois o Estado, como sistema de órgãos que regem a sociedade politicamente organizada, fica sob o controle daqueles que comandam o

processo econômico, na qualidade de proprietários dos meios de produção. Embora as leis apresentem contradições, que não nos permitem rejeitá-las sem exame, como pura expressão dos interesses daquela classe, também não se pode afirmar, ingênua ou manhosamente, que toda legislação seja Direito autêntico, legítimo e indiscutível. Nesta última alternativa, nós nos deixaríamos embrulhar nos “pacotes” legislativos, ditados pela simples conveniência do poder em exercício (Lyra Filho, 1982, p. 8).

Miguel Pressburger (1995) salienta que os cursos de direito estão cada vez mais empenhados em formar “operadores” e não “pensadores” e, nesse contexto, a pedagogia do direito tornou-se unilateral e quase mecânica, centrando toda a sua função educativa apenas na informação de uma realidade dada, feita, elaborada e digerida. Assim, a atividade formativa, de criação própria, de vivências individuais ou de grupo, fundamental para qualquer profissão - quanto mais para o homem do direito - é deixada a um segundo nível.

A falta de consciência crítica, como descreve Paulo Freire (1987), é comum nessa visão bancária da educação, em que quanto mais os educandos são exercitados no arquivamento de depósitos que lhes são feitos, menos desenvolverão a consciência crítica de que resultaria a sua inserção no mundo como transformadores dele, bem como sujeitos.

Em razão dessa educação “bancária”, não só a sociedade, mas também os bacharéis em Direito, em sua maioria, sequer conseguem distinguir Lei, Direito e

Justiça, tornando-se acríticos ante a ordem jurídica por acreditarem, de forma indubitável, que ela é justa.

Nesse contexto, importante observar que Direito e Justiça são conceitos possíveis de se confundir, o que de forma alguma acontece ao se relacionar Lei e Direito, conforme saliente João Batista Herkenhoff (1993, p. 29):

A lei, no sentido amplo, abrange todas as normas jurídicas (Constituição, leis, decretos etc.), inclusive os costumes acolhidos pelo sistema legal.

Nessa acepção, a lei é o conjunto das normas obrigatórias impostas pela classe dominante, numa determinada sociedade.

Lei e Direito não são conceitos equivalentes.

Lei é a norma vigente, justa ou injusta: pode desempenhar o papel de apenas regulamentar a opressão.

O Direito tem um sentido que transcende e, com frequência, se opõe ao da lei.

Só é Direito o Direito justo.

A nosso ver, só é Direito justo o Direito das majorias, aquele que beneficia quem produz, o Direito dos que hoje são oprimidos.

Se a lei é um conjunto de normas obrigatórias impostas pela classe dominante, podendo ser justa ou injusta, e Lei e Direito não são conceitos equivalentes, premente se faz a difusão de um Direito transcendente, o Direito dos oprimidos, um Direito Alternativo, ou ainda, o Direito Insurgente – que acabou por ser

uma marca do Instituto Apoio Jurídico Popular, como esclarece Miguel Pressburger (1995).

O Direito, portanto, que oferece subsídios à construção de uma justiça social, raramente será legitimado - pois seu processo de discussão e criação encontra-se contextualmente inserido e nas mãos da classe dominante. Por essa razão necessário se faz a busca de novos paradigmas, novas formas de usar o Direito para fazer justiça, não perpetuando e legitimando a injustiça; um Direito que busca alternativas para a existência de leis verdadeiramente democráticas e comprometidas com o interesse de toda a sociedade.

Esse novo modelo de Direito que emergiu da produção intelectual de acadêmicos e juristas, teve sua vertente brasileira mais proeminente na Nova Escola Jurídica Brasileira de Roberto Lyra Filho. Nesse contexto vale ressaltar algumas palavras do próprio Lyra Filho:

Não devemos ceder ao tecnicismo. A Nova Escola Jurídica Brasileira pesquisa as leis, a jurisprudência, a doutrina, o Direito supralegal e, auscultando a práxis jurídica, sob o ponto de vista dos espoliados e oprimidos, sua conscientização, seus movimentos libertadores, traça rumos para a atuação do advogado na práxis, tanto de cidadão, quanto profissional.

E continua:

Teoria é apenas teoria da prática, assim como a prática não é senão a práxis da teoria. Direito é

desenganadamente política, e a questão não é ser político ou não sê-lo, pois não sê-lo é um disfarce que adota a opção política de natureza conservadora – isto é, não quer que o estudante ou professor “façam política”, porque esperam que eles se acomodem docilmente à política oficial, que já traçou a função e a maneira de exercê-la: o Estado é o autor da peça; o dirigente da Faculdade é o produtor e diretor do espetáculo; e a nós cumpriria apenas desempenhar o papel que nos foi distribuído, sem “contestar” (Lyra Filho, 1988, p. 30).

Esse Direito – o Alternativo, o do Oprimido, o Insurgente - e somente ele é capaz de promover a tão falada “justiça social” assegurada pela Constituição da República e que continuará sendo somente adorno se contemplada dentro de uma visão dogmática, fechada e cega da realidade social, em que as verdadeiras injustiças sociais acontecem a todo minuto e são escamoteadas no processo legislativo brasileiro.

Nesse momento, quantos empregados em frigoríficos sofrem com exaustivas jornadas de trabalho, além de padecerem de doenças incuráveis adquiridas por essa razão? Quantos trabalhadores morrem em canaviais em trabalhos análogos à condição de escravo? Quantos povos indígenas estão perdendo o único pedaço de terra que lhes restam e de onde provém toda a sua subsistência para os milionários empresários do agronegócio? Diante das diversas e mais cruéis formas de injustiça - num país que tem como fundamento a “dignidade da pessoa humana” - onde está o dito Direito? Legitimando ou rejeitando tais práticas? O Dogmático, não apenas assegurando, como preservando e perpetuando práticas desumanas, mas o Alternativo, Vivo e Humanizante, se põe na insurgência de uma ordem jurídica injusta.

Miguel Pressburger ao tecer comentários sobre o “direito insurgente”, ressalta:

O que se exige hoje, mais do que nunca, da ciência do direito, não é apenas o levantamento rigoroso da realidade jurídica, com explicação racional dos fundamentos lógicos do sistema: o que se impõe é também e sobretudo a invenção de um direito mais eficiente e justo. Ou dito de outra forma, um direito que tenha em suas raízes a insurgência contra a perspectiva idealista e fragmentada do saber atualmente dominante; um saber que nunca considerou “os operários na fábrica, nunca foi ao campo saber como o lavrador dá duro de sol a sol, nunca subiu ao morro e conheceu a situação dos favelados” (Pressburger, 1995, s/p).

Continua o autor que esse “direito insurgente” é a invenção de um direito mais justo e eficiente, que emerge das lutas sociais, direito esse, que longe de se normatizar, ou seja, sem eficácia para toda a sociedade, já vai fornecendo indicativos metodológicos na busca de nova epistemologia (Pressburger, 1995).

O Direito, portanto, não pode ser tido como o domínio das leis e, conseqüentemente, como uma forma eficaz de perpetuar a opressão e a estrutura da dominação de classes. O verdadeiro Direito é transcendente e busca meios de realizar justiça a partir da análise sociológica de uma realidade injusta.

Necessário e urgente se faz o questionamento desse modelo jurídico imposto e marcado por inúmeras injustiças sociais. Novos paradigmas são fundamentais para a

busca uma cultura jurídica engajada e comprometida com a realidade social, a qual busca transformar e não perpetuar as práticas tradicionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora cada campo da ciência tenha suas especificidades e metodologias próprias, é importante ressaltar que a conexão com outras áreas pode trazer contribuições proíficas na compreensão da realidade social, bem como a formulação de alternativas que viabilizem práticas relevantes de acordo com o contexto de cada sociedade.

Nesse caso, o presente artigo buscou levantar a importância do diálogo entre a Sociologia e o Direito, na tentativa de identificar paradigmas que vem sendo perpetuados na sociedade brasileira, desde a sua colonização no século XVI até o momento atual. Embora contextos específicos sejam identificados em sua história, é possível perceber que o exercício do poder tem sido usufruído por pequenas parcelas, seja no período colonial, imperial ou republicano. Tais práticas tem sido legitimadas por meio dos mais variados setores da cultura, o que tem tornado cada vez mais consolidado o domínio da maior parte da sociedade por parte de elites dominantes, naturalizando e perpetuando a desigualdade e a injustiça social.

O Direito, sendo uma esfera responsável por estabelecer limite e parâmetro nas relações sociais, torna-se importante instrumento capaz de instaurar a justiça, de forma imparcial. Para tanto, é necessário romper paradigmas oriundos das classes dominantes, cujo alcance tem atingido o próprio campo jurídico, fazendo dele, meio de manutenção da presente ordem. Para tanto, a Sociologia pode oferecer ferramentas importantes que possibilitem uma reflexão crítica e ampla da sociedade, composta por vários grupos que possuem necessidades e interesses distintos, os quais devem ser observados em sua integralidade.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John. *Os estabelecidos e os outsiders*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

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

HERKENHOFF, João Batista. *Direito e Utopia*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

IANNI, Octavio. *Pensamento social no Brasil*. Bauru: EDUSC, 2004.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. São Paulo: Brasiliense, 1982.

_____. Por que estudar direito, hoje? in: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (org.). *O Direito achado na rua*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.

PRESSBURGUER, Thomaz Miguel. Direito, a alternativa. In: Ordem dos Advogados do Brasil – RJ. *Perspectivas sociológicas do direito: 10 anos de pesquisa*. Rio de Janeiro: Thex Ed: OAB/RJ: Universidade Estácio de Sá, 1995.

XAVIER, Bruno de Aquino Parreira. *Direito Alternativo - Uma contribuição à teoria do direito em face da ordem injusta*. Curitiba: Juruá, 2006.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**MODOS DE PENSAR O CONTROLE SOCIAL E A JUSTIÇA PENAL: UMA
ILUSTRAÇÃO DA “TEORIA FUNDAMENTADA NOS DADOS”
NA ANÁLISE DOS DISCURSOS PARLAMENTARES SOBRE
A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL**

Riccardo Cappi¹

RESUMO

Esta comunicação pretende oferecer uma descrição e uma leitura teórica dos “modos de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal, a partir da análise das Propostas de Emenda Constitucional para redução da maioria penal e dos debates parlamentares brasileiros sobre o tema, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010. Ademais, busca ilustrar a possibilidade de utilização da “teoria fundamentada nos dados” (Grounded Theory, Glaser e Strauss) no campo da Sociologia do Direito, através de uma pesquisa empírica voltada para o estudo da produção legislativa. Após apresentação do método sugerido, serão expostos os procedimentos e alguns resultados da pesquisa, tais como: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioria penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; a elaboração de quatro discursos-tipo, delineando maneiras diferentes de pensar o controle social da delinquência juvenil. Enfim, a partir do conceito de “racionalidade penal moderna” (Pires), mostra-se como, para além das posições políticas sustentadas, um amplo espectro de discursos

¹ Doutor em Criminologia e Mestre em Ciências Econômicas pela Universidade Católica de Louvain (Bélgica), Professor da UEFS e da UNEB, Professor colaborador do Mestrado Profissional em Segurança Pública da UFBA, Líder do Grupo de Pesquisa em Criminologia da UEFS e da UNEB.

parlamentares permanece centrado na visão hostil do autor da infração e na idéia de sanção afliitiva, referenciais dominantes em matéria de resposta social às condutas criminalizadas.

Palavras-chave: *Teoria fundamentada nos dados (Grounded Theory) – Pesquisa empírica (no campo do Direito) – Maioridade penal – Controle social – Racionalidade Penal Moderna.*

**WAYS OF CONCEIVING SOCIAL CONTROL AND PENAL JUSTICE: AN
ILLUSTRATION OF “GROUNDED THEORY”
IN THE ANALYSIS OF PARLAMENTARY SPEECHES ON THE
REDUCTION OF PENAL MAJORITY AGE**

ABSTRACT

This communication aims to offer a description and a theoretical reading of the “ways of thinking” social control of criminality and penal justice, based on an analysis of the Proposals for the Emendation of the Constitution to reduce the penal majority and on Brazilian parliamentary debates on the subject, made in the Senate and the House from 1993 to 2010. Furthermore, it shows the possibility of applying Grounded Theory (Glaser and Strauss) in the field of Sociology of Law, through an empirical research addressed to the study of legislative production. After the presentation of the suggested method, the procedures and some results of the study will be shown, as follows: a structure for the arguments in favor of a reduction of the penal majority; an identification of the crucial opposing points between the arguments for and against the constitutional change; the development of four speech typologies, highlighting different ways of conceiving social control of juvenile delinquency. Finally, starting from the concept of “modern penal rationality” (Pires), it will be shown how, in spite

of the positions held, a wide spectrum of parliamentary speeches remains centered on a hostile vision of the author of the infraction and on the idea of afflictive penalty, predominant references in the matter of social response to criminalized conducts.

Key words: *Grounded Theory – Empirical Research (in the field of Law) – Penal Majority– Social Control – Modern Penal Rationality*

INTRODUÇÃO

Este artigo apresenta uma parte dos procedimentos e dos resultados de uma pesquisa mais ampla, dedicada ao estudo das “maneiras de pensar” o controle social da criminalidade e a justiça penal¹; tal pesquisa, se inscreve num contexto internacional caracterizado pela multiplicação de estudos e de discussões sobre a evolução do controle penal, que ilustram e analisam, dentre outras mudanças, o incremento das soluções punitivas e afitivas (Christie, 2005), advindas notadamente através do recurso maciço ao encarceramento. A realidade brasileira não escapa a essa tendência, nem aos intensos debates levantados por ela, uma vez que as mudanças legislativas conduzidas após a promulgação da Constituição de 1988 traduzem concepções muito diversificadas em matérias de controle social.

Torna-se importante propor uma análise dessas concepções, partindo da observação empírica. Neste sentido, será apresentado um estudo dos debates parlamentares brasileiros acerca da redução da maioria penal, ocorridos na Câmara e no Senado entre 1993 e 2010, na esteira das numerosas Propostas de Emenda Constitucional elaboradas durante o mesmo período. Dada a abundância e a riqueza desses discursos, este material mostrou-se adequado para uma análise que ajude a compreender as diversas concepções do controle social, presentes no âmbito da produção legislativa. Entende-se que as posições expressadas nesse debate, os argumentos e referenciais cognitivos mobilizados, foram interessantes para perceber

¹ Trata-se da pesquisa de doutorado, cujo título é “Motivos do controle e figuras do perigo: a redução da maioria penal no debate parlamentar brasileiro” (tradução nossa), defendida em 2011 no programa da Escola de Criminologia da Universidade Católica de Louvain e orientada pelo Prof. Dr Dan Kaminski, a quem renovo meus agradecimentos e minha estima.

empiricamente as diversas “maneiras de pensar” a resposta social a ser produzida diante da delinquência juvenil.

A peculiaridade desta contribuição reside no fato dela proporcionar uma ilustração metodológica da “Teoria Fundamentada nos Dados” (Grounded Theory), entendida como recurso para realização de uma pesquisa empírica, aplicável no âmbito da Sociologia do Direito. Neste sentido, será acordada uma importante atenção às características deste método e aos procedimentos adotados, sem omitir a apresentação de alguns resultados que, contudo, poderiam ser discutidos mas amplamente.

Propõe-se um desenvolvimento em quatro partes. Num primeiro momento serão expostos os fundamentos e as diretrizes da Teoria Fundamentada no Dados, entendida como dispositivo de pesquisa voltado para geração de uma leitura teórica dos fenômenos sociais, enraizada na análise dos dados empíricos. Em seguida, serão apresentados os procedimentos decorrentes da adoção desta metodologia, no intuito de sustentar sua validade para pesquisa empírica, especialmente a que tem como objeto o campo e as práticas do Direito. Num terceiro momento, o método será exemplificado através da ilustração alguns procedimentos específicos, adotados para o estudo dos discursos parlamentares brasileiros sobre a redução da maioria penal; nesta etapa serão igualmente informados alguns resultados obtidos no decorrer da pesquisa. Enfim, a título sobretudo ilustrativo, será dedicada uma seção à rápida discussão desses resultados, mobilizando o referencial teórico da “Racionalidade Penal Moderna”.

1. A “TEORIZAÇÃO FUNDAMENTADA NOS DADOS” (TFD)

A “teorização fundamentada nos dados” (Glaser e Strauss, 1967; Strauss e Corbin, 2008; Guerra, 2006; Laperrière, 2008) foi apresentada por Glaser e Strauss, em 1967, como uma metodologia de pesquisa que permite elaborar conhecimentos

teóricos, mesmo a título de hipóteses, a partir da observação dos dados. De certa forma, ela constitui tanto um modelo de construção da teoria sociológica quanto um procedimento de análise de materiais empíricos, rendendo conta da relação que pode – e deve – existir entre a teoria, o método e os dados empíricos. Segundo seus autores, a TFD surge como resposta a uma dupla carência no âmbito da produção sociológica da época. Por uma lado, eles denunciavam o baixo nível de teorização alcançado pelas pesquisas sociológicas, quantitativas em sua maioria, mais interessadas na “neutralidade” das coletas e acúmulos de dados; por outro, contestavam a maneira forçosa das teorias sociológicas “encaixilhar” os dados para que correspondam, *a posteriori*, aos quadros conceituais previamente situados. Neste sentido, a TFD pode também ser apresentada e definida por sua diferença em relação aos métodos utilizados mais tradicionalmente na ciência – e nas ciências sociais – cujo objetivo é, em geral, a verificação ou a corroboração de hipótese elaboradas a partir de um marco teórico preestabelecido. Assim, a TFD constitui uma metodologia de cunho prevalentemente indutivo, uma vez que prevê uma inversão da lógica tradicional da pesquisa hipotético-dedutiva: nesta, o quadro teórico é previamente construído ou adotado, antes da aproximação aos dados empíricos, para que estes sejam observados a partir daquele, isto é, para que a hipótese inicial seja, ou não, confirmada. O resultado desta inversão proposta pela TFD é a possibilidade de produzir, no decorrer da própria pesquisa, uma formulação teórica a partir dos dados, isto é, emergindo da observação. Assim, o objetivo é a “*elaboração de uma teoria*, decerto enraizada na realidade empírica, porém não constituindo uma simples descrição; os casos empiricamente observados não são aí considerados em si mesmos, mas sim, como *instâncias* do fenômeno social observado ” (Laperrière, 2008, 353, grifo da autora).

A TFD se inscreve na tradição sociológica americana¹ e produz uma explicitação das regras metodológicas pelas quais se busca construir uma formulação teórica enraizada em dados empíricos, essencialmente qualitativos². Tratando-se de articular a análise rigorosa e sistemática à possibilidade de dar conta da riqueza e da complexidade da realidade, a TFD propõe uma construção teórica que seja, por um lado, aderente à realidade e que, por outro lado, mantenha uma capacidade de compreensão da mesma. Trata-se de uma perspectiva exploratória, onde as hipóteses e as formulações teóricas vem sendo geradas – mais do que verificadas –, sempre em busca de “casos negativos” (Pires, 2008, 90) que possam aprimorar essas elaborações.

Antes de adentrarmos a apresentação do método proposto, cabe explicitar, ainda que rapidamente, alguns posicionamentos adotados aos quais será feita referência ao longo deste texto. Em primeiro lugar, cabe definir uma *teoria* como uma sistematização cognitiva da realidade, que se dá através da explicitação das relações que subsistem entre algumas das características (ou variáveis) desta realidade. As *características* da realidade remetem tanto aos elementos “objetivos” da mesma quanto à maneira dos atores sociais interpretarem esta realidade. No nosso caso, será dada especial atenção à maneira específica dos atores produzirem representações da realidade, atribuindo-lhe sentido, num contexto específico. Em outras palavras, será posta a ênfase na possibilidade de compreender – e formular teoricamente – o ponto de

vista e as significações construídas pelos atores sociais num “campo” específico (Bourdieu, 2001) – os senadores e deputados brasileiros no campo político, o da elaboração legislativa – acerca de uma determinada questão – a redução da maioria penal – num dado contexto histórico – o Brasil da “redemocratização”. Isto nos remete a possibilidade de percorrer uma modalidade de pesquisa dita *compreensiva* (Pires, 2008) que, diferentemente da pesquisa explicativa, não busca estabelecer relações causais (de caráter geral) para dar conta de um fenômeno, dedicando-se mais especificamente à compreensão das maneiras pelas quais raciocinam e interpretam os seres humanos envolvidos neste fenômeno. Neste sentido, entende-se que a “realidade” é uma *construção social* que se trata de compreender, cabendo inclusive explicitar e questionar reflexivamente – até onde for possível – a maneira específica através da qual o pesquisador “constrói” a realidade, ao observá-la. Embora não seja possível aprofundar aqui tais importantes questões epistemológicas, cabe mencioná-las, inclusive para afastar a possibilidade de uma leitura ingênua do caráter “indutivo” atribuído à TFD. Como se deixou entender pelo uso do advérbio “prevalentemente”³, não se trata aqui de sustentar que a TFD seja indutiva no sentido puro da palavra, o que seria de fato impossível, pois a observação sempre é guiada por uma pré-leitura “teórica” da realidade por parte do observador-pesquisador. Mais precisamente, trata-se de afirmar a TFD renuncia ao intento de trabalhar por *verificação de uma ou mais hipóteses* preestabelecidas, a partir de um marco teórico dado, visando, ao contrário, a *geração de hipóteses*, constituindo a criação de uma proposta teórica que, por sua vez, pode se tornar objeto de verificação ou de discussão, à luz de outras formulações teóricas já existentes.

¹ Como assinala Laperrière (2008, 354), a TFD não é inteiramente original, na medida em que mantém um parentesco com a Escola de Chicago, conhecida por sua exigência de articulação entre as teorias e os dados empíricos, com a fenomenologia e sua tentativa de abstrair das “pré-noções”, e com o interacionismo simbólico, que enfatiza a importância do ponto de vista dos atores na construção social da realidade.

² Para citar alguns exemplos, os dados qualitativos podem ser constituídos por transcrições de entrevistas semi-estruturadas, de observações ou ainda, como no nosso caso, por discursos parlamentares.

³Na expressão: “a TFD constitui uma metodologia de cunho *prevalentemente* indutivo”

2. O MÉTODO DA TFD

A TFD constitui portanto um método de análise de matérias qualitativos que merece ser descrito aqui nas grandes linhas, antes dele ser ilustrado através do exemplo proposto. Cabe ressaltar a dificuldade de descrever o método da TFD, uma vez que ele se baseia num processo onde se faz necessário alternar, de maneira repetida e flexível, a *observação dos dados empíricos* e a *formulação dos enunciados teóricos*, tornando-se estes sempre mais gerais e abstratos, no decorrer deste processo de mão dupla. Isto implica que as etapas previstas, a depender da pesquisa, não sejam sempre realizadas na mesma ordem cronológica ou, ainda, que seja necessário repetir algumas seqüências – até por várias vezes – para obter o resultado esperado. Em função de tal flexibilidade, a descrição que segue tem sobretudo um caráter pedagógico, pois a peculiaridade de cada pesquisa levará à adoção de procedimentos específicos. Isto pode ser ilustrado através de uma simples analogia: existe uma diferença entre a explicar como se anda de bicicleta e andar de bicicleta. A supor que seja possível identificar formalmente as operações singulares que constituem o fato de dirigir uma bicicleta, é fácil pensar que cada ciclista possa adotá-las seguindo uma ordem e um número de repetições diferentes, ditados pelas circunstâncias e por sua sensibilidade específica.

Assim, as três etapas fundamentais da TFD são a codificação *aberta*, a codificação *axial* e codificação *seletiva*. De maneira geral, a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas.

A codificação dita *aberta* (Strauss e Corbin, 2008, 103-122) é aquela que prevê a formulação de conceitos para os elementos que compõem a realidade

observada: qualquer dado, neste estágio, é passível de codificação¹. Assim, o conceito nada mais é do que uma entidade mais abstrata para designar uma unidade de sentido (ou incidente) na observação; trata-se, nesta fase, de encontrar conceitos que sejam quanto mais próximos aos dados empíricos. Em seguida, os diversos conceitos elaborados podem ser reunidos em categorias e subcategorias, quando remetem a um mesmo universo de sentido. As categorias elaboradas possuem, desta forma, uma dupla natureza: por um lado, elas são abstratas – traduzindo a operação analítica do pesquisador –, por outro elas são enraizadas – traduzem uma relação estreita ao dado empírico. A codificação aberta prevê também a descoberta das propriedades (ou modalidades) das categorias, bem como as dimensões das mesmas – por exemplo, a frequência, a intensidade e a duração observadas.

A codificação *axial* (Strauss e Corbin, 2008, 123-142) consiste na comparação das categorias abstraídas dos dados empíricos, bem como suas propriedades e dimensões, para começar a elaborar uma articulação teórica entre elas, devendo ser confirmada pelo retorno às observações iniciais. Durante esta fase algumas categorias aparecem como centrais na análise, que começa com o estabelecimento de (co)relações entre categorias, ou entre categorias e propriedades. Este procedimento deve levar a elaboração de hipóteses que se tornarão sempre mais consistentes, a medida que forem testadas novamente através dos dados empíricos, rumo a estabilização de uma proposta teórica, assim enraizada na observação.

¹ Vale ressaltar que, de um ponto de vista prático, é praticamente indispensável assumir um sistema rigoroso de anotação das operações de codificação – através de memorandos, anotações ao lado do texto ou programas informáticos que facilitam o trabalho – sem presumir por antecipação a relevância analítica de qualquer categoria, até que ela apareça como relevante ao longo deste minucioso processo de “ida e volta” entre a observação e a codificação (Strauss e Corbin, 2008, 65 e seguintes)

Enfim, a *codificação seletiva* (Strauss e Corbin, 2008, 143-160) é aquela que permite a integração final da teoria, em torno de uma categoria ou de uma narrativa central, funcionando como pivô ao redor do qual todas as categorias giram. Procede-se portanto por *redução*, sendo a teoria produzida com um número mais restrito de conceitos, porém de um nível teórico mais denso – e de maior abstração – aplicável a um maior número de situações. Em outras palavras, encontra-se, nesta fase uma linha narrativa que oferece uma nova conceitualização do objeto, identificando o “problema teórico central” da pesquisa que, obviamente, continua passível de complementações ulteriores. Em outras palavras, trata-se de desvendar relações significativas e recorrentes entre categorias (e suas dimensões) válidas para o conjunto de dados empíricos observados.

Este conjunto de operações de codificação é realizado até *saturação*, isto é, até quando as novas observações oferecem unicamente novos exemplos referentes as categorias e propriedades existentes, sem que haja necessidade de remaneja-las, pois não aparece nenhum dado novo relevante. Desta forma a teoria emergente encontra-se estabilizada: o pesquisador entende que as categorias construídas, bem como as relações que as interligam, têm plausivelmente um caráter de generalidade, pelo menos em relação aos dados observados. Além de não serem lineares, estes passos são intimamente ligados à *sensibilidade teórica do pesquisador* (Laperrière, 2008; Strauss e Corbin, 1998; Guillemette e Luckeroff, 2009), isto é, seus conhecimentos teóricos prévios, sua cultura e suas experiências prévias, que desempenham um papel crucial, para a observação da realidade e a elaboração de formulações progressivamente mais abstratas da mesma. Enfim, vale ressaltar que o próprio método da TFD pode ser combinado, em diversos momentos, com outras técnicas de análise, em função dos objetivos da pesquisa.

3. A ANÁLISE DOS DISCURSOS PARLAMENTARES SOBRE A MAIORIDADE PENAL

Quais as maneiras de pensar dos parlamentares brasileiros quando assumem posições referentes à questão da redução ou da manutenção da maioria penal? Esta é a questão inicial da pesquisa que fundamenta esta contribuição e da qual serão apresentados aqui alguns aspectos metodológicos, referentes à utilização da TFD¹. A intenção é de identificar as diversas maneiras de ver e (re)construir a realidade social, bem como os modos de conceber as respostas para a delinquência juvenil, a partir de diversas « visões de mundo » (Bourdieu, 2001), ou de diversos « referenciais cognitivos » (Muller, 2000). Enfim, pretende-se ilustrar uma possível articulação entre a “normatização do mundo”, por um lado, e a “leitura e explicação do mundo », por outro (Muller, 2000).

A análise foi conduzida a partir da observação dos textos das 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) voltadas para redução da maioria penal e os discursos parlamentares que se referem às mesmas, entre 1993 e 2010², mobilizando o referencial metodológico da TFD. A apresentação será realizada em três momentos. Num primeiro tempo, a atenção será dedicada aos argumentos favoráveis à redução da

¹ No caso em tela, o estudo privilegia a observação das “maneiras de pensar” as respostas às condutas criminalizadas, através da análise dos discursos parlamentares, deixando em segundo plano o estudo das interações entre os atores específicos que, ao longo do período mencionado, deram vida a este processo na esfera legislativa

² A análise foi conduzida utilizando as comunicações nos plenários do Senado (85 discursos) e da Câmara (479 discursos), durante o período 1993-2010, tais como taquigrafadas nos respectivos sites. Os discursos foram obtidos, utilizando o motor de pesquisa dos sites, com a introdução da palavra-chave “maioridade penal”. Dados os limites do artigo, não encontram-se apresentados os numerosos passos que esta metodologia comporta. Para maiores detalhes remetemos à leitura de Cappi (2011).

maioridade penal, podendo estes ser comparados aos argumentos que embasam a posição contrária. Num segundo tempo, será importante ilustrar uma análise mais ampla dos discursos parlamentares que, no terceiro tempo, permitirá identificar diversas “maneiras” de pensar as respostas às condutas delitivas.

3.1. Os argumentos favoráveis à redução da maioria penal e as oposições relevantes

No início, foi possível identificar todos os argumentos apresentados pelos parlamentares que sustentam a posição favorável à redução da maioria penal. O corpus empírico, para esta primeira etapa, foi constituído pela trinta e sete Propostas de Ementa Constitucional dedicadas à esta matéria. Cada uma delas foi considerada como um “evento discursivo” para o qual era necessário identificar suas diversas componentes, notadamente aquelas referentes à argumentação proposta. Assim, tratou-se de recortar cada PEC em seqüências distintas, apresentando unidade de sentido, sendo cada uma codificada através de um conceito sintético. Seguindo o procedimento da *codificação aberta*, essas codificações foram agrupadas, em função da semelhança de sentido entre elas, até construir categorias conceituais. Essas categorias constituem entidades mais abstratas, elementos fundamentais para esboçar uma leitura teórica. Em outras palavras, para dar conta dos argumentos utilizados, passamos dos conceitos elaborados pelos parlamentares, encontrados nos textos, à construção de categorias teóricas, mais abstratas.

Vejamos um exemplo deste procedimento de análise. Várias seqüências argumentativas, encontradas nos discursos favoráveis à redução da maioria penal, foram codificadas através do conceito “*discernimento do jovem em função do desenvolvimento sócio-econômico do país*”; outras seqüências foram codificadas pelo conceito “*discernimento do jovem em função da educação recebida*”. Esses conceitos

autorizaram a formulação de uma categoria mais abrangente, nomeada “*discernimento do jovem*”, entendida como condição da aplicabilidade ou de eficácia da aplicação da lei penal, segundo os parlamentares que sustentam esta posição. Temos assim um argumento conceitualizado da posição favorável à redução da maioria penal.

O mesmo procedimento foi aplicado ao conjunto das PEC propondo a redução da maioria penal, obtendo assim uma lista de argumentos, expressos através de categorias, enraizadas no material empírico observado, até alcançar a saturação teórica dessas categorias. Note-se que não se realizou uma leitura de tipo quantitativo, cada argumento categorizado podendo ser o representante de um número muito variável de ocorrências reais. Em contrapartida, nenhum dos argumentos encontrados foi descartados nesta construção teórica, fundamentada nos próprios discursos dos parlamentares¹.

A continuação da análise minuciosa dos materiais empíricos permitiu codificar e organizar, por abstrações sucessivas, o conjunto dos argumentos encontrados e estabelecer relações entre eles – conforme previsto pela *codificação axial* – rumo à elaboração de uma narrativa central – *codificação seletiva*. No nosso caso, tratando-se inicialmente de organizar os argumentos favoráveis à redução da maioria penal, optou-se por apresentá-los segundo uma estrutura de silogismos que, a nosso ver, facilitou a compreensão teórica do conjunto dos argumentos sustentando esta posição.

¹Esta etapa foi facilitada pelo uso do programa WEFT-QDA de acesso livre na internet, no site <http://www.pressure.to/qda>, elaborado para permitir a análise de textos. O WEFT-QDA permite criar e modificar os conceitos e as categorias, sem perder as referências aos conteúdos originais, devida e previamente importados na programa. Além disto a ferramenta informática permite operações de cruzamento com outras informações associadas aos textos (ex. nome do parlamentar, partido, estado, etc.)

Lembra-se que, o silogismo é um raciocínio no qual a *conclusão* é obtida a partir da articulação lógica de duas premissas, chamadas respectivamente de *maior* e *menor*¹.

Assim, após codificação, os argumentos encontrados foram apresentados numa lista de proposições iniciais que serviram, em seguida, à construção da estrutura silogística. Eis a lista dessas proposições:

- 1) “O Estado deve fazer algo para responder às demandas da sociedade” (M1)².
- 2) “Existe uma forte demanda da sociedade para reduzir a insegurança” (m1).
- 3) “A criminalidade dos jovens contribui significativamente à insegurança” (m2).
- 4) “A aplicação do direito penal é eficaz para reduzir a criminalidade daqueles que têm discernimento a respeito de suas condutas” (M5).
- 5) “O discernimento a respeito de suas condutas está relacionado ao acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento sócio-econômico do país” (M3).
- 6) “Os jovens têm acesso à informação, à educação ou ao desenvolvimento sócio-econômico do país” (m3).
- 7) “As leis existentes constituem uma importante referência para estimar o nível de discernimento a respeito de suas condutas, segundo a faixa etária” (M4)

¹ Para maiores detalhes sobre este assunto ver, por exemplo, Pelletier, 2005,16.

² Para facilitar a leitura da estrutura de silogismos, apresentada a seguir, note-se que cada proposição é acompanhada do símbolo que a situa na dita estrutura. Assim, *M1* indica que a proposição constitui a maior no primeiro silogismo, e *m1* que a proposição constitui a menor, sempre no primeiro silogismo, e assim em diante.

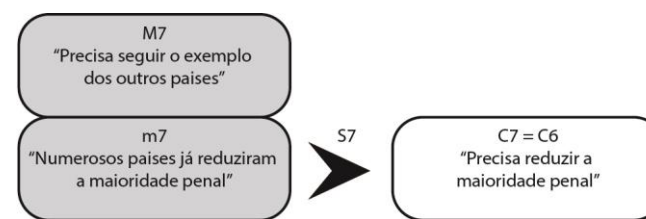
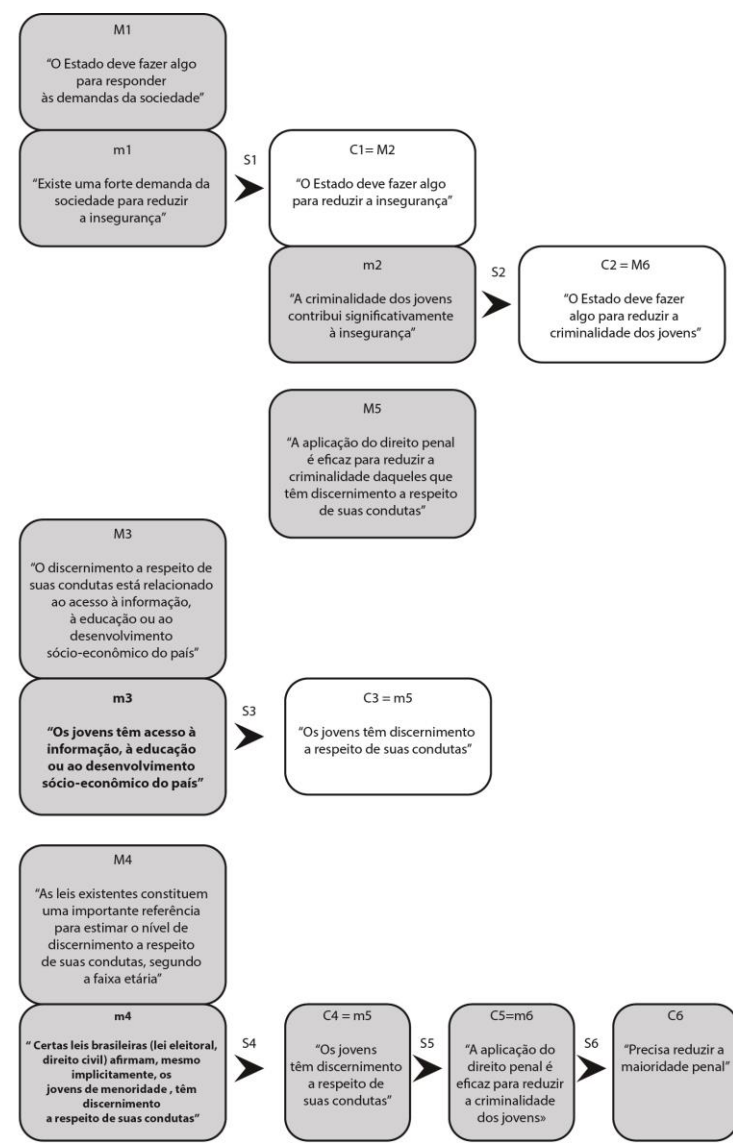
8) “ Certas leis brasileiras (lei eleitoral, direito civil) afirmam, mesmo implicitamente, os jovens de menoridade , têm discernimento a respeito de suas condutas” (m4).

9) “Precisa seguir o exemplo dos outros países” (M7).

10) “Numerosos países já reduziram a maioridade penal” (m7).

Partindo desta lista, foi construída uma estrutura formada por sete silogismos. Esta apresenta as articulações entre as diversas proposições que constituem, respectivamente, as maiores (M), as menores (m) e as conclusões (C) numeradas para cada um deles, levando à conclusão final segundo a qual “precisa reduzir a maioridade penal”.

Estrutura dos silogismos elaborada com base nos argumentos codificados das PEC



Esta estrutura constitui um primeiro resultado teórico da análise dos discursos parlamentares, enraizado nos dados empíricos observados, ilustrando os argumentos favoráveis à redução da maioridade penal adotados pelos parlamentares favoráveis à medida. Um procedimento análogo foi realizado com os discursos que sustentam a manutenção da maioridade penal¹.

Este permitiu, entre outras análises, identificar os principais pontos de desacordo entre os dois grupos de discursos opostos. Resumindo, pode-se dizer que as diferenças importantes entre os discursos se situam em torno de três grandes questões, identificadas como segue:

- a maneira de definir e explicar o problema das transgressões dos jovens
- a maneira de perceber os jovens infratores
- a maneira de conceber a(s) resposta(s) diante da transgressão (dos jovens)

Este resultado é confirmado pelos segundo procedimento analítico que apresentamos a seguir.

¹ Este procedimento não será apresentado aqui, para conter a extensão da do texto. Para maiores aprofundamentos cabe a leitura de Cappi (2011, 167-182).

3.2. Análise ampliada dos discursos parlamentares

Foi adotado um segundo procedimento analítico, aplicado, desta vez, ao conjunto dos discursos proferidos oralmente no Senado e na Câmara, para apreender, de maneira mais ampla e aprofundada, as maneiras de pensar e as razões que animam a reflexão dos parlamentares, ao discursarem sobre a questão da maioria penal. A análise dos materiais mobiliza igualmente o referencial da TFD¹, de uma maneira mais completa, como ilustra-se a seguir, dado que se pretende trabalhar com o “conjunto” dos conteúdos dos discursos, para além dos argumentos voltados à fundamentação da posição acerca da maioria penal.

Sempre através de um método indutivo, a partir do recorte dos discursos em seqüências apresentando uma unidade de sentido, tratou-se de estabelecer uma relação entre as categorias “espontaneamente” enunciadas pelos parlamentares e aquelas elaboradas pelo pesquisador, constituindo estas a expressão condensada daquelas. Reencontramos aqui exemplificada a fase da *codificação aberta*, que “tem por objetivo fazer emergir dos dados o maior número possível de conceitos e categorias” (Laperrière, 2008, 361), sem limitar, a priori, a lista dessas categorias². Nota-se que a “distância”, em termos de abstração, entre a seqüência do texto e a categoria conceitual, não é sempre a mesma. Assim, algumas categorias aparecem como “já presentes” nos discursos parlamentares, emergindo de forma imediata, enquanto outras constituem o resultado de um maior trabalho de abstração. Isto não é de surpreender, pois as falas dos parlamentares constituem, bem antes da pesquisa em tela, um exercício de reflexão e abstração acerca da mesma temática.

¹ Aqui também foi de grande serventia a utilização do programa WEFT-QDA.

² Vale ressaltar que o recorte em unidades de sentido não define uma relação biunívoca entre as unidades e os conceitos. Uma unidade de sentido pode ser referida a mais de um conceito e, obviamente, um mesmo conceito pode permitir a codificação de diversas unidades de sentido.

Para facilitar a organização das categorias formuladas, criou-se um certo número de “categorias de categorias”, ou “macro-categorias”. Assim, por exemplo, criou-se a macro-categoria “percepção do jovem delinquente”, que permite articular as diversas codificações referentes à maneira dos parlamentares perceberem os jovens transgressores – alvo potencial da redução da maioria penal –, tais como : “pessoa perigosa”, “pessoa em fase de desenvolvimento”, “vítima”, “futuro da nação”, etc.. A criação destas macro-categorias materializa a etapa da *codificação axial*, pela qual se procura estabelecer relações entre as categorias inicialmente codificadas. Vale relembrar que o método exposto impõe a releitura constante dos materiais empíricos, em função da manifestação de novas categorias. A medida que o procedimento é repetido, a emergência de novas categorias torna-se sempre menos freqüente, até parar; neste caso pode-se plausivelmente entender que a saturação teórica foi alcançada³.

O resultado desta análise “exaustiva” é a produção de um quadro, no qual é possível “ler” os discursos observados em função das categorias – construídas indutivamente – ou, ainda, observar transversalmente a ocorrência de cada categoria nos diversos discursos. Apresenta-se a seguir, uma tabela que mostra a série de categorias elaboradas e a maneira como os discursos podem ser codificados através dessas categorias, induzidas pela análise dos mesmos. O quadro a seguir é meramente ilustrativo, não cabendo aqui a reprodução da tabela geral, elaborada para o conjunto dos discursos. Contudo, através dos exemplos de codificação – apresentados nas colunas – espera-se mostrar como este instrumento permite identificar de maneira detalhada e sintética, as múltiplas nuances, presentes nos discursos, detectadas por este procedimento analítico.

³ No caso em tela, as categorias foram elaboradas a partir da análise dos discursos proferidos no Senado e, posteriormente, “testadas” nos discursos proferidos na Câmara, para constatar que a inexistência de dados significativos modificando a construção teórica elaborada.

CATEGORIAS	DISCURSO				
	1	2	3	4	Etc.
Posição em relação à redução da maioridade penal					
Favorável	x	x			
Contrário			x	x	
Representação do problema					
Violência	x	x	x	x	
Violência institucional / estrutural				x	
Segurança / insegurança	x	x	x		
Criminalidade	x	x	x		
Medo / perigo	x	x			
Evocação de uma demanda social por "punição"	x	x	x		
Referência à mídia ou a fatos que chocaram a "opinião pública"	x	x	x		
Contribuição significativa dos jovens à insegurança do país	x	x			
Consideração da complexidade do problema		x	x	x	
Referência ao discurso acadêmico			x	x	
Degradação moral da sociedade	x				
Consideração da desigualdade social		x	x	x	
Crítica ao argumento da desigualdade	x				
Percepção do jovem como:					
Perigoso	x	x			
Racional		x			
Vítima		x	x	x	
Pessoas em fase de desenvolvimento			x	x	
Semelhante				x	
Futuro do país				x	
Concepção da intervenção					
Crença na punição	x	x	x		
Evocação da punição dos adultos	x	x	x		
Evocação da ideia de retribuição	x	x			
Evocação da ideia de dissuasão	x	x	x		
Evocação da ideia de reabilitação associada à ideia de punição		x	x		
Respeito aos direitos dos jovens		x	x	x	
Crítica da privação de liberdade		x	x	x	
Crítica da ideia de retribuição				x	
Responsabilização inerente ao castigo	x	x			
Responsabilização através da intervenção sócio-educativa			x	x	
Responsabilização pelo respeito à legalidade na intervenção					
Neutralização	x	x			
Questionamento das garantias jurídicas	x				
Evocação condescendente de práticas punitivas de tipo extra-legal	x				
Educação no decorrer da medida, associada à privação de liberdade		x	x		
Educação como alternativa ao castigo				x	
Impossibilidade de reabilitação para todos	x				
Autonomia como objetivo do processo educativo				x	
Justiça restaurativa como alternativa à punição				x	
Outras políticas propostas					
Política de assistência	x	x	x		
Política social de prevenção		x	x	x	
Transformações estruturais da sociedade				x	
Políticas de segurança de tipo repressivo	x	x	x		
Política de segurança integrada		x	x	x	

Codificação dos discursos parlamentares referentes à redução da maioridade penal

Vale ressaltar que esta maneira de expor os resultados torna-se muito útil na análise de qualquer material qualitativo e facilita análises ulteriores, inclusive aquelas

que pretendem “voltar” à uma discussão que pretenda observar o material empírico – e o esboço de teorização gerada a partir do mesmo – relacionando-o com elaborações teóricas já mais amplamente divulgadas na literatura sobre o tema. Não cabe aqui proceder à discussão de todos os conteúdos gerados pela categorização dos discursos que, certamente, poderiam alimentar inúmeros debates. Prefere-se ilustrar um desdobramento desta categorização, apresentado a seguir.

3.3 Os “discursos-tipo”

Um ulterior procedimento da análise proposta consistiu em construir, a partir do conjunto dos discursos codificados, uma tipologia¹ desses discursos, facilmente associável, do ponto de vista metodológico, à etapa da *codificação seletiva*, já que se trata de descortinar uma linha narrativa a partir de um número inferior de categorias, contudo mais densas e significativas. Embora cada discurso pronunciado seja único, foi possível elaborar quatro discursos-tipo², entendidos como linhas narrativas que oferecem uma síntese, com maior densidade teórica, das posições expressadas no conjunto do material analisado. Trata-se, de fato, de estruturas sintéticas de discursos, purificadas de elementos contingentes, que oferecem uma resposta à pergunta inicial, dando acesso às racionalidades que perpassam os discursos sobre a maioridade penal. Relatamos a seguir os quatro discursos-tipo que foram construídos a partir da análise

dos dados³, sendo os dois primeiros favoráveis à redução da maioridade penal e os dois outros expondo a posição contrária.

a) O discurso da “punição sem garantias”

Este discurso oferece uma leitura que parte de uma percepção dramatizada da delinquência juvenil, entendida como contribuição expressiva para o panorama de insegurança generalizada e do medo que afetam a sociedade como um todo. Há uma referência recorrente à mídia e aos fatos que encontram ampla cobertura, com forte impacto na opinião pública. Esta é entendida como lugar de expressão da demanda “por uma solução”, que assumiria a forma de medidas punitivas duras, incluindo a redução da maioridade penal. Ao sentimento de insegurança amplamente relatado, faz eco a percepção de uma forte degradação moral; a leitura global do fenômeno desconsidera a complexidade do problema - a começar da sua inclusão num contexto sócio-histórico marcado por desigualdades de variada natureza – privilegiando uma análise simplificadora, emocional e contingente dos problemas sociais. Aqui, o discurso “científico” é geralmente subestimado e pouco mobilizado. Os jovens – os “delinquentes” – são entendidos como elementos de uma classe perigosa, como “monstros” ou incuráveis, fortemente responsáveis pelo aumento da insegurança, do ponto de vista quantitativo e qualitativo, frente à qual é essencial reforçar a resposta punitiva, numa perspectiva explicitamente retributiva ou dissuasiva. Na mesma linha, aparecem argumentos que sugerem a necessidade de adotar medidas destinadas à neutralização, como as penas de longa duração ou mesmo a pena de morte. Aparece a noção de “responsabilidade” do menor, conceitualmente reduzida a uma simples consequência da dureza da sentença. Enfim, esse discurso parece afastar-se da

³A apresentação segue a exposição sustentada em Cappi, 2011 e 2012.

¹ Laperrière explica que na etapa da codificação seletiva “tais modelos (*patterns*) podem ser construídos de maneira bastante livre, ou então, pelo método clássico das tipologias” (2008, 365).

² Para maiores detalhes sobre este método, ver, por exemplo, Hirshhorn, 1999.

perspectiva garantista que marcou a ascensão do direito penal moderno - incluindo a proteção dos direitos individuais - tanto no que diz respeito às modalidades processuais, quanto ao conteúdo da sanção proposta. A evocação condescendente de modalidades de punição extra-legais, sugere que elas existem em grande escala na sociedade brasileira e que, no limite, chegam a constituir formas aceitáveis de resposta às transgressões dos jovens.

b) O discurso da “punição garantista”

Este discurso apóia a redução da maioria penal, numa perspectiva de redução gradual, ou condicional, da utilização das “medidas sócio-educativas”¹ a favor do Direito Penal. A partir da leitura de insegurança que atribui um papel significativo à delinquência juvenil, o foco é posto na necessidade de punir os jovens infratores como os adultos, dada a ineficácia das medidas previstas pela lei atual. A referência à imprensa e aos fatos sujeitos a extensa cobertura da mídia é feita com tons menos dramáticos do que no discurso anterior. A leitura da realidade social leva em conta a complexidade dos problemas e propõe-se, além da redução da maioria penal, uma série de medidas complementares, como as de políticas de assistência aos jovens ou, ainda, políticas de prevenção. São mencionados os perigos associados aos jovens infratores, embora reconhecendo que existem mecanismos sociais que colaboram para vulnerabilidade desta categoria. Dada a contribuição significativa dos jovens – menores de idade – para a insegurança da população, torna-se importante estender a resposta punitiva a este grupo da população, a partir do momento que é possível considerá-los plenamente responsáveis por suas ações. A responsabilidade penal, com

¹Medidas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente como forma de intervenção estatal frente às condutas transgressivas dos jovens.

respectivo aumento das penas, deve ser estendida também aos adultos que desempenham um papel significativo na determinação das condutas delituosas dos menores de idade. As funções retributiva e dissuasiva da pena aparecem claramente neste tipo de discurso que, todavia, não desconsidera a busca de objetivos educacionais ou terapêuticos, reconhecendo inclusive o impacto negativo da privação de liberdade, tal como praticada atualmente. Enfim, este discurso se inscreve nitidamente na perspectiva garantista do direito penal, que aposta essencialmente no teor aflagante da resposta estatal, sem excluir outras formas de intervenção entendidas, contudo, a título complementar.

c) O discurso da “proteção”

Este terceiro discurso sustenta a manutenção da maioria penal numa perspectiva de conservação do sistema de justiça juvenil estabelecida pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A leitura da delinquência atribui um papel importante aos mecanismos de exclusão social e à insuficiência das políticas públicas, como fatores significativos da vulnerabilidade juvenil. Sustenta-se uma abordagem baseada na “proteção integral” que prevê, para os jovens infratores, ações educativas e de tratamento, denunciando inclusive o impacto negativo da privação de liberdade. Aqui também é feita a referência aos meios de comunicação e a opinião pública afastando, contudo, visões sensacionalistas ou redutoras. A defesa da manutenção da maioria penal fundamenta-se também na adoção de políticas de prevenção ou de assistência, frente aos problemas de insegurança. Os “jovens (criminosos)” são assim percebidos de forma menos hostil e também considerados vítimas de diversos mecanismos sociais que determinam sua fragilidade. São enxergados como sujeitos de direitos – formalmente estabelecidos pela Constituição e pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente –, que devem ser garantidos concretamente, inclusive pelo fato dos adolescentes serem “pessoas em fase de desenvolvimento”. A abordagem punitiva não está ausente deste discurso, especialmente no que diz respeito a sua função dissuasiva. Por um lado, encontra-se a valorização do aspecto aflitivo das medidas sócio-educativas, considerado semelhante ao das respostas da justiça criminal; por outro lado, afirma-se a idéia de maior punição para os adultos que têm a custódia dos jovens infratores. Novamente, a idéia de responsabilização está presente: da sociedade, pela garantia de direitos aos jovens; do adolescente, em relação à sua conduta; da família, que é encarregada da educação do jovem. Enfim, podemos dizer que este discurso sustenta a visão de “proteção”, seguindo a tradição dos sistemas de justiça juvenil tal como se desenvolveram nos países ocidentais durante o século XX, o que não exclui a referência, a título complementar, a respostas punitivas, de caráter aflitivo, ainda que legalmente regulamentadas.

d) O discurso do “protagonismo emancipador”

Este último discurso, além de apoiar a manutenção da maioria penal nos termos atuais, difere significativamente do anterior. Em primeiro lugar, quando descreve a violência e a insegurança, faz referência à dimensão estrutural do problema. A referência à mídia só aparece através de uma leitura crítica: esta oferece ao público ferramentas empobrecidas e redutoras para análise dos problemas, notadamente os de insegurança. Nesta perspectiva, afirma-se a necessidade de um exame aprofundado das diferentes manifestações da violência na sociedade, para engajar transformações radicais no plano político, que possam reduzir as desigualdades e minimizar as dinâmicas de exclusão. Como no discurso anterior, os jovens são vistos como vítimas da dinâmica social, em sua condição de “pessoas em desenvolvimento” e de sujeitos

de direitos – os quais não são garantidos a contento. Todavia, propõe-se aqui um olhar “não hostil” dos adolescentes (infratores): trata-se de apostar nas suas potencialidades - ele é o “futuro da nação” – e vê-lo como um ser semelhante. Logo, há uma leitura abertamente crítica da perspectiva punitiva, não só em relação às condições concretas da implementação da privação de liberdade, mas também no que diz respeito a sua filosofia geral, reprovando enfaticamente seus aspectos aflitivo e retributivo. Assim, a idéia de educação é entendida como uma alternativa à punição, não apenas como abordagem complementar. Além disso, é feita referência às propostas educativas que se afastem nitidamente de posturas autoritárias e paternalistas, para priorizar a construção da autonomia do jovem, a ser construída gradativamente pela intervenção sócio-educativa, a ser conduzida em meio aberto. Enfim, ainda que de forma apenas esboçadas, esta abordagem mostra-se aberta a métodos de intervenção pautados na idéia de “justiça restaurativa”, como processo de resolução de conflitos.

Os quatro discursos-tipo assim construídos ilustram diferentes “maneiras de pensar” a resposta estatal frente as condutas delitivas dos jovens. Para além da discussão sobre a maioria penal, essas tipificações constituem percursos narrativos que expressam, no campo político explorado, visões mais específicas do controle social. As narrativas propostas complexificam a leitura dicotômica inicial, que só distinguia os discursos favoráveis à redução da maioria penal dos discursos contrários, para propor uma distinção a partir das diversas leituras do problema, das visões diferenciadas do jovem infrator e das maneiras peculiares de conceber a resposta estatal. Este constitui um resultado importante da análise, na medida em que torna visíveis e conceitua distinções significativas, não somente entre os discursos que adotam posições opostas, mas também no âmbito de discursos que manifestam a mesma opção frente a proposta de mudança constitucional.

4. UMA POSSÍVEL ARTICULAÇÃO TEÓRICA COM O REFERENCIAL DA “RACIONALIDADE PENAL MODERNA”

É possível propor agora uma releitura desses discursos à luz das discussões sobre o controle social, elaborados no âmbito da literatura sociológica e criminológica contemporânea, mostrando como os resultados obtidos pelo método da TFD podem ser relidos através de outros instrumentais teóricos e analíticos. O exercício será conduzido aqui de forma rápida e sucinta, mobilizando o referencial teórico da Racionalidade Penal Moderna (Pires, 1998, 1999, 2004, 2006).

Segundo Pires, a “racionalidade penal moderna” (RPM) é um conceito útil para designar um sistema de idéias que, desde o século XVIII, estabelece um suporte teórico e ideológico para o direito penal e suas formas de intervenção. Tal sistema de pensamento se afirmou como dominante no âmbito penal e entendido como “obstáculo epistemológico” à transformação do mesmo. Assim, a conjunto das idéias que caracterizam a RPM, sustentam respostas ao delito essencialmente pautadas na aflição, sendo a privação de liberdade sua expressão mais característica. Além disto, a valorização do castigo ampara, via de regra, respostas que se tornam *obrigatoriamente* afitivas, excluindo medidas alternativas de resposta ao crime, que acabam sendo “impensáveis” no âmbito da RPM. Ademais, este sistema de idéias encontra-se sustentado e reproduzido pelas teorias da pena, que gozam de uma autoridade reconhecida no campo penal e, mais ainda, na cultura ocidental moderna¹.

Diante desta rápida evocação da RPM, pode-se analisar a maneira como os discursos observados são atravessados por esta racionalidade. Não é surpreendente

constatar que ela está presente, em larga medida, nos discursos favoráveis à redução da maioridade penal: afirma-se portanto uma maneira de pensar que promove a proteção da sociedade através de respostas afitivas, pautadas na obrigação de castigar e na valorização da privação da liberdade, em detrimento de formas de intervenção inovadoras, perante a delinquência dos jovens. Contudo, a análise mais surpreendente é uma outra: a RPM não está ausente dos discursos que defendem a manutenção da maioridade penal. Três argumentos encontrados neste grupo de discursos fortalecem esta hipótese: o Estatuto da Criança e do Adolescente já oferece uma resposta punitiva adequada, fazendo prova de uma “justa severidade”; é preciso aumentar a duração legal da privação de liberdade; ou ainda, é necessária a adoção de medidas punitivas contras os adultos que, de alguma maneira, contribuem para a delinquência juvenil. Nesta perspectiva, a salvaguarda do limite jurídico entre o Direito Penal e o ECA não corresponde à diferenciação das racionalidades prevalecendo nos dois espaços (Pires, 2006; Volpi, 1997).

Este resultado encontra um eco interessante na análise das diferenças, significativas, entre os discursos que defendem a manutenção da maioridade penal. Pôde-se identificar dois subgrupos de discursos: aqueles que permanecem na linha da racionalidade dominante e aqueles que se mostram favoráveis a formas “inovadora” atuação estatal frente à delinquência juvenil. Cabe, contudo, sinalizar que não há um investimento significativo nos argumentos que valorizam estas modalidades alternativas de intervenção junto aos adolescentes infratores: se é verdade que boa parte desses discursos denuncia as ineficiências do sistema penal, sua seletividade sócio-racial, alertando igualmente para necessidade de políticas básicas de garantia de direitos à juventude ou mesmo para a urgência de reformas estruturais, esses mesmos discursos se mostram muito mais tímidos no que diz respeito à sustentação de formas alternativas da resposta estatal às transgressões juvenis, como é o caso, por exemplo,

¹ Além das teorias da retribuição e da dissuasão, podem ser mobilizadas as teorias da denúncia e da ressocialização. Para maiores detalhes ver, entre outros, Pires, 1998 e 2004; Cappi, 2011 e 2012.

das medidas sócio-educativas em meio aberto ou afiliadas à justiça restaurativa (Cappi, 2009).

O estudo dos discursos pôde revelar um outro resultado importante: alguns discursos favoráveis à redução da maioridade penal mostram-se claramente inscritos numa vertente que poderia ser qualificada de “regressiva”, em relação à própria RPM. Trata-se de discursos se que mostram-se favoráveis a castigos exemplares, de caráter autoritário (Pastana, 2009) e alheio às formas processuais garantistas, mostrando inclusive um certo grau de tolerância às soluções punitivas extra-legais, sejam elas praticadas pela polícia ou por outros cidadãos. Trata-se de posições que consagram a visão conhecida como “direito penal do inimigo” (Jacobs, 2005; Zaffaroni, 2007) ou, ainda, pautadas no “estado de exceção” (Agambem, 2004), com a única diferença que aqui caberia a idéia de “exceção estendida” aplicável aos jovens das camadas pobres da população, essencialmente negros, percebidos como “ontologicamente” perigosos e elimináveis (Bauman, 2007; Flauzina, 2008): a exclusão ou mesmo a morte tornam-se legítimas no discurso regressivo, que banaliza o uso sem moderação da resposta afliativa ou eliminatória.

CONCLUSÃO

Esta contribuição visou ilustrar e aprofundar o debate referente às diferentes “maneiras de pensar” a reação estatal às condutas transgressivas, a partir do estudo empírico dos discursos parlamentares brasileiros referentes à redução da maioridade penal; mais do que um trabalho sobre a punição, se tratou de investigar as racionalidades subjacentes à mesma, bem como as lógicas que a sustentam ou, ao contrário, indicam caminhos para afastar-se da resposta afliativa diante do delito.

Para realização desta pesquisa, foi privilegiado o método da Teoria Fundamentada nos Dados, da qual foram expostos as características e os procedimentos. Foi possível ilustrar a adoção desta metodologia, através do estudo dos discursos parlamentares, que se revelaram idôneos para o propósito da pesquisa, propiciando uma análise de cunho indutivo. Assim, tais discursos parlamentares foram entendidos como sintoma dessa diversidade de pensamentos, que foi restituída sob forma de três resultados analíticos interessantes: a estruturação dos argumentos favoráveis à redução da maioridade penal; a identificação dos pontos cruciais de oposição entre os discursos favoráveis e contrários à mudança constitucional; enfim, a elaboração de quatro discursos-tipo, que delineiam maneiras diferentes de pensar a resposta estatal à delinquência juvenil.

Numa etapa final, foi mobilizada uma ferramenta conceitual oriunda da recente literatura criminológica, a “racionalidade penal moderna”, para propor uma nova discussão teórica para o questionamento proposto. O exercício permitiu identificar os pontos de contato entre os discursos parlamentares observados e a RPM, bem como identificar as manifestações de racionalidades “inovadoras” ou, ao contrário, de visões “regressivas” do controle social.

Do ponto de vista do método, espera-se ter mostrado a possibilidade e a importância de mobilizar o recurso da Teoria Fundamentada nos Dados para a pesquisa empírica no campo do Direito. Quanto aos resultados, parece útil continuar a investigar – em outros âmbitos do Direito – a relação entre as “maneiras de ver” problema da delinquência juvenil e seus protagonistas, por um lado, e as “maneiras de pensar a intervenção” estatal frente as transgressões juvenis, por outro.

Enfim, no plano político, observaram-se duas realidades a nosso ver inquietantes. De um lado, preocupa o fato das propostas inovadoras aparecerem de maneira tímida e com densidade teórica reduzida. Embora não se espere dos

parlamentares um esforço especial em matéria de concepção de alternativas ao castigo, os discursos parecem evidenciar um déficit mais geral na fundamentação teórica das inovações em matéria penal: a racionalidade penal moderna revela-se particularmente insistente quando pretendemos nos afastar dela. Por outro lado, e isto é ainda mais preocupante, a presença de discursos regressivos constitui certamente um sinal de alerta para quem deseja um Estado capaz de conceber e implementar limites... para o exercício do próprio poder punitivo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN G. (2004), *Homo sacer* - II potere Sovrano e la nuda vita, Torino, Giulio Einaudi.

BAUMAN Z. (2007), *Le présent liquide*. Peurs sociales et obsession sécuritaire, Paris, Seuil.

BOURDIEU P. (2001), *Langage et pouvoir symbolique*, Paris, Seuil.

CAPPI R. (2009), « *Mediação e prevenção da violência* », in M. LOMANTO, S. AMORIM, V. LEONELLI (org.), *Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça*, Salvador, Juspopuli, pp. 27-35.

CAPPI R. (2011), *Motifs du controle et figures du danger: l'abaissement de l'âge de la majorité pénale dans le débat parlementaire brésilien*, Tese de Doutorado, orientador: Prof. Dan Kaminski. Universidade Católica de Louvain (Bélgica)

CAPPI R.(2012), *Maneiras de pensar*” o controle social e a justiça penal: uma análise dos discursos parlamentares sobre a redução da maioria penal. Artigo aprovado no III Seminário de Estudos Prisionais, Controle Social e Violência, Salvador, UFBA, 3-4 de maio de 2012

CHRISTIE N. (2005), *Au bout de nos peines*, Bruxelles, De Boeck.

FLAUZINA, A.L.P. (2008), *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*, Rio de Janeiro, Contraponto.

GLASER, B. G., STRAUSS, A. L. (1967), *The discovery of grounded theory: strategies for qualitative research*, New York, Aldine Pub. Co.

GUERRA, Isabel Carvalho (2006) – *Pesquisa Qualitativa e Análise de Conteúdo* - Sentidos e Formas de Uso. Estoril: Principia Editora.

HIRSHHORN M. (1999), « *Type idéal* », in A. AKOUN ET P. ANSART, *Dictionnaire de sociologie*, Paris, Seuil, pp. 550.

JAKOBS G. (2005), *Direito penal do inimigo*. Noções e Críticas, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

LAPERRIÈRE, A. (2008), “*A Teorização emraizada (grounded theory): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares*”. In: POUPART, J., et al. *A pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis, RJ: Vozes, pp. 353-385

MULLER P. (2000), « *L'analyse cognitive des politiques publiques: vers une sociologie politique de l'action publique* », *Revue française de science politique*, 50e année, n°2, pp. 189-208.

PASTANA D.R. (2009), *Justiça penal no Brasil contemporâneo* : discurso democrático, prática autoritária, São Paulo, Editora UNESP.

PELLETIER Y. (2005), *Le syllogisme hypothétique* (sa conception aristotélicienne), Monographies Philosophia Perennis, accessible en ligne, <http://docteurangelique.free.fr>

PIRES A.P. (1998a), « *Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne* », in Ch. DEBUYST, F. DIGNEFFE et A. P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*. Vol 2 : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie, Bruxelles, De Boeck Université, Presses de l'Université de Montréal et Presses de l'Université d'Ottawa, pp. 3-52.

PIRES A.P. (1999), « *Alguns obstáculos humanistas à mutação do direito penal* », Sociologias, Porto Alegre, ano 1, n° 1, pp. 64-95.

PIRES A.P. (2004), *A racionalidade penal moderna, o publico e os direitos humanos*, Novos Estudos, Cebrap, vol. 68, n° 3, pp. 39-60.

PIRES, A.P. (2006) “*Responsabilizar ou Punir? A justiça juvenil em perigo?*”, in SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (org.). *Novas Direções na Governança da Justiça e da Segurança*. Brasília, DF: Ministério da Justiça,

PIRES, A.P. (2008), “*Sobre algumas questões epistemológicas de uma metodologia geral para as ciências sociais*”. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, JeanPierre; GROULX, Lionel-H; Pesquisa Qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, RJ: Vozes, pp. 43-94.

STRAUSS A, CORBIN J. (2008), *Pesquisa Qualitativa: Técnica e procedimentos para o desenvolvimento da teoria fundamentada*. 2ªed. Porto Alegre: Artmed.

VOLPI, M. (Org.) (1997), *O Adolescente e o Ato Infracional*, São Paulo, Cortez Editora.

ZAFFARONI E.R. (2007), *O inimigo no direito penal*, Rio de Janeiro, Revan.

O MUNDO DOS AUTOS E DOS TRIBUNAIS: UMA TERCEIRA DIMENSÃO METAFÍSICA E FICTÍCIA EM DESCOMPASSO COM O MUNDO DA REALIDADE DOS HOMENS

Clarisse Inês de Oliveira¹

RESUMO

O Princípio do dever-ser é um postulado do Direito e ensinado nas Faculdades de Direito como um cânone jurídico, uma verdade absoluta, uma certeza incontestável. Nesse sentido, verifica-se um distanciamento do que é proposto pelo Direito como algo desejável e o que ocorre de fato no mundo dos homens, com seus problemas do cotidiano, inerentes a situações de conflito de seres de carne e osso. O distanciamento do conhecimento esotérico do Direito com suas técnicas, vocabulário próprio, regramentos e regimentos internos determina que a solução dos litígios sociais perpassa por uma juridificação do conflito, trazendo a demanda para dentro do mundo do Direito, onde o mesmo será solucionado por regras e técnicas jurídicas, por pessoas detentoras da fala do Direito e que podem alterar os rumos da vida daqueles que buscam essa esfera, contextualizando o Direito numa escala de poder, assim entendida por Weber como uma forma de intervir no destino das pessoas. O mundo fictício dos autos, criado pelo campo jurídico e o mundo da realidade dos problemas cotidianos dos homens é colocado em paralelo no presente artigo, a fim de se perquirir que as soluções jurídicas propostas pelo campo do Direito atendem às demandas dos

cidadãos, em especial as demandas de natureza trabalhista, que são estatisticamente as de maior número no Judiciário.

Palavras - chave: *Judiciário, distanciamento, ficção*

ABSTRACT

The Principle of the must-be is a postulate of the law and taught in law schools as a canon law, an absolute truth, certainty indisputable. In this sense, there is a distancing of what is proposed by the Law as something desirable and what actually happens in the world of men, with their everyday problems, the inherent conflict of beings of flesh and blood. The distancing of the esoteric knowledge of the law with their techniques, vocabulary, laws and internal regulations that determine the resolution of disputes by a social perpassing of the juridification of the conflict, bringing the demand into the world of law, where it will be solved by rules and legal techniques by persons holding speech and the Right that can change the course of life of those who seek that sphere, contextualizing the law on a scale of power, so understood by Weber as a way to intervene in the destiny of the people. The fictional world of autos, created by the legal world and the reality of the everyday problems of men is placed in parallel in this article, in order to perquire that the solutions proposed by the legal field of law meet the demands of citizens, especially demands of labor, which are statistically the greatest number of Judiciary.

Keywords: *Judiciary, distancing, fiction*

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal Fluminense – UFF. Professora de Prática forense trabalhista da Faculdade de Direito Ibmecc/RJ e advogada trabalhista.

INTRODUÇÃO

O Princípio do dever-ser é um postulado jurídico e ensinado nas Faculdades de Direito como um verdadeiro cânone, uma verdade absoluta, uma certeza incontestável. Nesse sentido, verifica-se um distanciamento do que é proposto pelo Direito como algo desejável e o que ocorre de fato no mundo dos homens, com seus problemas do cotidiano, inerentes a situações de conflito de seres de carne e osso.

O campo do Direito é vasto para a pesquisa empírica, principalmente as demandas que envolvem trabalhadores, ansiosos que estão por ver solucionados seus conflitos e que se submetem a ritualística do Judiciário como único meio de viabilizar a finalização de suas pendências patronais.

Contudo, constata-se um paradoxo singular no campo do Direito em apreender parâmetros acadêmicos baseados em pesquisa empírica, até mesmo para considerar esse tipo de pesquisa como um saber qualificado, suscitando certa incredibilidade no meio jurídico que não possui ressonância em outras áreas do conhecimento científico.

Verifica-se portanto que, no campo do Direito, as instituições jurídicas, a fala tecnicista, os rituais do Judiciário e toda a carga simbólica dele decorrente se refletem no processo de retroalimentação do sistema jurídico, que ainda é recalcitrante a infiltrações de outras áreas do conhecimento das ciências sociais, o que ocasiona um fechamento epistemológico dessa área do conhecimento.

O método de resolução de conflitos judiciário perpassa pela técnica do processo inquisitorial, ou seja, a “criação” de uma verdade que não é a real, mas é a verdade em que se basearão juizes e desembargadores para julgar o conflito, construindo dessa forma um “mundo dos autos” apartado do mundo da realidade dos homens.

Para o trabalhador médio, que se vê dispensado de forma arbitrária por seu ex-empregador e pretende se valer da Justiça como meio de obter subsídios mínimos para conseguir sobreviver e obter uma nova ocupação no mercado de trabalho, gerando todo um novo ciclo que se renova a cada novo contrato de trabalho obtido, é difícil explicar essa dupla realidade entre dois mundos – um da ficção jurídica e outro da realidade feita de problemas de homens de carne e osso.

Esse mundo esquizofrênico criado pelo Direito é respaldado por Princípios e postulados jurídicos, como o que decorre do bordão “o que não está no mundo dos autos não está no mundo”.

A construção da verdade no processo inquisitorial brasileiro leva a conclusões de tal alvitre, respaldadas por conceitos imbuídos de valoração cognitiva provenientes da Igreja Católica, de onde se depreende que não há salvação fora da Igreja, assim como não há salvação fora da jurisdição do Estado (GARAPON, 1997).

O distanciamento do conhecimento esotérico do Direito com suas técnicas, vocabulário próprio, regramentos e regimentos internos determina que a solução dos litígios sociais perpassa por uma juridificação do conflito, trazendo a demanda para dentro do mundo do Direito, onde o mesmo será solucionado por regras e técnicas jurídicas, por pessoas detentoras da fala do Direito e que podem alterar os rumos da vida daqueles que buscam essa esfera, contextualizando o Direito numa escala de poder, assim entendida por Weber como uma forma de intervir no destino das pessoas.

Busca-se no presente artigo estudar passo a passo o caso dos trabalhadores dispensados arbitrariamente por seus ex-empregadores e como a solução do litígio é oferecida pela Justiça do Trabalho desde a instauração de uma audiência inaugural pública, onde o problema vivenciado pelo trabalhador é compartilhado com todos os que porventura estejam presentes à sala de audiências até o desfecho do processo, onde um Juiz determina a liberação do valor pago, espontaneamente ou não, ao trabalhador.

O descompasso verificado entre o mundo do Direito e o mundo do trabalhador é o objetivo da pesquisa.

A metodologia de trabalho empregada envolveu a análise qualitativa de processos judiciais instaurados nas dependências do Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito Ibmecc/RJ, procurando trazer reflexão e entrelaçamento entre extensão e pesquisa universitária, através do prisma dos trabalhadores em relação ao Tribunal que lhe solucionará o conflito.

1. O MUNDO DOS AUTOS E O MUNDO DA REALIDADE

O trabalhador dispensado arbitrariamente por seu ex-empregador procura o Judiciário como meio de resolução de seu conflito concreto.

A partir do ajuizamento da Reclamação Trabalhista, o trabalhador deve aguardar uma data para audiência, onde outras pessoas estranhas a seu problema poderão estar presentes na sala de julgamento.

Ultrapassada a fase conciliatória, o trabalhador deve aguardar o julgamento final por parte de um Juiz, cuja decisão é passível de revisão por uma instância hierárquica superior.

Não é raro existir um estranhamento por parte dos olhos do cidadão em relação a ritualística do Judiciário, sua fala, seus tecnicismos, seus regramentos costumam ser questionados pelo trabalhador que possui problemas cotidianos e não procura o Judiciário para angariar teses jurídicas ou explanações tecnicistas mas resolver seus problemas diários da melhor e mais célere forma possível.

Esse estranhamento comum aos olhos de um “mundo diferente” precisa ser resgatado pelos operadores do Direito. O campo do Direito possui uma tendência de naturalizar práticas institucionalizadas e relações de hierarquização, passando aos

olhos do campo não jurídico a idéia de que tal pragmatismo jurídico é natural e decorrente de seus postulados e Princípios jurídicos.

Mais estranho ainda é o que se passa na teoria do campo do Direito e na prática de como as coisas acontecem. Esse mundo esquizofrênico de construção jurídica é especialmente difícil de ser explicado aos olhos do trabalhador médio comum que busca o Judiciário para ver resolvidos os problemas mais corriqueiros do cotidiano.

Pierre Bourdieu (2004) situa a questão do poder simbólico introduzindo o conceito de sistemas simbólicos, assim entendidos como o mito, a língua, a arte, a ciência, como instrumentos de conhecimento e construção do mundo fático. E o campo do Direito é rico nessa construção de um mundo apartado da realidade, construído *intra muros* jurídicos.

O campo do Direito se reproduz de forma muito fechada e impermeável à abertura de outras áreas do conhecimento das ciências sociais, questionando até mesmo a legitimidade da pesquisa empírica, por entendê-la um saber “não qualificado”.

Essa tendência de se fechar em si mesmo faz do campo do Direito uma mera repetição e reprodução do conhecimento baseado em uma dogmática, distanciada da formação científica do conhecimento epistemológico.

Dada a tendência de reprodução do sistema em si mesmo, muitas decisões são tomadas com base em precedentes já ultrapassados mas ainda vigentes em instâncias superiores, trazendo embasamento teórico ao tomador de decisão junto a seus pares.

Cresce assim uma tendência de manualização de resolução dos conflitos de índole trabalhista, distanciando cada vez mais o tomador de decisões da área da epistemologia científica, que poderia ser subsidiada pelo pesquisador, cuja figura ainda é olhada com viés transversal, como um subalterno (ARNAUD, 2007).

A Consolidação das Leis do Trabalho a cada dia parece se aproximar mais de um “Manual prático de resolução dos conflitos” onde o Juiz toma suas decisões com base em precedentes, por vezes ultrapassados, de acordo com as premissas existentes no processo.

E o brocardo jurídico “o que não está nos autos não está no mundo” serve para embasar decisões as mais díspares possíveis.

Resultante de uma herança romano-germânica, o processo civil brasileiro (e o processo trabalhista não se distancia dele) construiu seus pilares em cima do sistema inquisitorial de construção da verdade formal em detrimento da verdade real.

Isso significa que o juiz deve fundamentar suas decisões baseadas no que existe em matéria de provas no processo, ainda que o mundo real traga outra realidade.

Nos países de tradição anglo saxônica, a verdade é uma construção das partes, o desfecho do processo é uma mediatriz entre os interesses conflitantes envolvidos, trazendo a participação dos envolvidos como fator essencial ao deslinde da controvérsia, ou seja, a verdade é construída a fim de atender os interesses dos envolvidos.

Já nos países de tradição romano germânica, a construção da verdade é monopólio do Estado e não das partes, herança da influência que a Igreja Católica exerce sobre tais Países, o que distancia o debate democrático e retroalimenta o poder concentrado nas mãos do Juiz de proferir decisões de dentro de gabinetes, sem a necessidade de entender o mundo real que se passa em dimensão externa ao mundo dos autos.

Ou seja, é construído um mundo apartado da realidade através do processo cuja decisão se concentra nas mãos de um juiz. Tal idéia persiste no campo do Direito e o jargão “o que não está nos autos não está no mundo” é utilizada em diversos

julgados, como se pode observar ao lançar tal expressão no campo de pesquisa da ferramenta *google*, onde aparecerão diversas decisões fundamentadas em tal Princípio.

Algumas delas chamam a atenção na forma com que o tomador de decisão se baseia para julgar a lide. No processo Recurso Ordinário 012.702/00, proferido pela 3ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª. Região¹, verifica-se que se trata de um processo reconstituído, ou seja, por alguma causa, os autos originários se extraviaram e foi necessário reconstituir o processo.

Essa reconstituição se faz através das peças e recursos que já existiam antes, assim, se os advogados das partes não mais dispõem sobre o que já existia, o processo é julgado de acordo com o estado em que se encontra.

Ou seja, uma verdade formal que havia sido construída anteriormente de acordo com as provas produzidas nos autos primitivos é desconsiderada para se construir uma outra verdade, agora com base nas provas que restaram, podendo inclusive culminar em decisões diferentes, tendo em vista que “o que não está no processo não está no mundo”, expressão consignada na decisão prevalente.

Outras decisões também se lastreiam em tal premissa de maneira similar, invocando o brocardo latino em uma repetição do sistema jurídico, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho, órgão de cúpula do Judiciário Trabalhista.

Nesse sentido, o campo do Direito é fértil na construção dos sistemas simbólicos preconizados por Bourdieu (2004). Os sistemas simbólicos exercem uma função de estrutura porque anteriormente são estruturados. Ou seja, através de uma conformação lógica do que é denominado tempo, espaço, número, etc. a sociedade anui com tais concepções que acabam por ser absorvidas pela coletividade.

É através da comunicação e do conhecimento que os sistemas simbólicos, aí incluído o Direito, exercem seu poder simbólico que legitima e autoriza a dominação

¹ Abrange todo o Estado do Rio de Janeiro.

do grupo detentor da técnica, chancelando a reprodução do sistema por parte daqueles que procuram o sistema jurídico, na figura da “domesticação dos dominados”, na medida em que estas reproduzem suas ideologias em verdadeira violência simbólica legítima.

Essa violência se perfaz na imposição às classes dominadas de instrumentos de conhecimento e expressão arbitrários, que atendem aos interesses dos dominantes. É através do grupo de procuradores das classes dominantes que o sistema assegura os interesses dessa mesma classe, criando hierarquias pautadas no poder do capital.

A classe dominante impõe seu poder de dominação através da doxa: é a imposição de uma ortodoxia, isto é, “por dentro do conhecimento”, imposto de acordo com os interesses privados, através do bom manejo de especialistas e procuradores que legitimam e reproduzem o sistema.

A tomada da consciência do que é arbitrariamente imposto é condição *sine qua nom* para a erradicação da violência simbólica. Revelar a verdade objetiva e afastar a crença imposta por um grupo é a forma apontada por Bourdieu de neutralizar o poder de desmobilização. A saída da ortodoxia para a heterodoxia reconstrói a doxa em seu aspecto autóctone.

Analisando-se o Direito para fora do prisma do conjunto ideológico de suas normas, conceitos, Princípios e regramentos autônomos, verifica-se que o Direito pode ser entendido como um consecrário das relações de poder econômico dos interesses das classes dominantes, como um instrumento de ratificação de práticas históricas.

Para o trabalhador médio, verifica-se que o *iter* que deve ser transcorrido entre o ajuizamento da Ação até o desfecho da controvérsia acaba por premiar o empregador, que muitas vezes pode aplicar o valor do crédito do trabalhador que era devido há cinco anos e com isso ainda tirar lucro da demanda institucionalizada.

Para os Juizes que serão os tomadores das decisões, a demora na resolução do conflito não significa um abalo a suas instituições, logo, não há influência no tempo médio de resolução da demanda em relação à casta privilegiada dos magistrados, o que novamente é difícil de ser entendido aos olhos do trabalhador médio.

A figura do juiz muitas vezes se aproxima da dos Inquisidores da Idade Média, de onde se esperava requisitos como condições morais e quase divinas. De acordo com Kant de Lima (1992), o Inquisidor deveria ter as seguintes características, *verbis*:

“ um funcionário modelo, um profissional com conhecimentos específicos adequados à sua função, que deveria comportar-se de maneira impessoal no exercício de seus deveres e ater-se ao âmbito de seus direitos [...] mais do que um funcionário graduado do tribunal, o inquisidor era um representante da justiça divina”.

Até hoje o que se espera da postura de um Juiz é a retidão de sua linha de conduta, tanto na vida pública quanto na particular, assemelhando-se aos Inquisidores da Idade Média. O Inquisidor gozava de amplo arbítrio na tomada de decisão, o que novamente se assemelha aos Juizes e muitas vezes poderiam até mesmo rejeitar as regras com base em suas razões, o que hoje se denomina no Processo Civil de “livre convencimento motivado”.

É este Juiz quem vai construir a verdade dos autos, mesmo que esta seja apartada da verdade real. É este mundo fictício, metafísico, de uma terceira dimensão, que prevalece no processo civil e trabalhista brasileiro e que muitas vezes é difícil de ser apreendido pelo trabalhador que deseja ter suas demandas resolvidas.

Desse modo se cinde uma lacuna entre profanos e profissionais que detém o *expertise* necessário para produzir e reproduzir o Direito cada vez mais afastado do entendimento dito leigo de instituições de justiça ou equidade.

Os fatos narrados pelo trabalhador não são decorrentes de um processo participativo das partes, mas são impostos pelo Juiz. O mundo dos autos é construído pelo Estado, na figura do Juiz. Há uma verdade objetiva que advém do convencimento do tomador da decisão, quase um oráculo do Direito.

Possibilitar o processo de construção de uma verdade, que não necessita exatamente ser a verdade real, mas uma verdade que atenda às partes em conflito, privilegiando o espaço do diálogo e da palavra falada ao invés da escrita, pode ser uma tentativa de se efetivar a proposta de Habermas (2005) de produção democrática de um processo participativo dos atores sociais envolvidos no conflito.

Atrelar-se todo o processo de decisão nas mãos de um Terceiro investido pelo Estado, no papel de Juiz, significa transferir para o Judiciário a decisão do conflito, o que muitas vezes sequer é requerida pelas partes, mas que, aos olhos do trabalhador, não possui outra alternativa senão a de processar o conflito através da judicialização.

As partes passam a meros espectadores daqueles protagonistas que detém o poder de interpretação das normas. A coesão do *habitus* jurídico é assim revestida pela hierarquização e sistematização que condicionam os intérpretes do Direito num sistema reprodutivo.

A utilização de verbos impessoais e construções na voz passiva por parte dos tomadores de decisão visam a cancelar a vontade do Estado, livrando-os de qualquer conta de responsabilidade pela decisão tomada, corroborada pelas imposições das normas no presente do indicativo, a fim de generalizar a norma e torná-la universal.

A postura universalizante é a expressão de funcionamento do campo jurídico e que legitima a produção e venda dos serviços e bens jurídicos aos operadores do Direito.

O fenômeno da polissemia das normas jurídicas do qual decorre um veredicto do magistrado é decorrente da luta simbólica entre os profissionais técnicos que procuram, cada qual, de acordo com seus interesses, apropriar-se ao máximo das lacunas, omissões, contradições ou ambigüidades que possam favorecer aos interesses privados de cada parte demandante.

O contraditório propicia tal prática, a fim de prevalecer a tese da parte vencedora e não um consenso estabelecido que contemple às partes envolvidas. Com a chancela do Estado, prevalece a decisão da parte que conseguiu convencer o Juiz, ainda que o mundo da realidade se mostre de forma diferente.

Daí deflui o conceito de eficácia simbólica, onde uma ação é tida como legítima, ocultando aquilo que contém de arbitrário. Nesse sentido, o formalismo do Direito tende a contaminar o conteúdo com rituais jurídicos que enaltecem a autoridade do ato de interpretação.

O campo jurídico, como detentor da hermenêutica das normas, tende a desqualificar os leigos em seu sentido de justiça na medida em que não se inserem no campo do Direito e de suas normas de interpretação e hierarquia sistematizada.

A visão dos “profanos”, portanto, é tida como não científica, embora sejam os profanos sujeitos passivos das decisões emanadas pelo corpo jurídico e que sofrem diretamente os efeitos de suas decisões. E a visão científica para o campo do Direito, nada possui de accidental e guarda estreita ligação com uma relação de poder, notadamente de capital econômico.

Não se deve olvidar que os juízes que detêm a autoridade de dizer o Direito muitas vezes são integrantes da classe dominante, uma vez que sua formação técnica

exige anos de preparação para assunção da função. E a eficácia simbólica de tal sistema é verificada a partir do momento em que os profanos conferem sua adesão às práticas institucionalizadas.

No caso do trabalhador, o depósito de confiança na figura do Juiz é irrestrito na maioria dos casos, uma vez que o trabalhador vê na imagem do Juiz aquela pessoa isenta de interesses, que irá julgar seu conflito. E a construção do mundo dos autos acaba por prevalecer, ainda que dissociada do mundo da realidade dos homens.

DA CONCLUSÃO

O Processo Trabalhista brasileiro se fundamenta no Processo Inquisitorial do Processo Civil, onde a verdade não é construída pelas partes, mas fruto de uma decisão unilateral do Estado, investido na figura do Juiz.

A verdade formal deve prevalecer sobre a verdade real, construindo-se assim um mundo paralelo da realidade, em uma instituição esquizofrênica da forma de construção do processo que muitas vezes não é compreendida pelas partes, mormente no caso do trabalhador médio brasileiro.

O campo do Direito apresenta paradoxos significativos, uma vez que é fértil na construção de pesquisa empírica, mas ao mesmo tempo nega esse tipo de saber, como algo não qualificado, uma vez que distanciado das instituições, princípios e regras do Direito.

Assim é que o Direito é um sistema hermético, impermeável a abertura de conhecimento por parte de outras ciências sociais, o que termina por retroalimentar o sistema jurídico através de precedentes, valores por vezes ultrapassados e reproduzir a dogmática do Direito, sem a produção de um verdadeiro conhecimento científico epistemológico.

A concentração da tomada de decisão no papel do Juiz retira das partes a possibilidade de se construir uma verdade que seja consensual e que pode até mesmo não refletir a verdade real, mas pode minimizar as consequências de um conflito juridificado.

A questão de se juridificar a demanda esbarra em situações como a construção de um mundo jurídico paralelo e esquizofrênico, apartado da realidade dos fatos. A verdade prevalente muitas vezes não é a verdade real e isso, além de ser difícil de se explicar ao trabalhador médio, deslegitima as instituições jurídicas, uma vez que toda decisão imposta é refém do arbítrio e não possui lugar num verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Um afastamento da juridificação do conflito, privilegiando a Oralidade entre as partes, a palavra falada ao invés da escrita, o consenso ao invés da tentativa de convencimento do tomador de decisão através de uma tese, podem ser os passos apropriados para a resolução satisfatória do conflito para todas as partes envolvidas.

Os trabalhadores atendidos pelo Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito Ibmecc/RJ buscam uma resolução de conflitos de forma célere e não litigiosa, mas seus próprios ex-empregadores mandam que procurem seus direitos na Justiça.

A mudança de pensamento por parte das partes envolvidas também exige um trabalho de conscientização de que o consenso construído como solução à demanda pode vir a ser uma alternativa participativa de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras – entre globalização e pós globalização. Crítica da razão jurídica*. Vol 2. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2007.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder simbólico*. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil. 2004.
- CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2001.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Reconstruction interna Del Derecho*. Capítulo 1. *El sistema de los Derechos*. In *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta, 2005.

KANT DE LIMA, Roberto. Tradição Inquisitorial; no Brasil, da Colônia à República: da devassa ao inquérito policital. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 16 n. ½. 1992.

MACIEL, Débora Alves e Koerner, Andrei. “Sentidos da judicialização da política: duas análises”. In *Lua Nova*, 2002. Número 57, pág. 113-133.

NOBRE, Marcos e RODRIGUEZ, José Rodrigo. 2011. “A judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas”. In *Novos Estudos*. CEBRAP, número 91, novembro, pág. 5-22.

POSNER, Richard A. 2008. “*How judges think*”. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.

VIANNA, Luís Werneck *et alii*. 1997. “*Corpo e alma da magistratura brasileira*”. Rio de Janeiro. Editora Revan.