CAPES
QUALIS B1



Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar.



ISSN 2177-7837 - Dourados, v. 09, n.17, jan./jul. 2017

Revista do mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da FADIR/UFGD

UFGD editora

VIDERE

v. 09, n. 17



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

UFGD
Reitora: Liane Maria Calarge
Vice- Reitor: Marcio Eduardo de Barros

COED
Coordenador Editorial: Rodrigo Garófallo Garcia
Técnico de Apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho

FADIR
Diretor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais: Alfa Oumar Diallo

Conselho Editorial Internacional

Dr. Amine Ait Chaalal (Universidade Católia de Louvain-La-Neuve – Belgica); Dr. Daniela Castilhos (Universidade Portucalense – Portugal); Dr. Daniel G. Shattuc (Universidade do Novo México – USA); Dr. Eugéne Tavares (Unidade Assane Seck de Ziguinchor – Senegal); Dr. Gonçal Mayos Solsona (Universidade de Barcelona); Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (Universidade de Granma – Cuba); Dr. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos – Espanha); Dr. Francesco Rubino (Universidade de Paris I – França); Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto – Portugal); Dr. Rodrigo Perez (Universidade de Atacama – Chile); Dr. Bruno Sena Martins (Universidade de Coimbra)

Conselho Editorial

Dr. Alexandre Melo Franco Bahia (UFOP); Dr. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS); Dr. Dr.Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC); Dr.Bruno Galindo (UFPE); Me. Camila Soares Lippi (UNIFAP); Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (UFES); Dr. Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR); Dr. Cesar Augusto Baldi (UNB); Dr. Cristina Pazo (Universidade de Vitória); Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA); Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UNIFAP); Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPel); Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC); Dr. José Ribas Vieira (UFRJ); Dr. Maria dos Remédios Fontes Silva (UFRN); Dr. Maria Goreti Dal Bosco (UFF); Dr. Marilia Montenegro Pessoa de Mello (UFPE); Dr. Rafael Lamera Cabral (UFERSA); Me. Renan Honório Quinalha (USP); Dr. Renato Duro Dias (UFRG); Dr. Rafael Salatini de Almeida (UNESP); Dr. Roberto Fragale Filho (UFF); Dr. Samuel Barbosa (USP); Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG); Dr. Saulo Tarso Rodrigues (UFMT); Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI); Me. Thaisa Maira Held (UFMT); Dr. Vanessa Alexandra de Melo Pedroso (UCP); Dr. Wanise Cabral Silva (UFF)

Conselho Editorial Interno

Me. Tiago Resende Botelho - UFGD
Me. Arthur Ramos do Nascimento - UFGD

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central - UFGD

Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD/ Universidade Federal da Grande Dourados (v. 9, n. 17, jan./ jul. 2017) - Dourados, MS : UFGD, 2017 -.

Semestral

e-ISSN: 2177-7837

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal da Grande Dourados. Faculdade de Direito e Relações Internacionais.

Revista VIDERE
Viu, ouviu, memorizou.
v.9 n.17, jan./jun. 2017
CAPES
ISSN 2177-7837

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

Revista *Videre*, periódico semestral do Programa de Pós-Graduação
em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais
da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD
Videre, Dourados, MS, v. 9, n.17, jan./jul. 2017

VIDERE
v. 9, n.17, jan./jul., 2017

EDITORES

Tiago Resende Botelho
Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra & professor da FADIR – UFGD

Arthur Ramos do Nascimento
Mestre em Direito Agrário pela UFG & professor da FADIR - UFGD

REVISÃO
A revisão gramatical é de responsabilidade dos(as) autores(as).

CAPA
Cello Lima - autor da pintura: Étnicos (pigmentos naturais e pigmentos manipulados sobre algodão)
Acervo particular de Murilo Zauith

MC&G DESIGN EDITORIAL
Editoração Eletrônica, Produção Gráfica

Correspondências para:

UFGD/FADIR
Universidade Federal da Grande Dourados
Faculdade de Direito e Relações Internacionais - FADIR
Rua Quintino Bocaiúva, 2.100- Jardim da Figueira
Caixa postal 322 - CEP 79.824-140 - Dourados/MS
Fones: +55 67 3410-2471 / Fax: +55 67 3421-9493

SUMÁRIO

EDITORIAL 7

APRESENTAÇÃO 9

O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA REFLEXÃO ACERCA DO ANTEPROJETO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS 13
Bruno Mello Correa de Barros
Clarissa Teresinha Lovatto Barros
Rafael Santos de Oliveira

EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO FORMAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 28
Pedro Pulzatto Peruzzo
Guilherme Perez Cabral
Thiago Silva Freitas Oliveira

DE WALTER BENJAMIN A THEODOR ADORNO: TRAÇOS QUE PERMANECEM NA CONTEMPORANEIDADE 44
Carolina Diamantino Esser Santana

A HISTORICIDADE DA GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 70
Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima

A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DA RACIONALIDADE ECOLÓGICA E OS PROBLEMAS AMBIENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE 84
Danielle de Ouro Mamed
Jairo Marchesan
Sandro Luiz Bazzanella

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E A TEORIA DA INCAPACIDADE: OS DESAFIOS INTERPRETATIVOS PARA A NOVA LEGISLAÇÃO CIVIL 104
Rafael Lamera Giesta Cabral

CARECER DE DERECHOS: UNA INTRODUCCIÓN A LOS ESTUDIOS TEÓRICOS SOBRE LA APATRIDIA 118
Violeta Alejandra Chávez Batista

MULTICULTURALISMO DE NEGAÇÃO: UM OLHAR PARA A REALIDADE DA PRISÃO DA MULHER ESTRANGEIRA 139
Raquel Fabiana Sparemberger
José Elias Gabriel

O PASSADO ANULADO: OS REFLEXOS DA INADEQUADA JUSTIÇA TRANSICIONAL PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA 156
Carla Dóro de Oliveira
Doglas Cesar Lucas

O POLO SUL E O RISCO AMBIENTAL: PARA ALÉM DE 2041 174
Haiany Serraggio de Souza
Cleide Calgaro

ANÁLISE DO POPULISMO NA DEMOCRACIA: ENTRE AS EMOÇÕES E O RACIONALISMO 188
Andrey Lucas Macedo Corrêa
Alexandre Walmott Borges
Karina Almeida Guimarães Pinh

REFUGIADOS, RESPONSABILIDADE E GOVERNANÇA 203
Raul Felix Barbosa
Viviane Mozine Rodrigues

DAS RESTRIÇÕES ESTATAIS AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA 220
Ana Paula da Silva Liberalino
Marcelo Lauar Leite

DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: UM DIÁLOGO POSSÍVEL 235
Renata Alvares Gaspar
Felipe Soares Vivas de Castro

CRIME E CONGRESSO NACIONAL NO BRASIL PÓS-1988: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL APROVADA DE 1989 A 2006 246
Thayane Brito de Jesus
Ana Claudia Cifali

EDITORIAL

A Revista *Videre* é um periódico editado semestralmente pelo programa de mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados na cidade de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, com e-ISSN: 2177-7837 e qualificada na Comissão Qualis Capes Direito com estratificação B1.

O Conselho Editorial da revista, pautado no significado da palavra *videre* – ver, olhar e considerar –, tem por objetivo publicizar de forma democrática e gratuita as muitas visões, olhares e considerações nas áreas das ciências aplicadas e humanas, envolvendo cientistas nacionais e internacionais.

O símbolo da revista, a mulher indígena, foi desenhada pelo grafiteiro Amarelo e encontra-se estampada nos muros do CEUD – UFGD. Representa as questões de gênero e étnica, o multiculturalismo, epistemologia, Direitos Humanos, democracia e teoria do reconhecimento, temáticas de difíceis inserções na realidade regional nacional. Temas enfrentados na tessitura das letras que constroem a revista.

Os autores e autoras buscam, por meio da interdisciplinaridade das visões, olhares e considerações teorizar a realidade social com seus estudos científicos na página eletrônica da Revista *Videre*.

A Revista *Videre*, para além da contribuição com a propagação das pesquisas científicas, serve de ponte entre as graduações e os programas stricto sensu. Desta maneira, abrange temas interdisciplinares, que tratam de assuntos relativos às áreas: Estado e Espaços Jurídicos; Cidadania, Justiça e Reconhecimento; Sistemas Políticos, Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos; Estudos Internacionais, Multitemáticos e Direito; Gênero, Raça e etnia; Estudos Fronteiriços; Educação, pobreza e desigualdade social; América Latina e seus desafios contemporâneos.

As seções da revista estão divididas em: artigo científico; ensaio; resenha/recensão; resumo; estudo de caso; agenda e entrevista.

Os trabalhos submetidos à Revista *Videre* passam por pareceristas nacionais e internacionais *ad hoc*, de notório saber e capacidades inquestionáveis, aos quais cabem a decisão pela publicação. Os artigos são avaliados pelos pareceristas em regime de *blind peer-review*.

A revisão e o conteúdo dos artigos são de total responsabilidade dos autores e não expressam a opinião do conselho editorial.

É autorizada a reprodução do conteúdo publicado, desde que não se altere seu conteúdo e seja citada a fonte.

As capas da Revista *Videre* buscam, desde seu germinar, difundir visões, olhares e considerações a respeito da realidade local do município de Dourados – MS.

O Conselho Editorial interno é composto pelos professores do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados, Tiago Resende Botelho e Arthur Ramos do Nascimento.

O Conselho Editorial nacional se constrói com o esforço e dedicação de Alexandre Melo Franco Bahia, Amilton Bueno de Carvalho, Antônio Carlos Diniz Murta, Bruno Galindo, Camila Soares Lippi, Carlos Henrique Bezerra Leite, Celso Hiroshi Iocohama, Cesar Augusto Baldi, Cristina Pazo, Edson Fernando Dalmonte, Edson Ferreira de Carvalho, Fábio Amaro da Silveira Duval, Francisco Pereira Costa, José Ribas Vieira, Maria dos Remédios Fontes Silva, Maria Goreti Dal Bosco, Marilia Montenegro Pessoa de Mello, Rafael Lamera Cabral, Renan Honório Quinalha, Renato Duro Dias, Rafael Salatini de Almeida, Roberto Fragale Filho, Samuel Barbosa, Saulo de Oliveira Pinto Coelho, Saulo Tarso Rodrigues, Sebastião Patricio Mendes da Costa, Thaisa Maira Held, Vanessa Alexandra de Melo Pedroso e Wanise Cabral Silva.

O Conselho Editorial internacional é honrosamente integrado por Amine Ait Chaalal, Daniela Castilhos, Daniel G. Shattuc; Eugéne Tavares, Gonçal Mayos Solsona, Juan Ramón Pérez Carrillo, Nuria Belloso Martín, Francesco Rubino, Paulo Ferreira da Cunha, Rodrigo Perez Lisicic, Bruno Sena Martins.

O Conselho Editorial da Revista Videre pode ser contactado pelo endereço: Universidade Federal da Grande Dourados - Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR- Rua Quintino Bocaiúva, 2.100, Jardim da Figueira, CEP 79.824-140, Dourados/MS – telefone: (67)3410-2471 e e-mail: revistafadir@ufgd.edu.br .

APRESENTAÇÃO

É com enorme alegria que o Conselho Editorial da Revista *Videre* do Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados abre sua edição v. 9, n. 17, do ano ímpar de 2017.1, anunciando que, após criteriosa e seletiva avaliação, a Comissão Qualis Capes Direito outorgou à Revista *Videre* a estratificação superior Qualis B1.

Esta classificação confere à *Videre* a qualidade de periódico de excelência nacional, figurando entre os 732 mais bem avaliados de um total de aproximadamente 2.325 em todo o país na área jurídica. Na conjuntura regional, consolida-se com a maior estratificação na área do Direito do estado de Mato Grosso do Sul.

No processo de classificação de 2016, segundo dados do relatório apresentado pela Capes, os periódicos se classificaram da seguinte forma: 127 no estrato A1, 102 no A2, 302 no B1, 201 no B2, 169 no B3, 192 no B4, 297 no B5 e, no C, 935.

Após oito anos, a Revista *Videre*-comprova que está preparada para construir, solidificar e unir, de forma científica, crítica e pedagógica, a pesquisa jurídica, política e internacional. A estratificação Qualis Capes, para além de sua importância técnico-científica, representa a valoração e intensificação da pesquisa desenvolvida no Centro-Oeste brasileiro na Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD.

Elevar a Revista *Videre* ao estrato superior da Comissão Qualis Capes Direito foi uma conquista conjunta, sonhada e executada em diferentes momentos por todos os editores, avaliadores, autores, leitores, professores, alunos e técnicos que constroem este periódico e acreditam na pesquisa científica como instrumento de emancipação social. Sendo assim, agradecemos o empenho e atribuímos a cada um de vocês esta bonita conquista. Obrigado!

A edição 2017.1 da Revista *Videre* está repleta de boas novas, pois, para além da estratificação superior que passou a integrar, o Conselho Diretor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD aprovou a vinculação do periódico ao Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos. Portanto, a Revista aproxima-se ainda mais da pesquisa e dos pesquisadores.

A nova edição reforça o comprometimento com a solidificação do Estado Democrático de Direito, principalmente ao abordar temáticas como: Direito à Privacidade; Educação Jurídica para a promoção dos Direitos Humanos; Direito à Greve; Proteção ao Meio Ambiente, Teoria da Capacidade; Apátridas; Prisão das Mulheres; Justiça de Transição, Populismo na Democracia; Refugiados; Restrições à Livre Iniciativa e Política Criminal.

Os autores e autoras nacionais e internacionais que dedicaram seus estudos científicos à publicação na Revista *Videre* atenderam ao criterioso regime de *double-blind peer review* com pareceres favoráveis de profissionais capacitados da área. Sendo assim, a primeira edição do ano ímpar traz ao debate artigos de elevado rigor científico e temas de suma relevância para a emancipação das muitas formas de saber, ser e viver.

Abrem a edição Bruna Barros, Clarissa Barros e Rafael de Oliveira com o artigo: "O direito à privacidade: uma reflexão acerca do anteprojeto de proteção de dados

pessoais". Os autores analisam o princípio da privacidade e demonstram a premência da aprovação de regra coerente sobre a proteção de dados pessoais no Brasil.

Na sequência, Pedro Peruzzo, Guilherme Cabral e Thiago Oliveira desenvolvem o artigo "Educação jurídica como formação para a promoção dos Direitos Humanos". Para os professores, é necessário e urgente que se reflita sobre o tema da educação jurídica no Brasil, analisando suas possibilidades, avanços e retrocessos, para a sua compreensão como formação para a promoção dos Direitos Humanos.

Carolina Santana apresenta o ensaio "De Walter Benjamin a Theodor Adorno: traços que permanecem na contemporaneidade". A autora critica o sistema capitalista, no que se refere aos efeitos nefastos que ele impõe aos seres humanos, a partir dos estudos da primeira geração da Escola de Frankfurt. Analisando a história das ideias a partir de Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Max Horkheimer.

Posteriormente, Camila Lima expõe o artigo nominado "A historicidade da greve no ordenamento jurídico brasileiro". Atual e necessário, o estudo discute o direito de greve num contexto histórico, apresentando os momentos de afirmação, proteção, indiferença e negação legal no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo intitulado "A constituição histórica da racionalidade ecológica e os problemas ambientais na contemporaneidade" é desenvolvido por Danielle de Ouro Mamed, Jairo Marchesan e Sandro Bazzanella. Os autores buscam compreender as bases e abrangências da ação humana diante da natureza, sendo esta, portanto, uma ferramenta interessante para que seja possível avaliar os motivos do fracasso das políticas ambientais na contemporaneidade.

Seguindo, Rafael Cabral apresenta o estudo "Lei Brasileira de Inclusão e a Teoria da Incapacidade: os desafios interpretativos para a nova Legislação Civil". Para o professor, é necessário identificar em quais medidas a Lei de Inclusão interage com a Teoria da Incapacidade e impõe novos desafios para construir o instituto da tomada de decisão apoiada.

Violeta Bautista desenvolve o artigo "Carecer de derechos: una introducción a los estudios teóricos sobre la apatridia". A autora apresenta uma perspectiva contemporânea das causas, efeitos e tratamento institucional dos *apatridia*, bem como a relevância da figura do apátrida para a análise política internacional atual.

Raquel Sparemberger e José Gabriel tecem o artigo "Multiculturalismo de negação: um olhar para a realidade da prisão da mulher estrangeira". A tessitura teoriza a segregação da mulher estrangeira no sistema penitenciário brasileiro, uma vez que tal prisão produz iguais ou piores efeitos e resulta na negação da cultura da estrangeira que cumpre pena.

Carla de Oliveira e Douglas Lucas elaboram o artigo "O passado anulado: os reflexos da inadequada Justiça Transicional para a Democracia brasileira". Os autores buscam reconhecer os pontos positivos e negativos do processo justransicional, bem como demonstrar de que forma sua incompletude influencia na democracia e na persistência de um cenário de violência no país.

No texto "O Polo Sul e o risco ambiental: para além de 2041", Haiany de Souza e Cleide Calgaro estudam o atual ordenamento jurídico responsável por reger a situação do Polo Sul e o Tratado da Antártida.

Andrey Corrêa, Alexandre Borges e Karina Pinho discutem "Análise do populismo na democracia: entre as emoções e o racionalismo". Os autores partem da premissa da incidência das emoções no estudo da teoria democrática e analisam a influência das mesmas diante da conjuntura político-institucional atual, pautada na racionalidade pública.

Raul Barbosa e Viviane Rodrigues apresentam o artigo "Refugiados, responsabilidade e governança". Defendem a distribuição equitativa e um padrão regulatório para compensar as desigualdades geradas pelo sistema atual.

Ana Paula Liberalino e Marcelo Leite sustentam o trabalho "Das restrições estatais ao direito fundamental à livre iniciativa". Os autores analisam as prerrogativas que a livre iniciativa compreende. Em seguida, averiguam a natureza jurídica da liberdade econômica no sistema normativo do Brasil e, por fim, em quais hipóteses tal direito constitucional pode ser limitado pelo Estado.

O texto "Direito fundamental ao desenvolvimento e direito do comércio internacional: um diálogo possível" é elaborado por Renata Gaspar e Felipe Vivas de Castro. O estudo constata a necessidade de transparência para a manutenção do sistema financeiro mundial. É, justamente, na oportunidade oferecida pela demanda por transparência que a cidadania encontra um espaço de luta para consolidar seu direito fundamental ao desenvolvimento.

Por fim, mas não menos importante, Thayane de Jesus e Ana Cifali apresentam a resenha "Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988: uma análise da Política Criminal aprovada de 1989 a 2006". As autoras, por meio de uma resenha, se dedicam à pesquisa realizada por Marcelo Campos, no ano de 2010, no que se refere às políticas adotadas pelo parlamento brasileiro no âmbito da segurança pública e justiça criminal.

O Conselho Editorial sabe dos muitos desafios que enfrentará para manter e elevar a qualidade da Revista *Videre*, principalmente, frente ao difícil momento que atravessa a Democracia brasileira. Investimentos em educação e nos educadores são considerados gastos, e cortes sorrateiros, sob o manto falacioso do termo "reforma", são chancelados às escuras num grande acordo, conhecido como "pacto nacional" por parte expressiva dos políticos brasileiros. Entretanto, apesar das muitas dificuldades enfrentadas, manter uma revista científica de qualidade e gratuita é dever da universidade pública, pois o periódico transforma-se em espaço plural de resistência contra autoritarismo, governo ilegítimo, retrocesso, inconstitucionalidade e injustiça.

Como diria o sul-mato-grossense de coração Manoel de Barros: "Quem anda no trilho é trem de ferro: liberdade caça jeito". Aos conselhos do poeta, os artigos que a Revista *Videre* lhes apresenta são estudos inquietos que caçam jeito de liberdade.

Desejo uma boa leitura!

Dourados – MS, 13 de julho de 2017.

Tiago Resende Botelho

Editor da Revista *Videre* & Professor da FADIR-UFGD

O DIREITO À PRIVACIDADE: UMA REFLEXÃO ACERCA DO ANTEPROJETO DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS[1]

THE RIGHT TO PRIVACY: A REFLECTION ON THE PRELIMINARY DRAFT PROTECTION OF PERSONAL DATA

Bruno Mello Correa de Barros[2]

Clarissa Teresinha Lovatto Barros[3]

Rafael Santos de Oliveira[4]

RESUMO: Este artigo se propõe a refletir a respeito do princípio da privacidade e demonstrar a premência da aprovação de regra coerente sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, compreendendo que, com Dworkin, princípio representa um fechamento hermenêutico capaz de buscar na integridade do próprio direito suas características. Utilizou-se como metodologia a ontologia hermenêutica, adotando a fenomenologia hermenêutica a fim de compreender a realidade e a temática proposta. Os métodos de procedimento elencados foram o método monográfico e o histórico. Desse modo, aponta-se que a privacidade e as suas formas de proteção costumam estar alinhadas à tecnologia disponível e que, com a consolidação da Sociedade Informacional guiada, notadamente pela Internet e a circulação instantânea de dados que ela propicia, o tema da proteção jurídica necessita de um marco regulatório integrado ao panorama internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Privacidade. Proteção de Dados Pessoais. Integridade normativa.

ABSTRACT: This article proposes to reflect on the principle of privacy and demonstrate the urgency of the adoption of a coherent rule on the protection of personal data in Brazil, understanding that with Dworkin, principle represents a hermeneutic closure capable of seeking in the integrity of its own right characteristics.

1 Pesquisa conta com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior – CAPES.

2 Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação – UFSM. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano – UNIFRA. Pesquisador do Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet. brunomellocbarros@gmail.com

3 Advogada, jornalista e Mestre pelo programa de Pós Graduação em Direito da UFSM e pesquisadora do grupo de estudos no Núcleo de Direito Informacional (NUDI). Formada em Direito e Jornalismo pela Universidade Federal de Santa Maria, além de MBA em Comunicação Empresarial pela Universidade de Santa Cruz do Sul (2005/2006). clovatto@yahoo.com.br

4 Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Professor Adjunto III no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Professor do Curso de Especialização em Agricultura Familiar Camponesa e Educação do campo- Residência Agrária (2014/2015). advrso@gmail.com

Hermeneutical ontology was used as methodology, adopting the hermeneutic phenomenology in order to understand the reality and the proposed theme. The methods of procedure listed were the monographic and historical method. Thus, it is pointed out that privacy and its forms of protection are usually in line with available technology and that, with the consolidation of the Information Society guided, notably through the Internet and the instantaneous circulation of data that it provides, the subject of legal protection Requires a regulatory framework integrated to the international scene.

KEYWORDS: right to privacy, personal data protection, normative integrity.

INTRODUÇÃO

Na perspectiva deste artigo, o direito à privacidade impõe-se como direito fundamental, destacando que a correlação entre o nível de proteção desejado e o nível de tutela efetivo exige uma quota de privacidade, garantida por regra. As maneiras tradicionais de proteção se tornam difíceis em decorrência de características atinentes à sociedade informacional, revelando a premência de mecanismos que não se restrinjam a regras jurídicas nacionais e estejam integrados ao panorama internacional.

Destaca-se que este trabalho se propõe a refletir a respeito do princípio da privacidade e demonstrar a premência da aprovação de regra coerente sobre a proteção de dados pessoais no Brasil, compreendendo, com Dworkin, que princípio representa um fechamento hermenêutico capaz de buscar na integridade do próprio direito suas características. Assim, o princípio não representa "abertura" ao sujeito solipsista ou um mecanismo jurídico para preencher lacunas, haja vista que esse termo solipsista, derivado do alemão, traduz-se em "viciado em si mesmo", ou seja, àquele que se utiliza por si só a própria expertise para resolução de determinada situação.

Ainda, em relação aos autores que contribuem para construção deste artigo, recorreu-se ao entendimento de Pérez Luño (2005) de transposição da percepção que separa intimidade e privacidade, tendo em vista a aceleração provocada pela inovação tecnológica e científica que permeia a contemporaneidade. Apropriou-se, também, dos ensinamentos Stefano Rodotà (2008) de que há a necessidade de ampliar o conceito de privacidade para além da dimensão individualista.

A fim de possibilitar a melhor compreensão da temática abordada, se estruturou este artigo em duas seções. Na primeira, mostrou-se a relação do desenvolvimento das tecnologias de informação e da comunicação (TIC), realizando diálogo com o direito à privacidade e também com a compreensão de princípio como elemento instituidor da regra. A segunda versa a respeito do tratamento do tema no cenário internacional e no Brasil, delineando aspectos coerentes no ordenamento brasileiro em comparação a outros países, especialmente da Europa. Utilizou-se como metodologia a ontologia hermenêutica, adotando a fenomenologia hermenêutica a fim de compreender a realidade e a temática proposta. Os métodos de procedimento foram o monográfico e o histórico.

1 DIREITO FUNDAMENTAL DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE INFORMACIONAL: UMA COERÊNCIA NECESSÁRIA

O desenvolvimento das tecnologias nos campos da informação e da comunicação, sobretudo a Internet, produziu reflexos sobre os conceitos de tempo e espaço, provocando uma série de alterações nas formas de relacionamento interpessoais, seja na esfera pública ou privada. As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) podem ser entendidas como mecanismos de valor ao estabelecer conexões entre a sociedade civil e o Estado, mas a utilização inadequada das TIC tem potencial de infringir direitos sensíveis, tanto pelo Estado quanto por particulares. Nesse sentido, presencia-se uma sociedade em evolução, ou uma sociedade da informação, com um modelo de desenvolvimento sociopolítico na busca pela satisfação das necessidades dos cidadãos e pela disseminação do conhecimento (BATTEZINI; REGINATO, 2016, p. 6).

A sociedade informacional, termo preconizado por Manuel Castells, sociólogo espanhol, consiste em uma terminologia que tenta estabelecer um paralelo entre indústria e industrial. Uma sociedade industrial (conceito comum na tradição sociológica) não é apenas uma sociedade em que há indústrias, mas uma sociedade em que as formas sociais e tecnológicas de organização industrial permeiam todas as esferas de atividade, começando com as atividades predominantes localizadas no sistema econômico e na tecnologia militar e alcançando os objetos e hábitos da vida cotidiana. Assim, o emprego dos termos "sociedade informacional" e "economia informacional" tenta uma caracterização mais precisa das transformações atuais, além da sensata observação de que a informação e os conhecimentos são importantes para as sociedades. Porém, o conteúdo real de "sociedade informacional" tem que ser determinado pela observação e pela análise (CASTELLS, 2008, p. 65).

Nesse sentido, a partir do termo cunhado por Castells, quando mal utilizados os instrumentos disponibilizados pelas TIC aliado ao incorreto armazenamento de dados abre-se o leque para devastar com a privacidade do indivíduo. No contexto contemporâneo em que dados são veiculados de maneira instantânea, o cidadão, titular de seus dados, muitas vezes, perde o controle das informações a seu respeito, inclusive as mais íntimas. Nesse cenário de mudanças paradigmáticas, constata-se a evolução do direito à privacidade, o qual somente incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro após ter conquistado reconhecimento no plano internacional. Dentro desse plano, é possível prescrever que o marco doutrinário ocorreu em 1890, nos Estados Unidos, quando Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis publicaram artigo na *Harvard Law Review*, intitulado *Right to privacy*. Destaca-se que o direito à privacidade obteve reconhecimento na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e, em 1966, ganhou regulação pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. A previsão legal desse direito na Convenção Americana sobre Direitos Humanos aconteceu em 1969 (VIEIRA, 2007).

Dentro desse ângulo, a informação, atualmente, pode ser considerada a base da vida e das relações humanas e sociais. Isto porque quem possui o poder de comunicá-la, em regra, possui o poder de controle dos cidadãos, que tomarão decisões a partir do que conhecem (RAMINELLI; OLIVEIRA, 2015. p. 23). Na análise de Brenton (1992, p. 24), este lançou mão da comunicação e do considerava o seu principal elemento, a informação, como o elo fundamental entre a humanidade. A tecnologia permuta a

livre informação e isso é comunicação, o fenômeno central de uma sociedade sem entropias. Logo, nessa perspectiva, uma sociedade em que uma comunicação se realiza de forma livre e descentralizada, pode, na mesma medida, propiciar que a difusão da informação ocorra de igual forma.

No mesmo propósito, a revolução tecnológica provoca uma mudança visceral no mundo hodierno, no caso de sua manifestação mais inquietante, a Internet inova nos parâmetros de sua própria análise, na dimensão formal do seu objeto, isto é, a virtualidade (PIMENTA, 2013, p. 14). As novas tecnologias, ou tecnologias digitais, expandiram enormemente a possibilidade de acesso à informação e às formas de comunicação, daí porque migraram de tecnologias de informática para serem nominadas Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (NTICs). O desenvolvimento do que são comumente denominadas na literatura como novas tecnologias da informação e da comunicação foi propulsor de mudanças que afetaram a sociedade mundial em todos os seus aspectos (PIMENTA, 2013, p. 01).

Assim, modernamente, graças às novas tecnologias, o ser humano alcançou um desenvolvimento capaz de alterar a sua própria história. A tecnologia alcançou patamares que há décadas não se pensaria fosse possível (NUNES; PATUSSI, 2016, p. 135). O acesso ao conhecimento a essas novas tecnologias torna-se competitivo e alguns Estados o tratam como impreterível ao desenvolvimento. Portanto, é imprescindível dar novos suportes de fixação de conteúdos, e que a lei acompanhe esse desenvolvimento modificando os antigos parâmetros de proteção para contemplar novas abrangências de proteção que antes eram impensáveis (NUNES; PATUSSI, 2016, p. 136).

Logo, o Brasil, com a Constituição Federal de 1988, consagrou o Princípio da Dignidade Humana (art. 1, III), protegendo os direitos de personalidade e reconheceu a inviolabilidade da vida privada, da intimidade e da honra das pessoas (art. 5, X). Apesar de a Constituição ter assegurado a tutela da privacidade não se pode olvidar que, conforme leciona Streck (2006), as condições de possibilidade para que o intérprete possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão acerca da totalidade do sistema jurídico-político-social. Nesse sentido, uma "baixa compreensão" a respeito do sentido da Constituição na seara do Estado Democrático e de Direito acarretará uma "baixa aplicação", com efetivo prejuízo para a concretização de direitos fundamentais. Entende-se oportuno destacar explicação de Streck (2006, pp. 51-54) a respeito de não existir etapas distintas na compreensão.

> Compreender é aplicar. Filosoficamente, ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar *interpretação e aplicação*. O sentido não se desloca do âmbito da compreensão. Aqui parece não ter sido compreendido bem a tese (central) gadameriana da *applicatio*, pela qual interpretar é aplicar, que sempre aplicamos, que não interpretamos por parte ou etapas e que, enfim, "em toda a leitura tem lugar uma aplicação" (Gadamer). *Quando Gadamer diz isso, ele não está se referindo à aplicação da lei ou na aplicação judicial.* [...] Aplicação (applicatio) é a síntese hermenêutica da compreensão; a aplicação de que fala Gadamer não é uma fase posterior da interpretação ou compreensão.

Na mesma linha, coaduna-se com Isaia (2011, p. 82) de que "a interpretação de um texto se desvelaria desde a sua assumida função como mediador de um nexo histórico

mais amplo, completo na perspectiva da história universal". Assim, resta evidenciado que a experiência humana tem significado por ser histórica e seguir uma unidade coerente na linha do tempo. Como bem explica Isaia (2012, p. 171), a partir de Dworkin, "os sentidos se dão no distanciamento sujeito-objeto e não na intersubjetividade, através da linguagem".

Reitera-se que o direito à privacidade e a sua coerente tutela tem previsão constitucional, mas a Constituição, que deveria ser o *local* para a obtenção de respostas concretizadoras, foi alterada em um "texto aberto". No Brasil, a interpretação da Constituição acontece dentro de uma tradição liberal-individualista que ainda conforma o sentido-comum-teórico dos juristas (WARAT, 1995). Desse modo, quando o "operador do direito" (sic) fala o (ou sobre) o Direito, fala a partir do seu "desde-já-sempre-sabido" sobre, e o "como-sempre-tem-sido" o Direito (STRECK, 2000, p. 268). Consequentemente, os direitos sociais, característicos do constitucionalismo contemporâneo, são relegados a um segundo plano pelos juristas com base na consideração de que somente os direitos individuais de liberdade seriam prontamente exigíveis.

Dentro dessa lógica liberal, muitas vezes, a *applicatio* tem ocorrido em etapas posteriores à interpretação ou compreensão, realizando, apenas a adequação da norma ao caso concreto. Porém, conforme bem alerta Streck (2010, p. 226), "quando me deparo com o texto, ele já ex-surge normado" e, assim, a interpretação de um texto jurídico não se desvincula da antecipação de sentido pelo intérprete. Nessa mesma linha, ao rechaçar diferenciação entre conhecer, interpretar e aplicar Dworkin (1999, p. 72) entende que os princípios são *standards* que devem ser observados por refletirem uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão de moralidade, o que os distingue das normas.

Nesse sentido, Oliveira (2008) observa que Dworkin destaca a diferença qualitativa entre regras e princípios, mas ambos são tratados como conjunto de padrões que apontam para decisões, tendo distinções quanto à natureza de orientação. As regras são aplicáveis *tudo ou nada*, ou seja, "quando se argumenta com uma regra ela é ou não é". Já num argumento de princípio, é necessário se mostrar como sua aplicação mantém uma coerência com o contexto global dos princípios (dimensão de peso). Assim, a aplicação de um princípio não pode significar a exclusão de outros.

Dworkin entende que o Direito sempre proporciona uma boa resposta, tendo em vista que o juiz ao julgar escreve a continuidade de uma história e, para exemplificar essa similaridade do Direito com a narrativa, utiliza a metáfora do "Romance em Cadeia". Nessa metáfora elaborada do Dworkin cada juiz deve se considerar parte de um complexo empreendimento em cadeia, ao lançar-se à criação e à interpretação jurisprudenciais. Concebe a interpretação jurídica como a extensão de uma história institucional do Direito, que se desenvolve a partir de decisões, estruturas, convenções e práticas (OLIVEIRA, 2008).

Desse modo, o processo interpretativo seria como um romance em cadeia que não é escrito somente por um autor, mas vários; cada um é responsável pela redação de um capítulo separado, devendo continuar a elaboração a partir de onde seu antecessor parou. Nesse contexto, destaca-se a integridade, ou seja, na complexidade da tarefa a que estaria submetido cada escritor ao redigir o romance ele deve escrever cada capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance com a complexidade

da tarefa enfrentada pelo juiz que, ao decidir um caso difícil, teria a função de dar continuidade à história.

De acordo com a teoria de Dworkin (2003) da integridade do Direito existe um valor moral no respeito à integridade e à coerência de um sistema jurídico e, desse modo, torna-se premente o imperativo de o Direito sustentar concepção coerente que seja o reflexo dos valores da comunidade política. Assim, conforme a noção de fidelidade a um sistema de princípios cada cidadão possui a responsabilidade de se manter leal ao sistema de princípios e valores da comunidade a qual pertence (DWORKIN, 2003).

Oportuno ressaltar que Streck discorda de Dworkin, quando esse afirma que as regras são aplicáveis à maneira do *tudo ou nada* e que os princípios, por sua vez, enunciariam uma razão que conduz o argumento em certa direção. Concorda-se com Streck (2006, p. 170) no sentido que a regra não subsiste sem o princípio e, do mesmo modo, não há princípio que possa ser aplicado sem o "atravessamento" de uma regra. Nesse contexto, é imperativo o uso de princípios a fim de encontrar a resposta acertada, aquela que decorre de uma correta interpretação à luz da hermenêutica à solução dos conflitos. E, para chegar a esta resposta acertada, é indispensável uma interpretação correta, no plano de uma argumentação racional. Assim, conforme preconiza Lenio Streck (2006, p. 145) os princípios[5] têm a finalidade de impedir múltiplas respostas e, sendo assim, fecham a interpretação.

> É através dos princípios – compreendidos evidentemente da superação dos *discursos fundacionais* acerca da interpretação jurídica – se torna possível sustentar a existência de respostas adequadas (corretas para cada caso concreto). Portanto, a resposta dada através dos princípios é um problema hermenêutico (compreensão), e não analítico-procedimental (fundamentação).

Feito esse recorte a respeito da compreensão de princípio, qual seja, como elemento instituidor da regra, passa-se a dissertar sobre o desenvolvimento de uma noção de privacidade, destacando que não ocorre processo subsuntivo ao interpretar um texto com base na Constituição, pois "ao vislumbrar o texto, já há um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição" (STRECK, 2006, p. 175).

O desenrolar da noção de privacidade aconteceu paralelo ao surgimento da própria possibilidade material de assegurar esse direito. O nascimento do direito à privacidade, conforme leciona Rodotà (2008, p. 26), pode ser historicamente relacionado à desagregação da sociedade feudal em que o isolamento era privilégio de eleitos ou de outras pessoas as quais, por necessidade ou opção, viviam distantes da comunidade.

Nessa conjuntura de consolidação do direito à privacidade e da regulação da rede, destacam-se as contribuições de Pérez Luño e Stefano Rodotà. A Carta Magna faz distinção entre os institutos da intimidade e da privacidade, pois no art. 5º, X, aponta que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano mora ou material decorrente de sua violação" (BRASIL, 1988), desse modo se verifica que existe uma cisão da intimidade e de outras manifestações de privacidade.

---

[5] Conforme o autor antes de estarem cindidos, há um acontecer que aproxima regra e princípio em duas dimensões, a partir de uma anterioridade, isto é, a condição de possibilidade da interpretação da regra é a existência do princípio instituidor (STRECK, 2006, p. 167).

Apesar dessa aparente separação, na Constituição Federal, dos direitos à intimidade e à privacidade, coaduna-se com entendimentos Stefano Rodotà, que reivindica a autonomia do individuo na sociedade de informacional e sugere um novo conceito de privacidade, qual seja, da definição histórica do "direito de ser deixado só" para o "direito à autodeterminação informativa". Esse conceito abarca o direito de manter o controle sobre as próprias informações; o direito de escolher aquilo que será revelado; direito ao esquecimento, em suma, o direito de determinar a maneira de construir a própria esfera particular.

Ao apresentar uma nova percepção da privacidade, Rodotà (2008) afirma que esse direito tem a ver com a proteção da personalidade, não da propriedade. Assim, a ressignificação da privacidade, como direito à autodeterminação informativa, colabora para uma concepção integral da pessoa, possibilitando o livre desenvolvimento da personalidade. Desse modo, a garantia da privacidade como direito fundamental, pressupõe um ordenamento jurídico cujos regramentos sejam interpretados em consonância à pessoa humana. Nesse sentido, sublinha-se entendimento de Rodotà (2008, p. 24).

> [...] cada vez mais frágil a definição de "privacidade" como o "direito a ser deixado só", que decai em prol de definições cujo centro de gravidade é representado pela possibilidade de cada um controlar o uso das informações que lhe diz respeito. Não que esse último aspecto estivesse ausente das definições tradicionais: nelas, porém, ele servia muito mais para sublinhar e exaltar o ângulo individualista, apresentando a privacidade como mero instrumento para realizar a finalidade de ser deixado só; enquanto hoje chama a atenção, sobretudo, para a possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações, concorrendo assim para estabelecer equilíbrios sociopolíticos mais adequados.

Essa fragilidade na conceituação de privacidade como "direito a ser deixado só" resta evidenciada, especialmente, na sociedade informacional, na qual tanto as estruturas públicas como as empresas privadas realizam coleta de dados pessoais dos indivíduos. Ao se abordar a temática proposta, torna-se imperioso assinalar que alguns doutrinadores entendem ter a privacidade maior abrangência do que a intimidade. Nesse sentido, Moraes (2002, p. 80) afirma que "os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro que se encontra no âmbito de incidência segundo".

Na mesma linha de Rodotá (2008), Pérez Luno (2005) assinala que os direitos fundamentais devem ser compreendidos a partir de percepções que não realizam a divisão de seus conteúdos em âmbitos apartados. Desse modo, o que se tutela é a intimidade a partir da qual os demais direitos seriam tutelados, inclusive os direitos à honra e à imagem. Compreende-se que essa concepção unitária é a mais adequada, especialmente na sociedade informacional, pois relaciona os direitos fundamentais à autonomia do titular, detentor do direito à autodeterminação informacional. Esse direito, por sua vez, corresponde, segundo Sarmento (2004, p. 204) ao direito de o indivíduo determinar o seu destino, como casar-se ou não, ter filhos ou não, expor em público sua própria imagem, voz e honra pessoal e demais direitos nessa mesma linha, desde que não afetem direitos de terceiros, nem a lei moral, nem a ordem constitucional.

É premente, argumenta Pérez Luño (2005), a necessidade de transpor as concepções que serviram de base para o Estado Liberal, quando bastava a postura negativa pelo Estado para garantir a satisfação dos direitos fundamentais dos cidadãos. O caráter negativo dos direitos fundamentais relaciona-se com a teoria liberal do Estado de Direito burguês, defendido por Carl Schmidtt, na qual o Estado deve respeitar a esfera jurídica do cidadão, não assumindo, entretanto, nenhum dever para realização das liberdades públicas. Essa teoria foi superada pela teoria do Estado Social, que enfatiza o caráter positivo dos direitos fundamentais, ao demonstrar que, para se atingir a liberdade real, em contraposição à liberdade meramente jurídica, impõe-se uma serie de prestações estatais (VIEIRA, 2007, p. 96).

Destaca-se que a teoria do Estado Social superou a visão restritiva dos direitos fundamentais, ressaltando, conforme explica Vieira (2007), a teoria institucional dos direitos fundamentais, segunda a qual, os direitos fundamentais, para serem efetivos, precisam ser protegidos institucionalmente e enriquecidos por atos normativos que lhes ofereçam direção, conteúdo e função.

Verifica-se que a tutela do direito à privacidade demanda uma atuação positiva do poder público para assegurar a não intromissão de terceiros na privacidade alheia. O posicionamento ativo do Estado torna-se ainda mais essencial ao compreender os direitos fundamentais na dimensão social. Assim, resta evidenciada o imperativo do reconhecimento do controle de fluxo informacional pelo próprio indivíduo. Ao entender que direito à privacidade deve ser compreendido de maneira integrada às diretrizes internacionais, insta destacar a distinção entre intimidade e privacidade realizada pela doutrina alemã, a qual distingue a privacidade em três círculos concêntricos. Nesse sentido, frisa-se a explicação de Vieira a respeito da teoria das esferas (2007, p. 37):

> [...] O primeiro círculo e de maior amplitude representa a esfera privada, excluindo-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da vida da pessoa. O segundo compreende os valores atinentes ao âmbito da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, somente permitido àqueles indivíduos com os quais a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa. O terceiro e mais fechado dos círculos abrange a reserva, o sigilo, o segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadoras da vida íntima *stricto sensu*.

Percebe-se que essa teoria, adotada pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão[6] no caso da Lei do Microcenso, realiza diferenciação entre intimidade, vida privada e segredo, apesar de ser questionável a possibilidade de delimitar os limites que balizam as três esferas. A par da teoria das esferas houve a formulação da teoria do mosaico, em que a partir de coletânea de dados é possível traçar o perfil do cidadão, por Fulgêncio Conessa.[7] Aliás, Canotilho (2003) conceitua direito à privacidade como

[6] Em 16 de julho de 1960, o Tribunal Alemão afirmou que o terceiro e mais fechado dos círculos não pode ser violado pelo Estado nem mesmo por lei, por ser tal âmbito um recinto inatingível da vida privada, que não pode ser submetido a qualquer ação do poder público. [...] De outro lado, as informações solicitadas pelos órgãos públicos, que exorbitem essa esfera e que não violem a dignidade ou a autodeterminação do individuo, devem ser prestadas ao Estado para pesquisas estatísticas, por exemplo. No caso em exame, o Tribunal considerou que a Lei de Microcenso não viola a esfera do segredo confirmando a constitucionalidade do ato normativo (VIEIRA, 2007, p. 39).

[7] Dados pessoais assemelham-se a pequeninas pedras que formam um mosaico, ou seja, vistas por si sós nada representam, mas, uma vez unidas, formam um conjunto pleno de significado que, nesse caso, compõem a personalidade do indivíduo. MIGUEL, Carlos Ruiz. Em torno de la protección de lós datos

direito de personalidade. O constitucionalista português faz distinção[8] entre direitos de personalidade e direitos fundamentais.[9] Segundo o constitucionalista português, os direitos de personalidade abrangem os direitos de estado (direito de cidadania), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e os direitos sobre a própria vida.

Segundo a teoria do mosaico, é irrelevante o fato de a informação do indivíduo pertencer à esfera da intimidade, vida privada do segredo, pois interessa, sobretudo, é a utilização que se fará com tal dado informacional. Assim, há dados que possuem aparência de inofensivos à violação, porém, quando colacionados com outros dados, apresentam risco à violação da privacidade do cidadão. Destaca-se que a teoria do mosaico colabora para o entendimento da problemática relacionada à coleta e ao armazenamento de dados pessoais tanto por entes públicos quanto por privados, em especial na sociedade informacional na qual é possível realizar, em instantes, a interligação de dados e delinear o perfil de indivíduos.

Percebe-se que o discurso sobre a privacidade aparece como um discurso sobre dados pessoais e, portanto, sobre a informação. Porém, alerta-se que considerar a relevância da informação como um dado somente dos tempos atuais é abstrair a sua importância em períodos anteriores. Reconhece-se que, nos dias atuais, há maior desenvoltura na manipulação, coleta, tratamento e comunicação da informação e, concomitantemente, aumentam as formas com as quais as informações podem utilizadas, coadunando com a observação de Rodotà (2008) no sentido de que a novidade fundamental introduzida pelos computadores é a transformação de informação dispersa em informação organizada.

Pode-se afirmar que, de fato, na sociedade informacional, a Internet alavancou o acesso às informações e possibilitou a troca de dados, em diferentes formatos, entre pessoas e organizações. No entanto, não se pode negar que é a organização das empresas e também do poder público em rede alavancou a invasão da vida privada de clientes e dos cidadãos em busca de dados pessoais. Assim, a Internet se constitui em ameaça à privacidade dos indivíduos, pois facilita a troca de informações entre os prestadores de serviços (público ou privado), além de facilitar o monitoramento das condutas virtuais dos usuários da rede.

Salienta-se que o uso generalizado do mecanismo de interconexão de informações pessoais armazenadas em bancos de dados públicos tem gerado preocupações em relações ao direito à privacidade em razão da violação da autodeterminação dos indivíduos pelo monitoramento estatal. Há, conforme alerta Rifkin (2001, p. 82), desequilíbrio informacional na relação do internauta em face do fornecedor, tendo em vista que esse ao operar e dominar o ciberespaço detém, evidentemente, informações em maior volume e, assim, mais controle e poder.

nota 8

personales automatizados. Revista de Estudios Políticos. Madrid, n. 84, pp. 242-243, abril/junho. 1994 apud BESSA, Leonardo Roscoe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

8 O autor reconhece que, em razão da interdependência entre o estatuto positivo e o estatuto negativo do cidadão, e em face da concepção de um direito geral de personalidade como direito à pessoa ser e à pessoa devir, cada vez mais os direitos fundamentais tendem a ser direitos de personalidade e vice-versa (CANOTILHO, 2003, p. 396).

9 Direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2003, p. 392).

Delineados aspectos do direito à privacidade, examina-se, na próxima seção, a proteção de dados na sociedade informacional, expondo espécies de dados pessoais e o panorama internacional da tutela desses dados. Posteriormente, destacam-se aspectos do anteprojeto de lei de dados pessoais no Brasil, que foi submetido, pelo Poder Executivo Federal, para consulta pública (http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/).

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: O TRATAMENTO DO TEMA NO CENÁRIO INTERNACIONAL E NO BRASIL

A realidade virtual facilitou o acesso a informações, possibilitando uma nova faceta da democracia, mas, ao mesmo tempo, o que está por trás de um dado é uma pessoa e, assim, os dados pessoais devem ser tratados com a devida garantia e proteção. A necessidade de proteger o indivíduo do risco de divulgação de seus dados tem origem, conforme ensina Limberger (2007, p. 58), no fato de que possuem um conteúdo econômico pela possibilidade de sua comercialização e há a possibilidade de toda uma serie de empregos secundários dos dados recolhidos, os quais nem sempre foram consentidos.

Na sociedade informacional, a interconexão de arquivos dos usuários com intuito de formação de bancos de dados, construídos, grande parte das vezes, com informações dos cidadãos sem o seu aval, impulsionou a concepção e criação de mecanismos de proteção aos dados pessoais. Inclusive, a relevância da temática reflete-se em documentos internacionais, especialmente na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia que reconhece a proteção de dados como um direito fundamental autônomo e, como bem destaca Rodotà (2008, p. 19) "a inviolabilidade da pessoa deve ser reconfigurada e reforçada na dimensão eletrônica. Devem ser rejeitadas todas as formas de reducionismo".

Desse modo, no sentido do apregoado por Dworkin, os princípios, inclusive da proteção de dados, devem ser respeitados por refletirem uma exigência de justiça. No tocante à tutela de dados pessoais, as iniciativas legislativas surgiram em 1970. A Lei do *Land* alemão de Hesse, de 1970;[10] a lei nacional de proteção de dados da Suécia: o Estatuto para bancos de dados de 1973 – Datalaf 289,[11] além do *Privacy Act* norte-americano, de 1974. Conforme Sampaio (1998), essa primeira geração de leis que previa a concessão de autorizações para a criação de bancos de dados e do posterior controle por órgãos públicos, permaneceu até a lei federal da República Federativa da Alemanha sobre proteção de dados pessoais, de 1977.

Conforme registra Doneda (2006), a Alemanha, a partir dessa legislação, pretendia concluir a realização de um censo em que comparava os dados pessoais fornecidos com

10 Essa lei criou uma autoridade – Comissário para proteção de dados – para controlar a elaboração informática de dados pessoais no confronto com a administração pública, em iniciativa pioneira na Europa.

11 Em 1976, o parlamento sueco promulgou uma lei de acesso a registros públicos e aos atos oficiais do governo. No tocante à Datalag, a Suécia estudava desde 1963 a ligação de bancos de dados como o registro civil, de veículos, de propriedade imobiliária, policiais, serviços sociais e empregatícios no seu Escritório Central de Estatística. A tentativa de implementar um Registro Total da População de um Registro Central de Contribuintes provocou uma reação contrária da sociedade, motivando a promulgação da primeira lei mundial de proteção de dados pessoais (BENNET, C. Regulating privacy, Ithaca: Cornell University Press, 1992, p. 47).

os do registro civil. Esse censo gerou controvérsias, pois havia possibilidade de envio às autoridades pessoais dos dados colhidos, bem como a previsão de multa a quem se recusasse a responder aos questionamentos.

Na década de 1990, a União Europeia aprovou sua diretiva 95/46/CE[12] sobre a "proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados". A Diretiva tinha como objetivo uniformizar as normas de tratamento de dados pessoais no âmbito da União Europeia, procurando ao mesmo tempo proporcionar um nível mínimo de proteção aos dados pessoais, bem como fomentar e fortalecer o mercado interno europeu com a adoção de um padrão comum a todos os Países-membros.

Feito esse resgate histórico a respeito das gerações de leis atinentes à proteção de dados, percebe-se que o Brasil demorou a apresentar, juridicamente, legislação para tutelar esse direito. Com base nos ensinamentos de Dworkin, há um valor moral na obediência à coerência de um sistema jurídico, tornando-se imprescindível de o ordenamento brasileiro assegurar concepção integrada da proteção de dados pessoais Cabe explicar, neste momento, que o sentido é dado pelos intérpretes e não estão nos textos legais, pois, no Estado Democrático de direito, como leciona Isaia (2012, p. 169), "o direito assume um novo papel representado pela relação entre jurisdição e legislação".

Em relação à situação da tutela de dados pessoais no Brasil, registra-se que o ordenamento jurídico estabelece, de forma indireta, essa proteção. A Constituição prevê a inviolabilidade da vida privada e regula o habeas data para garantir o conhecimento e a correção de informações relativas ao impetrante. Mas, somente na década de 2000, passou a se delinear a discussão legislativa a respeito da tutela, de forma direta, dos dados pessoais.

O Poder Executivo Federal submeteu à consulta pública anteprojeto de lei sobre a temática. O texto do anteprojeto, após debate público promovido pelo Ministério da Justiça em parceria com Observatório Brasileiro de Políticas Digitais do Comitê Gestor da Internet no Brasil, foi consolidado em um texto final, o qual está disponibilizado em meio virtual para comentários dos cidadãos (BRASIL, 2015).

No Brasil, há o Código do Consumidor de 1990 que versa sobre os bancos de dados nas relações de consumo e legislação complementar, autorizando quebra de sigilo bancário, em situações excepcionais, sem autorização judicial. Porém, inexiste legislação específica da tutela dos dados pessoais e, conforme assinala Doneda (2006, p. 358), a tutela de dados pessoais possuiria um caráter instrumental, derivado da proteção da privacidade, mas seria limitada por essa. Conforme entrevista concedida por Daniel Doneda, um dos responsáveis pela elaboração do anteprojeto, a lei tem por objetivo garantir direitos ao cidadão sobre seus dados pessoais, além de determinar o modo de tratamento desses dados pela iniciativa privada e entidades públicas. Além disso, os dados pessoais devem ser tratados, pelas entidades públicas e privadas, sob o viés dos princípios da finalidade, transparência, segurança e responsabilidade.

12 Os Estados-membros porão em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva o mais tardar três anos a contar da data da sua adoção In: UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da Europa.*

Dividido em 13 eixos temáticos,[13] o anteprojeto estabelece o tratamento de dados pessoais para proteger a personalidade e a dignidade da pessoa natural. Destaca-se que, entre os princípios de proteção de dados, por exemplo, estão os da transparência e do livre acesso, pelos quais os titulares sempre devem ter conhecimento quando for realizado um tratamento de dados a seu respeito; e o princípio da não-discriminação no sentido de que a proteção de dados não seja compreendido somente na perspectiva da privacidade individual, mas que leve em consideração o fato que a utilização de dados pessoais não possa facilitar práticas discriminatórias.

Em relação aos princípios de tutela de dados, entende-se que eles – como instituidores da regra (STRECK, 2014) – devem ser compatíveis e coerentes com as legislações de outros países. Entende-se como avanço legislativo o anteprojeto estipular já no artigo inicial a proteção dos direitos fundamentais da liberdade e privacidade, dispositivo corolário ao art. 5 da Constituição Federal de 1988. Assim, pode-se afirmar que há traços da integridade tal como definida por Dworkin (2003, p. 229), que contribuem à eficiência do direito "pois se as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, mas por quaisquer regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem, então o conjunto de normas públicas reconhecidas pode expandir-se e contrair-se organicamente".

A leitura atenta do anteprojeto revela que há mais de uma dezena de referências a "órgão competente"; "órgão competente estabelecerá"; "órgão competente estimulará a adoção de padrões", no entanto não há informações atinentes à formação e ao funcionamento deste órgão regulador. Diferentemente do Brasil, na Europa, todos os países dispõem de entidades administrativas[14] nos respectivos governos responsáveis pela aplicabilidade da Diretiva, apesar de serem variáveis as atribuições desses setores de país para país, conforme explica Vieira (2007).

Percebe-se maior avanço da União Europeia no tocante à proteção de dados pessoais, mas cabe destacar que o tema tem sido discutido nos Estados Unidos desde a década de 1970. Conforme ensina Sampaio (1998), já em 1975 houve publicação de ato normativo com intuito de proteger a privacidade dos indivíduos no que diz respeito ao tratamento de suas informações pelas agências governamentais. Na América Latina, apenas Chile e Argentina já possuem leis específicas sobre proteção de dados pessoais. Registra-se que a aprovação de atos normativos relacionados ao tema exige que os países atuem, de maneira coordenada, para, como assinala Vieira (2007), não seja obstruída a transmissão de dados pessoais. Inclusive, nesse sentido, a Organização dos Estados Americanos cunhou a Convenção Americana sobre Autodeterminação Informativa, destacando que a tutela de proteção de dados pessoais deve apresentar coerência em razão do caráter transnacional da Internet e do fluxo transfronteiriço das informações.

---

13 Eixos temáticos: escopo e aplicação; dados pessoais, dados anônimos e dados sensíveis; princípios; consentimento; término do tratamento; direitos do titular; comunicação, interconexão e uso compartilhado de dados; transferência internacional de dados; responsabilidade dos agentes; segurança e sigilo de dados pessoais; boas práticas; como assegurar estes direitos, garantias e deveres e disposições transitórias (BRASIL, 2015).

14 a) controlar e fiscalizar o cumprimento das disposições legais e regulamentares em matéria de proteção de dados pessoais; b) exercer poder de autoridade, quer ordenando o bloqueio, quer o apagamento ou destruição de dados, quer proibindo temporária ou definitivamente o tratamento de dados pessoais; c) advertir ou censurar publicamente o responsável pelo tratamento de dados pessoais, pelo não cumprimento das disposições legais (UNIAO EUROPEIA. Directiva 95/46)

Pode-se afirmar que, gradativamente, os países têm percebido os riscos advindos da tecnologia informacional e a necessidade da tutela do direito à privacidade. Nesse cenário, nota-se a adoção de estratégia integrada na proteção de dados. Mas, conforme ensina Rodotà (2008, p. 84), "não há soluções simples e existe a necessidade de um enfoque global".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento da humanidade sempre esteve adstrito ao conhecimento e a exasperação do mesmo, a utilização desse recurso foi primordial durante a Revolução Industrial, sendo que as máquinas e a expertise tecnológica da época auxiliaram de forma potencial na estruturação da sociedade e modernização na forma de produção de bens materiais e dos serviços prestados. Hodiernamente, vivencia-se uma nova perspectiva, calcada na informação, haja vista que esse recurso foi modificado, tendo-se edificado como um ativo econômico, sendo apropriado por empresas, instituições, nações e Estados.

Esse quadro de desenvolvimento tecnológico e evolução proporcionou a solidificação da sociedade da informação, onde as conexões realizadas através das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC), tendo como suporte a Internet, promoveu a difusão célere e dinâmica dessa informação. Esta comunicação cheia de signos de conteúdo é primordial ao progresso social, econômico e também jurídico. E nesse ponto, que se visualiza a extrema necessidade de rever antigos parâmetros de proteção dos indivíduos e dos atores sociais, de modo a contemplar novas abrangências de vigilância, regulação e resguardo, para meandros que antes eram impensáveis, como a proteção de dados pessoais.

Em razão do exposto na construção deste artigo, percebe-se que a elaboração de uma legislação coerente, na maior parte dos aspectos ao panorama internacional, evidencia o compromisso do Brasil, país regido por uma Constituição dirigente, na defesa dos dados pessoais. Reitera-se que garantias relacionadas à privacidade passam a ser compreendidas numa perspectiva mais abrangente, abarcando, ainda, as formas de controle viabilizadas com a manipulação de dados pessoais. Para tanto, as estratégias de tutela exigem a integração de diversos instrumentos e a atuação dos poderes governamentais a partir do pressuposto de que, conforme ressalta Isaia (2012, p. 170), de que "os direitos e deveres legais foram criados pela própria comunidade".

A reflexão sobre as vantagens e desvantagens das tecnologias revela a premência do reconhecimento do direito à autodeterminação informativa. Entende-se, com base em Rodotà, a necessidade de correspondência entre o nível de proteção desejado e o nível de proteção efetivo e isso requer parcela de privacidade, garantida por regras. O cotejo do tratamento do tema no Brasil e no cenário internacional apontou que o país está iniciando a trajetória na consolidação de direitos a fim de assegurar aos cidadãos o acesso às facilidades advindas das tecnologias da informação e comunicação e, concomitantemente, a garantia da tutela de seus direitos fundamentais. Não se pode negar que as formas tradicionais de proteção da privacidade são difíceis na sociedade informacional e, nesse contexto, torna-se imperativo a aplicação de mecanismos integrados e que não se resumam somente a regras nacionais.

REFERÊNCIAS

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine. O Ativismo Popular e o Papel das Mídias Digitais: Reflexos de um Novo Modelo de exercer Democracia no Cenário Contemporâneo e seus impactos na esfera Política. In: **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, pp. 173-184, set. /dez. 2016. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/401›. Acesso em: 05 fev. 2017.

BENNETT, C. **Regulating privacy, data protection and public policy in europe and the united states.** Ithaca: Cornell University Press, 1992.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: ‹http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm›. Acesso em: 16 jun. 2015.

____. **Ministério da Justiça.** Disponível em: ‹http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/›. Acesso em: 10 jun. 2015.

BRENTON, Philip. **A Utopia da Comunicação.** Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede.** 6. ed. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v.1.

____. **A Sociedade em rede**. 11. ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

____. **A Galáxia da Internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

DONEDA, Daniel. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio.** Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

____. **O império do direito.** Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

____. **Levando os direitos a sério.** Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

ISAIA, Cristiano Becker. **Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

____. **Processo civil e hermenêutica:** crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NUNES, Luiz Felipe; PATUSSI, Marcio Assis. A Potencialidade do Desenvolvimento Tecnológico e sua relação com o Homem. In: **Revista Argumentum**, Vitória, v. 8, n. 3, pp. 133-145, set. /dez. 2016. Disponível em: ‹http://www.periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/10284/10430›. Acesso em: 08 fev. 2017.

PIMENTA, Viviane Raposo. Novas Tecnologias da Informação e Comunicação e a Possibilidade de Acesso à Justiça. In: **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, ano 3, v. 4, jan. /abril, 2013. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/24›. Acesso em: 05 fev. 2017.

PÉREZ LUÑO. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madri: Editorial Tecnos, 2005.

RAMINELLI, Francieli Puntel; OLIVEIRA, Rafael Santos de. O Cosmopolitismo por uma Internacionalização do Direito: O Fortalecimento Recíproco do Global e do Nacional por meio da Proteção do Direito Humano à Informação. In: **Revista de Direito Brasileira,** São Paulo, v. 10, ano 05, 2015. Disponível em: ‹http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/161›. Acesso em: 05 fev. 2017.

RIFKIN, Jeremy. **A Era do Acesso**. Traduzido por Maria Lucia G. L. Rosa. São Paulo: MAKRON Books, 2001.

SAMPAIO, José Adércio. **Direito à intimidade e à vida privada:** uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da more. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias. Discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias. Discursivas. 5. ed. rev. mod. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.

VIEIRA, Rafael Tomaz de**. Decisão judicial e o conceito de princípio:** a hermenêutica e a (in) determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

RECEBIDO EM: 12/12/2016
APROVADO EM: 03/04/2017

EDUCAÇÃO JURÍDICA COMO FORMAÇÃO PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

LEGAL EDUCATION FOR THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS

Pedro Pulzatto Peruzzo[1]

Guilherme Perez Cabral[2]

Thiago Silva Freitas Oliveira[3]

RESUMO: O objetivo do presente artigo é refletir sobre o tema da educação jurídica no Brasil, analisando possibilidades, avanços e retrocessos para a sua compreensão como formação para a promoção dos direitos humanos. Para tanto, traremos ao campo jurídico reflexões que, apesar de bastante desenvolvidas no âmbito geral das ciências humanas e sociais aplicadas e da filosofia, ainda não foram devidamente assimiladas no universo jurídico. Partiremos da discussão sobre o significado geral da educação em direitos humanos destacando a ideia de autonomia que não perde de vista a convivência e a inclusão do outro. Analisaremos o contexto atual do ensino jurídico no Brasil destacando vícios ideológicos presentes na transmissão "bancária" dos conhecimentos necessários para a atuação no Sistema de Justiça e propondo caminhos para sua efetivação como formação para a promoção dos direitos humanos.

PALAVRA–CHAVE: Ensino jurídico; Direitos humanos; Democracia.

ABSTRACT: The purpose of this article is to reflect about legal education in Brazil, analyzing possibilities, advances and setbacks, understanding it as training for the promotion of human rights. To this end, we will bring to the legal field reflections that, although well developed in the general scope of applied human and social sciences and philosophy, have not yet been adequately assimilated into the legal universe. We will start from the discussion about the general meaning of human rights education highlighting the idea of autonomy that does not lose sight of the coexistence and the inclusion of the other. We will analyze the current context of legal education in Brazil highlighting ideological vices present in the "banking" transmission of the knowledge necessary for acting in the Justice System and proposing ways for its effectiveness as training for the promotion of human rights.

KEYWORD: Legal education; Human rights; Democracy.

1 Professor pesquisador da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. peruzzopp@hotmail.com

2 Professor da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP) e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). gpcabral@gmail.com

3 Professor de filosofia do Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas da PUC-Campinas. Mestre e doutor em Filosofia Antiga pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). tigosofia@gmail.com

INTRODUÇÃO

À "eterna crise" do ensino jurídico (ALVES, 2008, p. 242), têm sido contrapostas, nas últimas décadas, importantes estudos críticos que, com o auxílio de outras áreas do conhecimento, como as Ciências Sociais, a Filosofia e a Pedagogia, denunciam seu caráter dogmático, formalista, abstrato, distanciado da realidade e pretensamente neutro.

Nesse sentido, já em 1986, Relatório do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq criticava o funcionamento das Faculdades de Direito como "meros centros de transmissão do conhecimento jurídico oficial", ocupados em "reproduzir a sabedoria codificada e conviver respeitosamente com as instituições que aplicam (e interpretam) o direito positivo" (FARIA, 1987, p. 34).

Não se pode negar avanços nos programas dos cursos jurídicos no país e seu amadurecimento em termos científicos de uma maior capacidade de autoquestionamento. Contudo, se, com a repetição, as críticas se tornam lugar comum, os aspectos criticados ainda prevalecem. A educação jurídica ainda é preponderantemente ensino de uma doutrina que, ideologicamente, constrói-se sobre a afirmação abstrata da justiça, igualdade e outros valores, princípios e direitos, insistentemente negados em sua prática.

No cenário brasileiro, marcado pela inexperiência da democracia e por uma cultura de profundo desrespeito aos direitos humanos, a formação jurídica não assume a amplitude que lhe caberia constitucionalmente. Como todo processo educacional, essa formação deve ser orientada ao pleno desenvolvimento da pessoa, sua qualificação para o trabalho e seu preparo para o exercício da cidadania. É o que determina o artigo 205 da Constituição Federal.

Em sua amplitude, a educação há de se fazer, necessariamente, por determinação constitucional, como uma educação que, sem descuidar da constituição e crescimento do indivíduo como pessoa, de acordo com seus projetos pessoais, consolide-se como formação para a promoção e aprofundamento do Estado Democrático de Direito (RANIERI, 2009, p. 380).

Isso vale, evidentemente, para qualquer nível e área da formação. No âmbito da educação jurídica, todavia, adquire uma significação especial, considerando os papeis a serem assumidos pelos profissionais do Sistema de Justiça na efetivação dos direitos dos cidadãos e as funções de destaque que historicamente lhe foram conferidos, nas instâncias do sistema político-governamental, não raro com exclusividade (juízes, promotores, etc.).

Com efeito, como previsto no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, a democracia, entendida como regime alicerçado na justiça social e no respeito integral aos direitos humanos, é fundamental para o reconhecimento, a ampliação e a concretização desses mesmos direitos (COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 24).A formação do profissional do Sistema de Justiça não pode perder de vista, jamais, sua responsabilidade com o Estado democrático de direito e, para sua efetivação, de uma cultura de respeito aos direitos humanos.[4]

[4] Vale anotar o que, como previsto no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, a democracia, entendida como regime alicerçado na justiça social e no respeito integral aos direitos humanos, é fundamental para o reconhecimento, a ampliação e a concretização desses mesmos direitos (COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS, 2007, p. 24).

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é refletir sobre o tema da educação jurídica, no Brasil, concebendo-a como formação para a promoção dos direitos humanos. Para tanto, traz, ao campo jurídico, reflexões que, apesar de bastante desenvolvidas e repisadas no âmbito geral das ciências humanas e sociais aplicadas e da filosofia, ainda não foram devidamente assimiladas no universo jurídico.

Este artigo, portanto, parte da discussão sobre o significado geral da educação em direitos humanos (1), destacando, nesta, a ideia de autonomia que não perde de vista a convivência e a inclusão do outro (2). Analisa, na sequência, o contexto atual do ensino jurídico no Brasil (3) – destacando, nele, vícios ideológicos presentes na transmissão "bancária" da doutrina dogmática – o artigo avança, na sequência, para a articulação dos conceitos trabalhados com a educação jurídica, propondo caminhos para sua efetivação como formação para a promoção dos direitos humanos (4).

Consolida-se, nessa linha, como *práxis* social emancipadora, na qual a vivência dos direitos humanos na medida em que apreendidos, no ensino, na pesquisa e na extensão universitária, permitem a construção de uma subjetividade autônoma, inclusiva do outro e democrática. Trata-se de ideias apresentadas pelos autores em debate realizado com os alunos de graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas, em evento organizado pelo seu Centro Acadêmico, em outubro de 2016.

1. EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

De início, é importante esclarecer o motivo pelo qual a educação – e, nela, a educação jurídica – deve ser uma forma de promover direitos humanos, ao invés de se prestar simplesmente para a satisfação de desejos pessoais do futuro profissional.

Num raciocínio muito simples, não seria de todo absurdo pensar numa educação voltada apenas para a satisfação de desejos pessoais se os indivíduos vivessem isolados em bolhas. A questão é que não vivemos em bolhas, por mais que alguns pais e educadores insistam em tentar blindar as subjetividades de seus filhos ou pupilos. Também em um raciocínio muito simples, não é difícil sustentar que todo indivíduo tem o direito de concretizar seus sonhos e projetos particulares com a profissão que escolher.

Nessa linha, quando se sustenta que educação em geral deve ter como proposta a promoção dos direitos humanos, estamos querendo dizer que o processo formativo deve levar em conta, primeiro, que todos os indivíduos vivem em sociedade e, no caso do Brasil, em uma sociedade muito plural e desigual.

Em segundo lugar, uma formação que busca promover direitos humanos também deve garantir a possibilidade de realização de projetos individuais ao mesmo tempo em que atribui a cada um a responsabilidade pelos seus projetos, uma vez que conscientiza cada indivíduo que sua existência e sua individualidade somente acontecem em relação ao coletivo que o circunda. Portanto, essa formação não pode gerar uma atomização do indivíduo em relação ao coletivo. Em outros termos, ao mesmo tempo em que a educação em direitos humanos tem o propósito de permitir que cada um busque sua felicidade, ela também assume a tarefa de criar condições para que essa busca não seja um processo egoísta.

Como fica evidente, uma educação cujo propósito é promover direitos humanos não tem como objetivo a anulação dos sonhos pessoais de ninguém. Muito pelo contrário, além de assegurar a realização desses sonhos e projetos, responsabiliza e situa os indivíduos na realidade concreta que escancara o mundo como um espaço compartilhado por diferentes raças, gêneros, idades, culturas, origens, necessidades, pois educação em e para os direitos humanos significa evidenciar que os direitos humanos são destinados a todos e não apenas a alguns poucos. Daí a necessidade de compreender essa educação nos termos propostos por Maria Victória Benevides:

> O que significa dizer que queremos trabalhar com Educação em Direitos Humanos? A Educação em Direitos Humanos é essencialmente a formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, da igualdade, da solidariedade, da cooperação, da tolerância e da paz. Portanto, a formação desta cultura significa criar, influenciar, compartilhar e consolidar mentalidades, costumes, atitudes, hábitos e comportamentos que decorrem, todos, daqueles valores essenciais citados – os quais devem se transformar em práticas (BENEVIDES, 2001).

Nessa linha, a educação que pretende formar seres humanos para defender e promover direitos fundamentais de todos os seres humanos é um processo que, com a vivência de valores fundamentais, busca emancipar cada sujeito que, pelas razões mais variadas, acaba sendo levado a acreditar que a vida acontece em volta do próprio umbigo e fazer esse sujeito sair da condição isolada de mero indivíduo e assumir o papel de cidadão. Eis o motivo pelo qual o artigo 205 da Constituição Federal diz expressamente que a educação busca não apenas a qualificação para o trabalho, mas também o pleno desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania.

2. EDUCAÇÃO, EMANCIPAÇÃO E AUTONOMIA

Só é possível falar de uma educação que promova a emancipação e a efetivação das potencialidades dos indivíduos em sociedade à medida que esta se dispõe a promover a autonomia daqueles. Ou estamos do lado de um projeto pedagógico que aponta para o horizonte da autonomia dos indivíduos ou enfrentaremos o abismo de uma educação encabrestadora, alienante e estéril. A construção de uma educação transformadora e libertária passa, necessariamente, pela noção de autonomia e esclarecimento dos indivíduos em sociedade. Essa autonomia e esse esclarecimento só podem ser acessados com a saída do homem da condição de menoridade auto-imposta. Essa menoridade é a incapacidade de servir-se de seu entendimento sem a orientação de um outro (KANT, 2004, p. 11). Mas eis aí um grande problema! Como atingir o esclarecimento e, por consequência, a autonomia em uma sociedade que valoriza uma educação para o adestramento, para a adequação e não para a liberdade?

Parte de sua teoria da educação, exposta em uma de suas principais obras, *A República*, Platão, no Livro III, (PLATÃO, 1996, p.101) torna muito clara a ideia de que todo educador, fazendo referência aos rapsodos responsáveis por contar histórias às crianças, devem ser sempre vigiados, pois seu poder de formação pode deixar traços duradouros na educação das crianças mais do que aqueles que cuidam do corpo. Não pudemos deixar de notar o quanto essa análise de Platão está presente naquilo que pretendemos chamar aqui de "cultura da informação". Essa cultura da informação deve

ser entendida para além do simples conceito veiculado de que a informação e a educação nos é dada pelas instituições (escola, família, Estado, etc.), mecanismos e meios de comunicação estabelecidos pela sociedade contemporânea. A educação e a informação devem ser entendidas, assim, como toda e qualquer transmissão de ideias feita pelo ser humano. Desde criança somos treinados a escutar antes mesmo de processar as informações que nos são passadas.

O próprio fato de recebermos um nome, para atendermos ao chamado deste, nos indica esse treinamento, que não acreditamos ser instintivo, para a escuta. Esse treinamento para a escuta é naturalizado e exponenciado pela educação que segue a ideologia da sociedade do consumo. Nesse modelo de sociedade, nada melhor que uma educação para o adestramento e a adequação dos indivíduos para a realização de tarefas específicas sem jamais se colocar de maneira crítica diante dessa imposição. O treinamento para a escuta na sociedade de consumo é peça fundamental para uma educação alienante e extirpadora do processo de autonomia dos indivíduos.

Nada é mais sintomático nesse modelo de educação que a estrutura de nossas escolas e universidades. Alunos e professores são ensinados, desde sempre, quais são suas funções nos atos de fala e escuta dentro de sala de aula. O processo educacional é limitado e engessado, não levando em consideração as características de todos os participantes do processo. Por fim, uma educação para a escuta é uma educação alienante, cujo propósito final é a produção de peças capazes de integrarem o sistema sem se contraporem a este. Mas isso é um problema histórico.

Como o próprio Platão diz, é na infância que encontramos o homem em sua fase mais maleável e suscetível de formação. Portanto, não se pode negar que desde a mais tenra infância somos treinados a receber informações de todo o tipo. Por outro lado, em momento algum somos treinados, mesmo que superficialmente, para analisar e processar, de modo crítico, todas as informações recebidas. Em inúmeros casos, ao recebermos a informação, transmitida como uma ordem ou uma instrução por nossos pais, professores ou responsáveis, não nos é permitido refletir sobre tal informação, cabendo apenas acatá-la.

Não se quer com isso sugerir que os filhos se insurjam contra os pais e muito menos dizer que a criança teria plena e total capacidade de discernir o que seria colocar o dedo na tomada, por exemplo, entre outras coisas. O que se pretende é ressaltar que esse treinamento para a escuta e recebimento de informação já se inicia na infância, momento de maior maleabilidade na formação de nossa personalidade, e encontra seu ápice já na fase adulta.

As ideias incutidas desse modo na mente de uma criança podem se tornar, na fase adulta, justamente as convicções opostas àquelas que supostamente deveria possuir. É assim que todo tipo de crença, superstição, pré-conceitos etc., são impostos às pessoas, as quais não têm outra saída, devido ao treinamento que lhes foi dado desde a infância, a não ser repetir tais opiniões na vida adulta. Somente uma educação libertária pode permitir a ruptura com esse processo que é assumido como natural na sociedade contemporânea.

O nosso modelo de ensino reverbera esse discurso e faz a sala de aula entoar o cântico do silêncio. É nesse sentido que podemos falar de uma separação entre o ensino e a humanização das pessoas. O ensino destoa dos valores humanísticos à medida que

tolhe o aluno e faz com que a sala de aula seja local de despejo de informações. Não se pensa e nem repensa a informação repassada. Para a lógica do mercado, vale mais um livro bem decorado do que um conceito desconstruído.

Devido esse treinamento para a escuta acrítica das informações, a sociedade contemporânea tende a aceitar com grande facilidade as informações que lhes são jogadas goela abaixo, seja pelos tutores, pelos meios de comunicação e sua propaganda deturpada, seja pelas ideias de um líder religioso, seja por amigos. Se enquanto crianças somos treinados para sermos uma esponja, enquanto adultos somos a configuração perfeita dessa esponja em atividade. Mas essa facilidade com que se manifesta a aceitação das ideias transmitidas por essa cultura de informação não é acidental ao indivíduo que a recebe.

Como afirmamos, o treinamento para a escuta acrítica se inicia na infância, é reafirmado e consolidado na adolescência, encontrando no indivíduo já formado sua efetivação completa. Esse fenômeno da aceitação da informação recebida sem o mínimo critério de avaliação está presente inclusive no meio acadêmico. Por um lado, se percebe um comodismo intelectual nos pesquisadores em diversas áreas do mundo acadêmico, os quais preferem se ancorar literalmente nas ideias já consagradas por "grandes autores" e simplesmente se relegam à função de nada mais fazer do que reproduzir aquele pensamento com a desculpa esfarrapada de que estão propondo uma nova leitura ou uma explicação mais adequada do autor defendido. Por outro lado, as próprias instituições rejeitam de maneira imediata qualquer tipo de manifestação de pensamento livre que se considere crítico e que estabeleça um processo dialógico de tensão com o *status quo*.

Com isso, nos deparamos com um incomodante paradoxo: como nos livrar desse estado de esponja consolidado se ao mesmo tempo nos colocamos como essa esponja receptora e acrítica? Se há algum papel para os pedagogos, filósofos e críticos da contemporaneidade, sem eximir dessa função outras áreas, esse papel seria o de promover a libertação desse estado de esponja acrítico e possibilitar, através de uma educação libertária e uma guerra ferrenha contra a cultura de informação de massa, o acesso às próprias capacidades críticas do ser humano, o qual deverá passar desse estado acrítico para um crítico e, portanto, de autonomia.

Em seu texto, *Pedagogia da Autonomia,* Paulo Freire (FREIRE, 2006) deixa claro que os fundamentos para uma educação libertadora são a ética, o respeito à dignidade humana e o estímulo à autonomia.

Um exercício permanente na prática pedagógica deve ser o de uma educação que gere a consciência nos alunos de que eles são sujeitos de seu processo educacional. Nesse sentido, eles não podem ser meramente espectadores a título de restringirem suas potencialidades. Gerar essa consciência é fundamental para se libertar daquele treinamento para escuta que foi naturalizado em nossa sociedade e que visa impedir a autonomia dos indivíduos. Posto desse modo, não resta dúvidas de que nossa leitura ataca diretamente a estrutura da sociedade contemporânea, baseada, acima de tudo, na mercantilização das relações, da reificação do outro, no acúmulo e no descarte desenfreado.

Quando falamos de educação em direitos humanos e emancipação, estamos tratando, portanto, de um processo de construção de autonomia. Uma autonomia, contudo, que não significa exclusão do outro, que não se dá em detrimento do outro.

Quem não experimenta o valor da liberdade, do respeito, do reconhecimento, dificilmente entenderá a importância de promover esses valores no relacionamento com os outros. Quando falamos de emancipação e direitos humanos, estamos tratando de um processo de construção de autonomia que não desconsidera o fato incontestável que vivemos e compartilhamos um mesmo espaço geográfico e político plural.

Nessa linha, nos parece central a afirmação de Theodor Adorno, quando o teórico frankfurtiano afirma: "A exigência que Auschwitz não se repita é a primeira de todas para a educação".

A referência à Adorno não é sem propósito. Essa afirmação do teórico frankfurtiano busca demonstrar a preocupação com o genocídio dos judeus durante a Segunda Guerra Mundial e, além disso, demonstra a preocupação com a necessidade de pensar a educação após Auschwitz como um processo de sensibilização dos seres humanos para a compreensão das diferenças a partir da compreensão do seu próprio espaço-tempo.

No caso brasileiro, Auschwitz teria uma função pedagógica específica que exigiria uma situação histórica e política definida no contexto nacional. A missão da educação emancipadora, nessa linha, é exatamente permitir que qualquer reflexão crítica localizada (Auschwitz no contexto da Segunda Guerra) possa ser compreendida e transportada para outras realidades localizadas e também globais.

Ou seja, quando Adorno propõe uma educação que impeça a repetição de Auschwitz, o que ele quer sugerir é que os processos educativos se comprometam a não mais repetir o que teria sido, por analogia, Auschwitz no contexto de educação de cada educando. Em outros termos, evitar, comparativamente, que Auschwitz se repita no Brasil, é evitar, por exemplo, que o genocídio indígena, a escravidão e a ditadura civil-militar se repitam, e isso exige uma educação que situe o educando dentro do espectro de consequências e causas dessas violências no Brasil, não deixando nenhuma margem para que ele se acomode na situação confortável de um espectador inconsequente como juiz, promotor, advogado ou, ainda, como professor.

3. O CENÁRIO ATUAL DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL

É complexa e de difícil solução a questão que se coloca de como promover essa educação que faça com que o educando perceba e se responsabilize, na condição de sujeito histórico, contrapondo-se à perpetuação de violências locais e globais que impedem grupos de indivíduos de gozarem as mesmas oportunidades e de ocuparem os mesmos espaços que outros grupos gozam e ocupam.

A aprendizagem dos direitos humanos e a prática da autonomia envolve, necessariamente, vivenciar e praticar seus conteúdos no cotidiano do processo educacional.

A *personalidade* e, numa dimensão social, a cultura democrática e de respeito aos direitos humanos não são um dado, uma dádiva (DEWEY, 1989, p. 88). São hábitos construídos e consolidados em espaços e instituições sociais. Não nascemos *democratas* nem promotores dos direitos humanos. Utilizando a ideia de educação ética, em Aristóteles, é a partir de nossas vivências e práticas reiteradas que nos constituímos com hábitos num ou noutro sentido.

Deparamo-nos, assim, com uma enorme dificuldade.

Olhando para o passado brasileiro, o que extraímos é uma cultura de profundo desrespeito aos direitos humanos. Se a Constituição de 1988 é um marco jurídico fundamental da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país, cumpre observar, por outro lado, que seu texto é arremessado no curso de um processo histórico em que a população não o havia internalizado tais concepções, nem poderia, como vivência própria.

Enfim, apesar de sua importância, não significou sua internalização em hábitos e atitudes. Pois estes não se promulgam com textos normativos, por mais bem-intencionados que sejam.

Somos inexperientes – para não dizer analfabetos – nessas coisas de democracia e direitos humanos. E o somos porque nossa história é uma história de autoritarismo, de violência, de não-diálogo. Eis o ponto de partida, portanto, legado do passado. É o que temos para começar. A aprendizagem da democracia e dos direitos humanos, a capacitação e habituação às práticas democráticas e respeito ao outro, será a partir dessa nossa incipiente experiência (nossa inexperiência, portanto). Isso se aplica à educação jurídica. O cenário é socialmente perverso.

O ensino jurídico se desenvolve, preponderantemente, como transmissão de uma doutrina jurídica abstrata e pretensamente neutra. É a "educação bancária" tão criticada por Paulo Freire, em que o ensinar é distorcido, tornando-se "ato de depositar". Em vez de se comunicar, o educador impõe seus comunicados (FREIRE, 2011, p. 80). E assim, como ideologia, despolitiza e dilui conflitos sociais, estimulando, ao mesmo tempo, uma cultura de litígio restrita a um universo jurídico forense, desligado da realidade nacional.

Além dos conceitos e preconceitos formulados e reproduzidos abstratamente por doutrinadores que, em sua maioria, são ideologicamente orientados para a reprodução desses conceitos e para a proteção dos interesses dos grupos econômica e politicamente privilegiados, o ensino jurídico ainda está fortemente embasado na cultura do litígio, da disputa que, em última instância, faz valer a lei do mais forte. Essa lei do mais forte, como se sabe, não é a lei do que trabalha mais ou do que se esforça mais, mas do que pode pagar mais, do que pode influenciar mais.

Ao invés de formar o do Sistema de Justiça para a solução real de litígios com base em referências teóricas, técnicas e empíricas retiradas da vida concreta (e não das crenças e preconceitos de doutrinadores que se equilibram eternamente sobre "discursos de autoridade"), o ensino jurídico ainda hoje se contenta com a formação para a solução meramente jurídica (abstrata; do *dever ser*) dos conflitos sociais.

Citando Vera Regina P. Andrade e João Maurício Adeodato, Vladimir O. da Silveira e Samyra H. Sanches, destacam:

> (...) a Dogmática Jurídica abstrai os conflitos sociais da problemática social, econômica e política na qual estão inseridos e tenta neutralizá-los, tornando-os "abstratos, interpretáveis, definíveis e decidíveis juridicamente.
>
> Desta forma, a decisão da Dogmática Jurídica não elimina o conflito; apenas o neutraliza do ponto de vista jurídico. Em outras palavras, ela "apenas trabalha os meios para que a lide (decidida como coisa julgada, por exemplo) perca sua plausibilidade jurídica: o conflito permanece (...) mas não pode mais ser alegado em termos jurídico-dogmáticos (SILVEIRA e SANCHES, 2013, pp. 500-501)

Distantes dos conflitos concretos, muitas vezes blindados por mesadas generosas, dispensados da vida cotidiana no transporte público, de uma jornada de trabalho de 8 horas por dia, poupados do contato direto com litígios concretos durante o processo de formação, grande parcela dos estudantes de Direito se afeiçoam e criam um fetiche pelo litígio pautado em discussões e disputas argumentativas abstratas e absolutamente distantes das necessidades sociais, uma vez que as tristezas, as angústias e os medos que permeiam os litígios são, para grande parcela desses estudantes, apenas teoria, mera simulação insensível.

A cultura do litígio consolidada sobre conceitos abstratos e quase mirabolantes só faz sentido em contextos em que os indivíduos estão mais dispostos a se digladiar do que a se entender. Como nossa realidade socioeconômica, racial e política evidencia um cenário de desigualdades, essa cultura da disputa acaba servindo para dar tons de legitimidade às opressões que na lei são proibidas, mas que nos processos marcados, muitas vezes, por corrupção, machismo, racismo e também por opressão simbólica (fóruns e salas de audiências suntuosas, as vestimentas dos profissionais da Justiça, o linguajar etc.), acabam sendo autorizadas, senão estimuladas.

Como não é mais recomendável inscrever no texto da lei de forma tão escancarada a legitimidade da dominação do mais forte pelo mais fraco, a cultura do litígio é fortalecida como forma de "oprimir nos termos da lei". Nesse sentido, não têm sido poucas as manifestações de juízes, promotores, desembargadores e outros agentes do sistema de Justiça que aplicam a "lei justa" no sentido de que a criação de foros, procedimentos e julgamentos de exceção, à margem da legalidade e sem qualquer preocupação com a solução estrutural dos problemas, não é tão ruim como pode parecer para alguns de nós.

> Num tempo em que a arte de fazer o direito se vê esgotada no bisturi asséptico do fazer instrumental a partir de normas que a tecnologia conforma aos interesses de mercado, a própria ciência do direito se torna instrumentação para a ação e, com isso, perde o seu sentido, especialmente em se converter em instrumental para processos de dominação, e se separa vez e vez mais da função que a enobrece, a de salvaguarda da dignidade humana e da luta contra o desenfreado confronto frente ao princípio da realidade (BITTAR, 2011).

O ponto central é que desde a implantação dos dois primeiros cursos de Direito no país, Olinda e São Paulo, esse espaço acadêmico tradicionalmente foi reservado às elites econômicas, àqueles que Lilia Moritz Schwarcz chamou "os eleitos da nação" em sua obra *O espetáculo das raças.* Além de um espaço reservado às elites, a proposta dos cursos de Direito se desenvolveu com base em uma cultura bacharelista: "O prestígio advinha, no entanto, menos do curso em si, ou da profissão stricto sensu, e mais das cargas simbólicas e das possibilidades políticas que se apresentavam ao profissional de direito" (SCHWARCZ, 1993, p. 142).

O elitismo econômico (que não se confunde com o intelectual) e o prestígio baseado em privilégios travestidos de oportunidades acabaram consolidando uma cultura que vê no curso de Direito mais uma oportunidade de ascensão ou manutenção de status econômico do que uma oportunidade de formação para a promoção da justiça social de que, ainda hoje, o país é tão carente. Não é demais afirmar que essa cultura se perpetua até hoje, uma vez que é bastante indagar aos estudantes de um curso de Direito o que ele quer fazer da vida para verificar que as possibilidades estão limitadas à advocacia, promotoria ou magistratura.

Essa limitação demonstra não apenas uma ausência de compreensão do que é o próprio Direito, mas também evidencia que atualmente as possibilidades dadas pelos professores (principais responsáveis pelas escolhas profissionais dos estudantes) é ainda mais restrita do que no século XIX, quando grande parte dos bacharéis seguiam carreiras políticas. Raros são os educadores que apresentam aos estudantes do curso de Direito possibilidades de atuação profissional em assessorias legislativas, assessorias em cargos no Executivo ou em organismos internacionais.

A própria carreira docente é vista como atividade secundária nos cursos de Direito, não sendo raro estudantes indagarem aos professores se eles "apenas dão aula". Os cursos de Direito, em razão da primazia simbólica atribuída ao bacharel, apenas recentemente começaram a se preocupar com a pesquisa científica. O Direito sempre foi resultado de positivação, interpretação e imposição de discursos de autoridade pouco preocupados com a realidade plural do país. A. M. Hespanha diz o seguinte sobre o Direito ocidental:

> (...) Ele está pensado por brancos (homens brancos, diria a jurisprudência feminista), fundado na sua cultura (na sua visão do mundo, na sua racionalidade, na sua sensibilidade, nos seus ritmos de trabalho, nos seus mapas do espaço, nos seus conceitos de ordem, de belo, de apropriado etc.) e prosseguindo, portanto, os seus interesses. Conceitos jurídicos formados na tradição jurídica ocidental (como propriedade, trabalho, família, roubo, pudor e, até, escravidão) foram exportados como se fossem categorias universais e aplicadas a povos a que eles eram completamente estranhos, desagregando as suas instituições e modos de vida e aplicando-lhes os modelos do convívio jurídico e político do ocidente (HESPANHA, 2009, p. 295).

4. EDUCAÇÃO JURÍDICA PARA PROMOÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS E POSSIBILIDADES

Renovam-se perguntas. Como reverter esse processo? Como ampliar os sentidos possíveis da educação jurídica, à luz do texto constitucional, num contexto em que a organização escolar, os professores e os alunos reproduzem estruturas e conceitos avessos à cultura de direitos humanos?

Não podemos nos livrar, tão facilmente dos velhos hábitos de pensar e nunca podemos nos livrar deles de uma só vez. Afinal, para desenvolver novas ideias, somos compelidos a usar algo das antigas como instrumento de compreensão e comunicação (DEWEY, 2004, p. 43). É o que dispomos.

Não é a pretensão, aqui, evidentemente, trazer respostas prontas a todos os complexos problemas levantados. Trazemos, apenas, alguns pontos de reflexão, possibilidades de caminho a serem trilhados. Tudo para tentar romper a repetição do cenário perverso que se busca superar, iniciando um movimento em favor de uma educação jurídica efetivamente orientada à promoção dos direitos humanos.

i) Educação jurídica: direito como *práxis* social emancipadora

Como visto, o ensino jurídico, em seu estágio atual, limita-se, no mais das vezes, a uma teoria sem prática, ao ensino como transmissão unilateral de conceitos que não preparam nem habituam o estudante à sua efetivação prática, como um compromisso

social e político do profissional. São doutrinas prontas, esvaziadas de direitos humanos e democracia, no *conteúdo* e na *forma* como transmitidos. Quanto à prática profissional, componente curricular obrigatório, resume-se e se deturpa em prática forense na cultura do litígio.

Pratica-se, assim, uma "formação acadêmica que distancia cada vez mais o profissional do Sistema de Justiça de sua responsabilidade como sujeito de transformação social e da visão humanista tão necessária na atualidade" (ALVES, 2008, p. 244). Na formação acadêmica do jurista, "direitos humanos" são, não raro, reduzidos a significantes totalmente esvaziados de conteúdo. Conceitos sem nenhuma correspondência na experiência cotidiana.

ii) Faculdade de direito como espaço de respeito aos direitos humanos

Nesse sentido, uma educação jurídica para a promoção de direitos humanos passa, necessariamente, por todas as instâncias da convivência acadêmica. Abrange, portanto, as atividades de ensino, pesquisa e extensão, os métodos de aprendizagem, a transversalidade dos conteúdos programáticos, a organização curricular e, também, a administração da instituição de ensino.

Não basta a atuação isolada de um ou dois professores progressistas, todo o tempo desditos e facilmente engolidos pela estrutura conservadora e pelo descompromisso de profissionais que, encapsulados em egoísmo, ministram aulas como bico e sem nenhuma preocupação com os reflexos que sua prática pedagógica terá na realidade social circundante.

Em relação à administração das faculdades e instituições, importa destacar que o princípio constitucional da "gestão democrática do ensino público", afirmado pelo artigo 206, inciso VI, da Constituição Federal, faz a referência expressa ao espaço "público" e insere-se, ao mesmo tempo, no âmbito de um sistema constitucional que nos constitui como Estado democrático de direito, amparado em consistente conjunto de direitos fundamentais. O princípio, assim, não deve ser lido mais como limitador da democracia e da cultura de direitos humanos que lhe é inerente nos estabelecimentos educacionais em geral, pública ou privada. Não é demais acrescentar, ademais, mesmo quando prestado pela iniciativa privada, a atividade educacional não perde seu caráter eminentemente *público*.

Observa-se, ainda, que pautas novas têm se apresentado inclusive aos movimentos estudantis nas faculdades de Direito, como a inclusão de disciplinas práticas e teóricas sobre direitos humanos e o fortalecimento da pesquisa, através de iniciação científica e pós-graduação *stricto sensu*, e da extensão. Atividades teóricas conjugadas com práticas de direitos humanos na formação dos profissionais do Sistema de Justiça não apenas contribui para a formação humanística que promove o valor da cidadania, mas também acaba funcionando como uma forma de promover a transversalidade desses temas em outras disciplinas, uma vez que o estudante que compreende a complexidade social, política e histórica do Direito inevitavelmente demanda dos professores de outras disciplinas reflexões e respostas que considerem essa complexidade.

A prática dos conteúdos ministrados, dessa forma, permite ao estudante de direito apreendê-lo com significados que se verificam, que apresentam correspondência em seu cotidiano escolar.

iii) Educação jurídica como diálogo e conflito

A prática dos direitos humanos remete à ideia de diálogo. Não um diálogo dócil, mas profundamente conflituoso. Na obra *A ciência jurídica e seus dois maridos*, Luís Alberto Warat dá definição à democracia que se estende, com perfeição, à educação jurídica: um espaço de diálogo e de conflito de ideias, marcado pela "procura de conflitos. O importante nela é assegurar a procura, não a solução" (WARAT, 2000, p. 34).

É um conflito, portanto, que nada tem a ver com a discriminatória, abstrata e infecunda cultura forense do litígio. E é, concomitantemente, um conflito que pode nos afastar da violência, tão praticada hoje pelos atores do direito (professores, juízes, promotores, etc.).

O ambiente dialógico do conflito é o ambiente da pluralidade, da contradição, da dialética de crítica e fundamentação de pontos de vista, e, por tudo isso, o ambiente fundamental da *aprendizagem* (HABERMAS, 2012, p. 57). É o ambiente da revisão e ampliação do conhecimento; do crescimento e abertura ao mundo e ao diferente, mediante a "participação no outro" (MEAD, 1992, p. 253). Remete, ainda com Warat, ao "estado de permanente nascimento" (WARAT, 2000, p. 34).

Mediante a inclusão e reconhecimento do outro, a possibilidade de questionamento e superação de dogmas jurídicos, a educação jurídica dialógica pratica os direitos humanos ensinados. *Forma* e *conteúdo* se fundem.

iv) Educação jurídica como prática de pesquisa e extensão

Trata-se, assim, de inversão radical no modelo que se repete, com a *aula expositiva*, no qual é atribuído ao docente o papel de trazer a solução dos problemas (problemas que nem sequer o aluno pode colocar), num conhecimento pronto e acabado.

Estimular o conflito, a procura, implica que a educação jurídica deixa de se restringir ao aspecto do ensino, como transmissão de conhecimento, e passa a destacar os outros aspectos da educação superior, a saber: a pesquisa e a extensão.

Por *pesquisa*, entende-se a investigação científica compartilhada, meio de produção, revisão, aprofundamento do conhecimento. Quanto à *extensão*, é a difusão do conhecimento. Nos termos da Lei de Diretrizes e Bases (Lei nº 9.394/1996), "a difusão das conquistas e benefícios resultantes da criação cultural e da pesquisa científica e tecnológica geradas na instituição" (Art. 43), por meio de serviços especializados (assessoria jurídica popular e assistência judiciária, por exemplo).

Discutir e aplicar propostas pedagógicas que aproximem o estudante de Direito de casos concretos de pessoas concretas, superando as abstrações dos exemplos reproduzidos em muitas salas de aula envolvendo Tício e Mévio, é fundamental para a formação de profissionais aptos para atuarem na promoção de direitos humanos. A respeito da importância do trabalho de campo nos cursos de Direito, Roberto Kant de Lima e Bárbara Batista afirmam:

> Entretanto, é preciso de início esclarecer que a pesquisa empírica é um desafio significativo para o campo do Direito, seja porque os seus operadores não estão socializados com essa metodologia, seja porque estão acostumados a pensar o Direito a partir de ideais abstrato-normativos (*dever-ser)* que costumam obscurecer a visão do campo para práticas e rituais que os contrariam, que se tornam objeto

> de estigma e, no limite, de denúncia, acusação e criminalização, não de pesquisa. Além do fato de que, socializados na lógica do contraditório, da *disputatio*, seja no processo, seja na produção da dogmática, os juristas são muito pouco afeitos à lógica da argumentação, voltada para consensualizações provisórias e sucessivas (KANT DE LIMA e BATISTA, 2014).

A pesquisa tem se mostrado o espaço de reflexão crítica sobre o Direito e as desigualdades sociais, uma vez que, diferente dos manuais, é sempre resultado de um trabalho submetido à crítica dos pares. Nesse sentido, do mesmo modo que a inserção das disciplinas de direitos humanos nos primeiros anos do curso, a complementação das doutrinas presentes nos manuais com artigos científicos desenvolvidos por juristas pesquisadores tem contribuído para aquela compreensão que nos referimos acima, qual seja a compreensão de que o Direito tanto pode ser um instrumento de garantia de igualdade de oportunidades e de participação a todos, como pode ser apenas um instrumento de perpetuação de ideias egoístas travestidas em doutrina e também de legitimação de injustiças sociais.

No que se refere à extensão, a crítica ao isolamento da Faculdade de Direito da realidade social e os sempre retomados apelos abstratos à "inserção da universidade na comunidade" (SOUZA SANTOS, 2010, p. 206) não podem se perder em atividades práticas restritas aos fóruns e estágios em escritórios de advocacia.

O sentido da intervenção *extensionista* da Faculdade de Direito vincula-se à atuação na solução dos problemas sociais, pela via do direito e da garantia dos direitos humanos. Isso por meio não apenas da assistência judiciária, mas também e principalmente pela atividade de mediação e conciliação e por trabalhos de assessoria jurídica popular junto a movimentos sociais.

v) Respeito à legalidade democrática: cidadania de "cima baixo para cima"

Educar em e para os direitos humanos na formação dos profissionais do Sistema de justiça significa, portanto, conciliar a necessidade de compreensão do valor da legalidade democrática como garantia de segurança nas relações sociais com a necessidade de compreensão de que pelo fato de a sociedade ser o resultado de um processo histórico marcado por permanentes mudanças, a legalidade poderá e deverá corresponder a essas mudanças assegurando não uma permanência estática dos acordos sociais positivados, mas fundamentalmente a justiça social nos processos históricos de repactuação.

Afirmar que a legalidade deve corresponder a essas mudanças, nesse sentido, não significa que a legalidade poderá ser precarizada ou abandonada durante esses processos de repactuação dos acordos sociais. Pelo contrário, será a própria legalidade o meio e também o fim desse processo de negociação, argumentação e repactuação que, numa democracia, deve ser resultado daquilo que Evelina Dagnino denominou "cidadania de baixo pra cima". Ensinar o valor da cidadania de baixo para cima é a grande missão do ensino jurídico que estamos propondo aqui.

Nesse sentido, não é demais lembrar que o conceito de educação apresentado no artigo 1º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional consolida um conceito de educação que não se resume ao processo que ocorre nas instituições de ensino e pesquisa, ou seja: "A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem

na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais".

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, por sua vez, diz que o princípio básico norteador da educação em direitos humanos como prática permanente, contínua e global, deve estar voltado para a transformação da sociedade, com vistas à difusão de valores democráticos e republicanos, ao fortalecimento da esfera pública e à construção de projetos coletivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma compreendida, a educação jurídica ao mesmo tempo em que pode promover a aprendizagem e a convivência dos direitos humanos, efetiva-se como fonte de reconstrução desses direitos. Isso, na aproximação da teoria jurídica a *práxis* da qual emerge e na qual é aplicado, no autoquestionamento científico de seus pressupostos, na prática do diálogo, da investigação científica e da extensão universitária.

Fonte de direito, na *forma* como se conduz, capacitando e habituando os atores do direito a uma cultura dos direitos humanos, a partir de seu exercício. Fonte de direito também, no *conteúdo* produzido, permanentemente questionado, revisto, reconstruído, melhorado – tornando mais plenos os projetos de sentido trazidos na Constituição Federal – compartilhado e democratizado.

Possibilita-se, assim, que a educação jurídica para a promoção de direitos humanos, na atualização dos objetos educacionais constitucionais, promova, efetivamente, a ideia de *autonomia*, socialmente compreendida.

É a autonomia que não exclui o outro, que não se realiza na ideia de sucesso pessoal egoísta, em detrimento dos demais e indiferente aos graves problemas sociais a serem enfrentados pelo direito.

É autonomia, enfim, que supõe o outro, o diferente, o inclui, numa cultura de profundo respeito aos direitos humanos, permanentemente reconstruídos e incorporados à personalidade emancipada.

REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. **Educação e Emancipação**. Trad. Wolfgang Leo Maar. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995

ALVES, E. **Ensino jurídico como fonte de direito**. In CARLINI, Angélica e outros. 180 anos de ensino jurídico no Brasil. São Paulo: Milennium, 2008.

BITTAR, E. C. B. Ética, técnica e direitos humanos. In. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte, n. 103, p. 139-182, Julho/Dezembro de 2011

____. **O direito na pós-modernidade** (e reflexões frankfurtianas). 2. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BENEVIDES, M. V. **Educação em Direitos Humanos:** de que se trata? In: **Convenit Internacional.** São Paulo: USP. v. 6, pp. 43-50, 2001.

Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Etica/9_benevides.pdf. Acesso em 27 de julho de 2015

DAGNINO, E. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: **Anos 90 - Política e sociedade no Brasil**, Evelina Dagnino (org.), Ed. Brasiliense, 1994. p. 103-115.

DEWEY, J. **Freedom and culture**. N. York: Prometheus Books, 1989.

____. **Reconstruction in philosophy**. Mineola/New York: Dover Publication, 2004.

FARIA, J.E. **A reforma do ensino jurídico.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1987.

FREIRE, P. **Pedagogia da autonomia:** saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, 2006

____. **Pedagogia do oprimido.** 50. Ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2011.

HABERMAS, J. **Teoria do agir comunicativo.** Racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HESPANHA, A. M. **O caleidoscópio do direito:** o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje.2ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

KANT, E. Resposta à pergunta: que é iluminismo? In: **A paz perpétua e outros opúsculos.** Lisboa: Edições 70, 2004.

KANT DE LIMA, R.; BAPTISTA, B. G. L. **Como a Antropologia pode contribuir para a pesquisa jurídica?** Um desafio metodológico. 2014, 9-37.

MEAD, G.H. **Mind, self and society:** from the standpoint of a social behaviorist. Edited and with an introduction by Charles W. Morris. Chicago/London: The University of Chicago Press, 1992.

PLATÃO. **A República.** Trad. Maria Helena da R. Pereira. Lisboa: Fundação Calouste Goubenkian: Lisboa, 1996.

RANIERI, N. B. S. **O estado democrático de direito e o sentido da exigência de preparo para o exercício da cidadania, pela via da educação.** Tese (Livre-docência) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

SCHWARKCZ, L. M. **O Espetáculo das Raças.** São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVEIRA, V. O.; e SANCHES, S.H.F.N. A reprodução do paradigma dogmático da ciência do direito no ensino jurídico e a necessidade de mudanças na pesquisa jurídica, que permitam uma efetiva educação jurídica. In SILVEIRA, V.O; SANCHES, S.H.F.N.; E couto, M. B. **Educação jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA SANTOS, B. **Pela mão de Alice:** o social e o político na pós-modernidade. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2013.

WARAT, L.A. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** 2. Ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

RECEBIDO EM: 03/03/2017
APROVADO EM: 06/04/2017

DE WALTER BENJAMIN A THEODOR ADORNO: TRAÇOS QUE PERMANECEM NA CONTEMPORANEIDADE

FROM WALTER BENJAMIN TO THEODOR ADORNO: TRACES IN THE CONTEMPORANEITY

Carolina Diamantino Esser Santana[1]

RESUMO: O ensaio traz como base a crítica ao capitalismo, no que se refere aos efeitos negativos que ele impõe aos indivíduos, a partir dos estudos da primeira geração da Escola de Frankfurt. Analisar-se-á a história das ideias a partir de Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Max Horkheimer. Benjamin afirma que vive-se a perda da aura das obras de arte, já que a sua comercialização faz com que se perca a essência daquelas obras. Ademais, a imposição da *novidade* às obras e aos produtos consumidos representa uma ferramenta de manipulação do capitalismo, culminando na pobreza da experiência humana. Marcuse afirma que a sociedade vive o princípio do desempenho, que provoca modos de vida uniformizados, baseados numa concepção de trabalho e diversão homogêneos. Adorno propôs que o tempo livre provocava uma sensação de liberdade nos indivíduos, mas, na realidade, tratava-se do exercício de uma não liberdade, já que as formas de diversão seguiam à risca os padrões exigidos pelo capital. A partir do método adotado pela própria Teoria Crítica, afirma-se que a presente discussão teórica só se torna efetiva quando aplicada à prática, à sociedade atual.

PALAVRAS-CHAVES: Capitalismo; Escola de Frankfurt; Massificação.

ABSTRACT: The theme of this essay is a critique of capitalism, regarding the negative effects it imposes on individuals, accordingly to the studies of the first generation of Frankfurt School. The analysis will be based on the perspectives of Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Theodor Adorno and Max Horkheimer. Benjamin states that the society lives the loss of aura of Art, since its merchandising implies on the losses of their essence. Moreover, the imposition of "new" character for Art and consumer goods is a tool of manipulation of capitalism, culminating in a poverty of human experience. Marcuse states that society lives the principle of performance, which causes a "standard" mode of life, based on a homogeneous conception of work and entertainment. Adorno proposed that free time provoked a sense of freedom in individuals, but, in reality, it is a "non-freedom", since the forms of entertainment followed strictly the standards required by the capital. Following the method adopted by the Critical Theory itself, it states that the theoretical discussions are only effective when applied to the practice, to the current society.

KEYWORDS: Capitalism; Frankfurt School; Massification.

[1] Mestre em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e Bacharel em Direito pelo Faculdade de Direito Milton Campos. Atualmente, reside na Alemanha, onde cursará o doutorado em Filosofia na Universidade de Vechta. caroldesser@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O presente ensaio parte do pressuposto de que a Teoria Crítica alemã permanece em voga. Apesar de se tratar de uma teoria surgida no início do século XX e que até hoje possui representantes de suas novas gerações, há um objetivo que sempre guiou a sua variedade de discussões: a crítica ao capitalismo.

Por isso, o ensaio se propõe a revisitar a Teoria Crítica, a partir de autores que trataram dessa crítica de modo objetivo: Walter Benjamin, Herbert Marcuse, Theodor Adorno e Max Horkerheimer. O trabalho fará uma análise detalhada de suas principais obras, na tentativa de clarificá-las e rediscuti-las. Considera-se que referidas discussões permanecem atuais e, portanto, de extrema relevância a discussão da obra de referidos estudiosos.

1. WALTER BENJAMIN, A PERDA DA AURA E A POBREZA DA EXPERIÊNCIA HUMANA

Walter Benjamin nasceu em 1892 e faleceu em 1940. O autor estudou nas universidades de Berlim, Friburgo e Berna, doutorando-se com uma tese acerca da crítica da arte no romantismo alemão em 1920 (MORA, 1988, p. 311).

Benjamin, apesar de mais velho que os demais integrantes, ainda assim participou da Escola de Frankfurt, no final dos anos vintes. Axel Honneth coloca Benjamin fora do círculo interno da Escola, afirmando que, em que pese a diretiva central de seu pensamento se aproximar do círculo interno, o ponto de divergência de Benjamin com a Teoria Crítica reside na questão dos efeitos dos novos meios da moderna cultura de massa sobre a sociedade (HONNETH, 1999, p. 529). Para Benjamin, a luta cultural das classes sociais determina a capacidade de integração da sociedade (HONNETH, 1999, p. 533), de modo que ele não traz uma posição tão pessimista quanto a de Adorno, por exemplo.

Para Merquior (1969, p. 99), o fato de Benjamin não ter vivenciado o período de exílio da Escola de Frankfurt nos Estados Unidos --- Benjamin optou por permanecer em Paris ---, talvez tenha feito com que ele não carregasse, em suas obras, o chamado *pessimismo frankfurtiano*, de modo tão preponderante como os outros integrantes da Escola.

Quanto a um *menor pessimismo* de Walter Benjamin, entende-se que talvez isso seja afirmado pelo fato de referido pensador não se ater somente a críticas ao sujeito burguês em si, mas, precipuamente, à questão da arte de sua época. O seu enfoque é a produção artística e, não tanto, o comportamento dos indivíduos socialmente considerado.

A obra de Benjamin tem uma natureza fragmentada e compõe-se de apontamentos e intuições, sem a menção objetiva a teses ou argumentos. É como se os seus escritos criassem uma atmosfera de ideias (MORA, 1988, p. 312) em vez de um raciocínio linear. Conforme bem explica Delacampagne:

> Seus primeiros textos revelam imediatamente o seu interesse pela estética e pela história, sua simpatia pelas teses progressistas, suas afinidades com o romantismo e o expressionismo, sua curiosidade pela psicanálise, pela pintura moderna, pela arte

> popular, pelas ciências ocultas – mas também as dificuldades que experimenta em dar à profusão das suas ideias uma expressão organizada, de acordo com as normas acadêmicas. (DELACAMPAGNE, 1997, p. 141)

A partir dessa característica da obra de Benjamin, no presente ensaio serão analisados alguns ensaios do autor que mais se aproximaram das críticas ao capitalismo no que se refere aos indivíduos, quais sejam: *A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica*, *Experiência e pobreza* e *Rua de mão única*. Além disso, serão também analisados trechos da obra *Passagens,* na medida em que esta obra, sem dúvidas, é aquela que mais se aproxima do tema de estudo.

Benjamin não analisa a sociedade da mesma forma como os demais teóricos da Teoria Crítica, haja vista o fato de manter o seu foco no estudo da arte e cultura:

> Sem dúvida, ele [Benjamin] não é um teórico da sociedade na acepção convencional do termo, pois mostra pouco interesse pela explicação dos mecanismos de constituição da sociedade. Todavia, existem suficientes elementos teórico-sociais em sua análise da cultura que revelam até onde suas concepções ultrapassaram o nível do pensamento funcionalista do instituto. (HONNETH, 1999, p.532)

Um dos principais pontos tratados por Benjamin é uma suposta perda da aura das obras de arte à sua época. É de se salientar, primeiramente, que o pensador reconhece que a evolução da arte pode transformar a sociedade, a partir do seu maior poder de alcance. Flávio René Kothe destaca que Benjamin reconhece as possibilidades abertas pela tecnologia. Todavia, ao mesmo tempo, ele enxerga que a massificação da arte traz efeitos ruins à sociedade.

Benjamin não só pretendia criticar a arte de seu tempo, mas, trazer à discussão a forma de interpretação dessa arte. Ele pretende destacar o que a própria arte tem a dizer, sem interferências do sujeito-intérprete. Só a partir de uma relação crítica entre arte e intérprete é que seria possível se resgatar a *aura da obra de arte*:

> Benjamin questiona a perda da aura nos tempos modernos, especialmente devido à massificação, que provoca a perda da experiência, "Através da padronização imperante na sociedade massificada, anula-se a categoria da diferença e a capacidade de perceber o diferenciado". (KOTHE, 1976, p. 40)

Sendo assim, a massificação provoca a incapacidade de se identificar diferenças e características próprias das manifestações artísticas, o que prejudica a sua aura. Benjamin, em *A obra de arte na era da reprodutibilidade técnica* traz uma definição do que seria a aura:

> Em suma, o que é a aura? É uma teia singular, composta de elementos espaciais e temporais: a aparição única de uma coisa distante, por mais perto que ela esteja. Observar, em repouso, numa tarde de verão, uma cadeia de montanhas no horizonte, ou um galho, que projeta sua sombra sobre nós, significa respirar a aura dessas montanhas, desse galho. (BENJAMIN, 2012a, p. 184)

O fenômeno da massificação, mais tarde desenvolvido também por Theodor Adorno e Max Horkheimer, faz com que haja uma submissão das obras de arte a padrões previamente estipulados, promovendo a sua produção e interpretação sempre de modo similar. A diferença, o poder da arte de inovar, de questionar a sociedade que a cerca de modo particular, estaria perdendo-se: "Pertencer à massa implica numa uniformidade

que redunda em carência de percepção do diferenciado. Sendo a capacidade de perceber o diferenciado essencial à percepção estética, a massa é por natureza contraposta à arte." (KOTHE, 1976, p. 85).

A análise de Benjamin é ainda mais relevante porque reflete, indiretamente, na discussão sobre a busca de padrões e uniformização não só pelas obras de arte, mas, também, pelos indivíduos que habitam a sociedade de sua época. Benjamin, ao refletir sobre as obras de arte e a perda de sua aura, questiona também os jornais, como incentivadores da perda da possibilidade da experiência pelos indivíduos, incentivando a não comunicação entre eles, a ausência de diálogo e formação de opinião de modo livre. Kothe (1976, p. 84) afirma que, de acordo com a concepção de Benjamin, a perda da aura tem como um dos causadores a imprensa jornalística, porque ela causa o desaparecimento do espaço para a experiência, para a aproximação entre algo distante no tempo ou espaço, para perto do sujeito:

> A informação jornalística se caracteriza por quatro elementos: novidade, concisão, comunicabilidade e não-relacionamento das informações isoladas. Em si, ela é contrária à formação de experiência, pois esta se constitui pela correlação e elaboração de dados diversos, obtidos na trajetória entre um estado de carência, que faz com que se constitua um desejo ou anelo, e a realização – ou não – dessa meta. A narrativa, o teatro e mesmo a poesia são em geral o registro de tal trajetória. Nela, algo distante no espaço e/ou no tempo é trazido para perto: isso constitui a "aura" de tal narrativa, poema ou peça teatral. A ascensão do jornalismo corresponde ao processo de perda dessa aura. A literatura é então o registro da experiência histórica. Ler é herdar esse patrimônio. A correria da multidão pelas avenidas metropolitanas é precisamente o estado oposto à possibilidade de transmissão dessa experiência. E essa multidão constitui o público dos jornais. À medida que tal estado aparece como caracterizador da "vida moderna", a própria sobrevivência da arte se encontra em perigo, pois a experiência e a percepção diferenciada que ela pode transmitir não encontra mais condições de recepção. (KOTHE, 1976, p. 84)

Ou seja, o ritmo de vida acelerado dos indivíduos, fomentado pelos jornais, desconstitui o estado a eles necessário para a apreensão da arte. A aura consiste na aproximação, na trajetória entre o que é distante e o que é aproximado pela arte, e isso exige que o indivíduo esteja preparado para tal processo dialético. Ao trabalhar, por exemplo, a hermenêutica literária, Benjamin entende que, ao contrário do que ocorre no trabalho terapêutico, em que a descoberta do significado de um sintoma deve levar a um tratamento que o elimine, a hermenêutica literária, ao descobrir o significado, deve reconhecer ao significante a devida qualidade que lhe é própria (KOTHE, 1976, p. 21).

Benjamin afirma que o sentido trazido por um texto, um poema ou uma obra de arte, é sempre outro que não somente aquele primeiramente visível, o que faz com que a submissão dos indivíduos a ideologias e predeterminações do que seja a arte prejudique sua intenção, sua essência, sua aura.

A obra poética de Charles Baudelaire é estudada por Benjamin na obra *Passagens*. Para Benjamin, a análise da obra do referido poeta justifica-se "[...] pelo fato deste ter assumido a experiência de choque, vigente no cotidiano das metrópoles capitalistas, constituindo-a na lei fundamental de sua criação poética. Esta acabava sendo, portanto, uma denúncia do modo de vida que provocava choques a todo momento" (KOTHE, 1976, p. 74).

Benjamin chega a comparar Baudelaire à prostituta, já que, quando o poeta passa a vender seus poemas, ele escancara a sua intimidade, assim como a prostituta. A sua arte, que seria algo particular e específico, torna-se uma mercadoria a ser submetida à massa. Isso é como um marco da transformação do ser humano em mercadoria.

A obra *Passagens*, uma miscelânea de ensaios e anotações elaborados por Benjamin, faz uma análise não só da obra de Baudelaire, mas também da realidade social daquele século em vários aspectos. Uma das questões ali discutidas é sobre a qualidade do *novo*. Para Benjamin, o capitalismo e precipuamente a moda incentivam a sensação de que os novos produtos são diferentes de tudo antes já visto. O novo é qualidade independentemente do valor de uso da mercadoria. O inconsciente coletivo possui uma imagem produzida a partir da aparência alienante do novo. Nesse ínterim, a moda é o agente causador mais forte dessa falsa consciência. A partir disso, desenvolve-se nos indivíduos, que acreditam na novidade, a repetição de algo que é *sempre igual*. A arte também passa a fazer do novo o seu valor supremo, almejando a utilidade a todo custo (BENJAMIN, 2006, p. 48).

A novidade da moda é uma falsa realidade. As mercadorias quase sempre não trazem grandes novidades, mas conseguem convencer os consumidores disso, os quais desejam comprá-las a qualquer custo. O novo é, na realidade, sempre o mesmo.

Ora, este fenômeno na arte compromete, sem dúvida, o seu papel de crítica social. A arte só é arte quando carrega questionamentos à sociedade que a cerca, de modo particular e modificado a cada nova situação. Com o fenômeno da uniformização, a arte perde a sua função e os artistas acabam por manifestar um conformismo com a sociedade. Será visto que a noção da arte como uma ferramenta de denúncia e crítica social é uma constante para os pensadores da Teoria Crítica.

Com a alienação dos indivíduos e a lógica mecanicista cada vez mais em voga, a moralidade torna-se desnecessária e surge a maquinaria feita de seres humanos: eles não pensam, não questionam, são conformados e indiferentes uns aos outros. Benjamin afirma que a atividade comercial é imoral e passa a conduzir as condições de vida das pessoas. A organização complexa do comércio funciona como uma maquinaria, que se reflete no domínio psicológico dos indivíduos (BENJAMIN, 2006, p. 41).

Até nas conversas do dia a dia, dirá Benjamin, o dinheiro, os valores do capital, substituem o real interesse pelo bem-estar dos sujeitos que integram o diálogo. A preocupação com sentimentos é substituída por assuntos ligados ao capital. Benjamin afirma que a liberdade da conversa se está perdendo. Se antes, entre seres humanos em conversa, a consideração pelo parceiro era natural, ela é substituída pela pergunta sobre o preço de seus sapatos ou de seu guarda-chuva. Benjamin afirma que, na sua sociedade, em toda discussão entre as pessoas, o tema das condições de vida e do dinheiro é uma constante. Não há mais o interesse pelas preocupações e sofrimentos dos indivíduos, os quais talvez pudessem fazer com que se ajudassem uns aos outros (BENJAMIN, 2012c, p. 21).

Para Kothe, Benjamin, assim como Adorno, já discutia, no século XX, a *distração* do sujeito típico da sua sociedade, a qual também pode ser visualizada no sujeito de massa dos tempos atuais. É o chamado estado de dispersão do ouvinte ou do espectador moderno. A música passou a ser um fundo musical e, não mais, um todo em si. Todos os

mecanismos de reprodução e depressão social obrigam as pessoas a conhecer determinadas canções e o fetichismo se instaura na arte (KOTHE, 1978, p. 49).

O fenômeno de *distração* tratado por Benjamin é uma forma de alienação, de submissão ao entretenimento produzido pelo capitalismo, de maneira cega. Benjamin afirma que o indivíduo da massa de sua época possui uma pobreza de experiência, não pretende criar sonhos e metas individuais, vive sua vida agitada sem parar, sem construir seus objetivos. Para Benjamin, o ser humano está pobre, foram empenhadas as peças do patrimônio humano, o valor de troca atingiu os indivíduos:

> Pobreza de experiência: isso não deve ser compreendido como se os homens aspirassem a novas experiências. Não, eles aspiram a libertar-se de toda experiência, aspiram a um mundo em que possam ostentar tão pura e tão claramente sua pobreza, externa e também interna, que algo de decente possa resultar disso. [...] A existência do camundongo Mickey é um desses sonhos do homem contemporâneo. É uma existência cheia de milagres, que não somente superam os milagres técnicos como zombam deles. [...] Natureza e técnica, primitividade e conforto unificam-se aqui completamente, e aos olhos das pessoas, fatigadas com as complicações infinitas da vida diária e que veem a finalidade da vida apenas como o mais remoto ponto de fuga numa interminável perspectiva de meios, surge uma existência redentora que em cada dificuldade se basta a si mesma, do modo mais simples e ao mesmo tempo mais cômodo, na qual um automóvel não pesa mais que um chapéu de palha, e uma fruta na árvore se arredonda como a gôndola de um balão. [...] Ficamos pobres. Abandonamos, uma a uma, todas as peças do patrimônio humano, tivemos que empenhá-las muitas vezes a um centésimo do seu valor para recebermos em troca a moeda miúda do "atual". (BENJAMIN, 2012b, p. 127)

A análise benjaminiana do ritmo de vida dos indivíduos é uma constante. Em *Passagens* ele analisa os aspectos cotidianos da sociedade. A reflexão sobre as grandes cidades é como uma síntese da perda da moralidade e da construção de um conformismo generalizado pelas pessoas de sua época. Em *Rua de Mão Única*, Benjamin afirma que, assim como todas as coisas que estão num irresistível processo de mistura e impureza, perdem sua expressão de essência, assim também a cidade. As grandes cidades têm uma potência incomparavelmente tranquilizadora e corroborante, criando uma consciência das forças elementares sempre vigilantes. Por outro lado, há uma insegurança constante nas grandes cidades que faz com que o citadino viva uma situação opaca e cruel no mais alto grau, em que ele tem de acolher em si, sob as inclemências da planície desolada, os produtos da arquitetônica urbana (BENJAMIN, 2012c, p. 23).

Ora, também nos dias atuais se verifica cada vez mais a influência da estrutura da cidade sobre os indivíduos, a maneira como a arquitetura urbana e o trânsito influenciam sobre a qualidade de vida dos sujeitos.

Benjamin também chama a atenção para a perda da construção individual e privada de vida das pessoas. Para referido autor, as cidades fazem com que os indivíduos busquem, a todo custo, resgatar algo de privado, que lhes é retirado a todo momento, tudo é publicizado, tudo está na opinião pública, no ritmo da sociedade que o circunda:

> O interior não é apenas o universo do homem privado, é também seu estojo. Desde Luís Filipe, encontra-se no burguês esta tendência de indenizar-se da ausência de rastros da vida privada na grande cidade. Essa compensação, ele tenta encontra-la entre as quatro paredes de seu apartamento. Tudo se passa como se fosse uma

> questão de honra não deixar se perderem os rastros de seus objetos de uso e de seus acessórios. Infatigável, preserva as impressões de uma multidão de objetos; para seus chinelos e seus relógios, seus talheres e seus guarda-chuvas, imagina capas e estojos. Tem uma clara preferência pelo veludo e a pelúcia que conservam a marca de todo contato. (BENJAMIN, 2006, p. 60)

A metáfora utilizada por Benjamin, da utilização das capas e estojos, como forma de privatizar os objetos, é muito interessante. Hoje, as redes sociais comprovam que a colocação de padrões e formas de vida de modo cada vez mais público é recorrente. A vida privada e íntima das pessoas é exposta por elas próprias, o que se permite interpretar como uma tentativa de deixarem-se rastros, de construírem-se laços, assim como os estojos e as capas de veludo funcionavam, no início do século XX.

Benjamin afirma que os indivíduos, ainda na esfera privada, se guiam por instintos de massa, por noções externa e coletivamente impostas. As pessoas vivem um estranho paradoxo: têm em mente o mais estreito interesse privado quando agem, mas ao mesmo tempo são determinadas mais do que nunca em seu comportamento pelos instintos da massa. Nesse contexto, os instintos de massa tornaram-se desatinados e alheios à vida. A sociedade, na qual cada um tem em mira unicamente seu próprio bem-estar, sucumbe, como massa cega, com letargia animal. A diversidade de alvos individuais torna-se irrelevante perante a identidade das forças determinantes. Há uma perda dos instintos vitalmente importantes, e impotência e declínio do intelecto (BENJAMIN, 2012c, p. 20).

Para Benjamin, o ser humano torna-se cada vez mais solitário e acredita fazer parte de um todo que, na realidade, é vazio. Os indivíduos passam a criar teorias sobre o futuro, as quais são apenas ideias egoístas contaminadas pelo capitalismo. O pensador acredita que a cega vontade de salvar o prestígio da existência pessoal, de preferência a destacá-la, pelo menos, por meio da soberana avaliação de sua impotência e de seu embaraço, impõe-se quase por toda parte. Ele afirma que o ar está cheio de teorias de vida e visões do mundo, e que por isso elas fazem um efeito tão pretensioso, porque no fim quase sempre valem como sanção de alguma situação privada totalmente insignificante. Dessa forma, são disseminadas pelos indivíduos alucinações, miragens de um futuro cultural que, apesar de tudo, irrompe florescente da noite para o dia, porque cada qual se compromete com as ilusões óticas de seu ponto de vista isolado (BENJAMIN, 2012c, p. 22).

Isso acontece justamente porque a moralidade se torna desnecessária em tal sociedade:

> Todas as relações humanas mais próximas são atingidas por uma claridade penetrante, quase insuportável, na qual mal conseguem resistir. Pois, uma vez que, por um lado, o dinheiro está, de modo devastador, no centro de todos os interesses vitais e, por outro, é exatamente este o limite diante do qual quase toda relação humana fracassa, então desaparece, cada vez mais, assim no plano natural como no ético, a confiança irrefletida, o repouso e a saúde. (BENJAMIN, 2012c, p. 20)

Toda essa discussão de Benjamin torna-se ainda mais interessante quando ele analisa a moda. Para Benjamin, a moda traz consigo formas de exclusão social daqueles que não se adequam aos padrões por ela desenvolvidos. A moda é um dos exemplos, para Benjamin (2006, p. 45), do fetiche da mercadoria do qual Karl Marx tratava. Ela

incentiva a ideia do novo, que na realidade é o velho reinventado para ser vendido. Ela estimula a obsessão por padrões uniformes, sem a possibilidade da diferença.

Para Benjamin, a moda é a morte da mulher:

> Pois a moda nunca foi outra coisa senão a paródia do cadáver colorido, provocação da morte pela mulher, amargo diálogo sussurrado com a putrefação entre gargalhadas estridentes e falsas. Isso é a moda. Por isso ela muda tão rapidamente; faz cócegas na morte e já é outra, uma nova, quando a morte a procura com os olhos para bater nela. (BENJAMIN, 2006, p. 102)

A questão do novo reinventado trata-se, para Benjamin (2006, p. 103), do que ele chama de *espetáculo dialético da moda*, esse ciclo de produção de novos padrões a serem seguidos, a todo tempo. Benjamin (2012, p. 181) reconhece que a obra de arte sempre foi reproduzível, mas que "[...] mesmo na reprodução mais perfeita, um elemento está ausente: o aqui e agora da obra de arte, sua existência única, no lugar em que ela se encontra. É nessa existência única, e somente nela, que se desdobra a história à qual ela estava submetida no curso da sua existência".

Para Benjamin (2012, p. 182), a esfera da autenticidade é perdida com a reprodutibilidade técnica. Tal declínio da aura acontece por alguns motivos: primeiramente, porque na sociedade de massa se pretende deter os objetos de modo palpável e próximo, o que incentiva a cópia. Isso é fomentado pelos meios de comunicação (BENJAMIN, 2012a, p. 184). O cinema, por exemplo, é uma forma de arte questionada por Benjamin, já que consegue modificar a atuação dos atores, a significação das cenas, até alcançar a perfeição desejada. Benjamin questiona se a obra de arte não seria justamente o oposto da perfeição:

> Com o cinema, a obra de arte adquiriu um atributo decisivo, que os gregos ou não aceitariam ou considerariam o menos essencial de todos: a perfectibilidade. [...] Para os gregos, cuja arte visava a produção de valores eternos, a mais alta das artes era a menos perfectível, a escultura, cujas criações se fazem literalmente a partir de um só bloco. Daí o declínio inevitável da escultura, na era da obra de arte montável. (BENJAMIN, 2012a, p. 190)

Ainda sobre o cinema, ele seria o criador de padrões a serem seguidos pela sociedade, estimulando a participação das massas em ideais ilusórios. Atinge, principalmente, as mulheres.

Benjamin afirma que a indústria cinematográfica tem todo interesse em estimular a participação das massas por meio de concepções ilusórias e especulações ambivalentes. Seu êxito maior é com as mulheres, que passam a confiar nos ideais de vida impostos pelo cinema: a família feliz, a mulher que serve ao marido e aos filhos. Com esse objetivo, a indústria cinematográfica mobiliza um poderoso aparelho publicitário, põe a seu serviço a carreira e a vida amorosa das estrelas, organiza plebiscitos, realiza concursos de beleza. Tudo isso para corromper e falsificar o interesse original das massas pelo cinema, totalmente justificado, na medida em que é um interesse pelo seu próprio conhecimento e, desse modo também, pelo conhecimento da classe. Benjamin (2012, p. 200) compara o capital cinematográfico com o fascismo: ele explora secretamente, no interesse de uma minoria de proprietários, a inquebrantável aspiração por novas condições sociais.

A seguir, será analisada a visão de Herbert Marcuse, que nasceu seis anos após Benjamin.

3. HERBERT MARCUSE E AS FALSAS NECESSIDADES CRIADAS PELO PRINCÍPIO DO DESEMPENHO

Herbert Marcuse nasceu em Berlim em 1898 e faleceu em 1979. Formou-se e doutorou-se em filosofia. Foi orientado por Martin Heidegger, desenvolvendo uma tese sobre Hegel.

Ele participou, em 1918, do movimento revolucionário spartakista, tendo sido eleito, neste ano, membro de um soviete de soldados berlinenses (DELACAMPAGNE, 1997, p. 140). O fracasso da revolução alemã de novembro de 1918, bem como a liquidação do movimento espartaquista marcaram a obra do autor.

Em 1934, devido à ascensão do nazismo, Marcuse mudou-se para os Estados Unidos, onde conviveu com Adorno e Horkheimer e desenvolveu estudos com a Escola de Frankfurt. Em 1942, para sobreviver, ele aceitou trabalhar para o governo estadunidense, tendo inclusive elaborado um relatório durante a Guerra Fria sobre os *potenciais do comunismo mundial* (DELACAMPAGNE, 1997, p. 213). Em 1951, ele pediu demissão do cargo e retomou sua carreira acadêmica.

Em 1968, Marcuse voltou à Europa temporariamente, aproximando-se do líder estudantil Rudi Dutschke, o qual contribuiu para a disseminação das suas ideias, especialmente no contexto de maio de 68. Marcuse foi referência para os movimentos revolucionários da Europa na década de 1960. Esteve presente no movimento *Black and Power*, participou das insurreições estudantis contra a guerra no Vietnã.

No presente ensaio a obra de Marcuse será analisada com destaque para os escritos que discutem as consequências do avanço da tecnologia e como isso afeta as liberdades individuais e a razão humana, com o propósito de destacar a formação dos indivíduos a partir da discussão de sua autonomia e fenômenos de alienação.

Para tanto, serão utilizadas como base duas obras marcusianas da fase da teoria crítica da sociedade, quais sejam *Eros e civilização: uma interpretação filosófica do pensamento de Freud* e *A ideologia da sociedade industrial*, bem como um texto publicado em 1972, denominado *Novas fontes para a fundamentação do materialismo histórico*. Ademais, serão também discutidas as visões de alguns estudiosos de referido autor: Francisco Antônio Dória e André Nicolas.

Primeiramente, é marcante na obra de Marcuse a ideia de que a interferência que a alienação provoca na sociedade, não ocorre somente do ponto de vista econômico, mas, ainda, na relação do sujeito consigo mesmo, com aqueles com quem convive, em várias esferas de sua vida: "A exteriorização e a alienação atingem, além da esfera das relações econômicas, a essência e a realidade do homem 'como homem', e somente por este motivo é que a perda do objeto do trabalho tem uma significação tão importante." (MARCUSE, 1972b, p. 17).

É importante notar que razão humana, para Marcuse, conforme Dória (1979, p. 14), deve ser compreendida no sentido hegeliano, como o desenvolvimento das potencialidades do indivíduo de modo inteiramente livre. Marcuse (1972a, p. 103)

pretende resgatar a potencialidade do ser humano, já que ela se encontra alienada pelo capitalismo: "A eliminação das potencialidades humanas do mundo de trabalho (alienado) cria as pré-condições para a eliminação do trabalho do mundo das potencialidades humanas.".

Ademais, a ideia heideggeriana de *homem projeto* também está presente na proposta de Marcuse, já que ele quer desenvolver entre os indivíduos uma atitude revolucionária. Marcuse (1972a, p. 23) acredita que a revolução poderá modificar o contexto capitalista por ele criticado: "Hoje, a luta pela vida, a luta por Eros, é a luta política".

A ideia de razão em Marcuse, como possibilidades do sujeito, liga-se ainda à ideia de necessidade. Ele denuncia a fragilidade das necessidades do ser humano e a importância de se analisar a amplitude das reais possibilidades humanas. Dória (1979, p. 18) afirma que:

> Para Marcuse, como para Georg Lukács e mesmo para Marx, o Marx de um texto muito pouco divulgado ainda [...], os *Fundamentos da Crítica à Economia Política*, o racionalismo, a tendência das sociedades modernas à administração total, à tecnocracia burra, à planificação de todos os setores da vida tem sua origem no mercantilismo burguês.

Marcuse afirma que se desenvolvem na sociedade necessidades humanas que não condizem com o real poder da Razão, a partir de suas potencialidades intrínsecas. Em *Ideologia da sociedade industrial* é posto que as necessidades que os indivíduos seguem são muitas vezes *falsas necessidades*:

> Podemos distinguir tanto as necessidades verídicas como as falsas necessidades. "Falsas" são aquelas superimpostas ao indivíduo por interesses sociais particulares ao reprimi-lo: as necessidades que perpetuam a labuta, a agressividade, a miséria e a injustiça. Sua satisfação pode ser assaz desagradável ao indivíduo, mas a felicidade deste não é uma condição que tem de ser mantida e protegida caso sirva para coibir o desenvolvimento da aptidão (dele e de outros) para reconhecer a moléstia do todo e aproveitar as oportunidades de cura. Então, o resultado é euforia na infelicidade. A maioria das necessidades comuns de descansar, distrair-se, comportar-se e consumir de acordo com os anúncios, amar e odiar o que os outros amam e odeiam, pertence a essa categoria de falsas necessidades. (MARCUSE, 1973, p. 26.)

Ora, isso também pode ser perceptível na atualidade. Os indivíduos passam a acreditar que são felizes, já que cumpridas as necessidades impostas pela comunicação de massa, de um modo autoritário e sem a participação individual dos sujeitos. Tanto as necessidades, quanto a felicidade, não são construídas individualmente, de dentro para fora, mas sim pela comunicação de massa, pelas instituições de poder e pelos interesses comerciais das corporações. Com isso, escreve Marcuse, o indivíduo perde a consciência de que suas noções e necessidades são impostas de fora para dentro, sem a sua participação, falta a *noção consciente da repressão*.

Marcuse (1972a, p. 102) sugere que a noção consciente da repressão, predominante é obnubilada no indivíduo pela restrição manipulada de sua consciência. Esse processo altera o conteúdo de felicidade. Com o declínio da consciência, com o controle da informação, com a absorção do indivíduo na comunicação em massa, o conhecimento é administrado e condicionado. O indivíduo não sabe exatamente o que se passa, já que a

máquina esmagadora de educação e entretenimento o une a todos os outros indivíduos, num estado de anestesia.

Sobre as comunicações de massa, Marcuse (1972a, p. 97) afirma que o rádio e a televisão invadem a consciência humana, fazendo com que o sujeito não mais busque os valores dentro da sua criação familiar, mas, sim, nesses meios de formação de padrões.

Para Marcuse, a libertação burguesa representa certo paradoxo, já que permitiu que aquela sociedade pudesse experimentar a construção da sua liberdade, sem as amarras do sistema feudal e regido pelos ditames da Igreja. Mas, por outro lado, o capitalismo passou a preencher o que são as necessidades do ser humano, o que ele deve buscar, qual a forma de ele viver e agir. Para Marcuse, a real felicidade só será atingida na medida em que se puder viver de acordo com a realização dos desejos, sem as amarras impostas pelas situações sociais. A isto se relaciona a atitude revolucionária por ele fomentada, conforme já adiantado anteriormente.

Marcuse (1972a, p. 25) propõe que as categorias psicológicas na sua sociedade estariam deixando de ser individuais, tornando-se problemas políticos existentes na esfera pública: "A tarefa é, antes, a oposta: desenvolver a substância política e sociológica das noções psicológicas".

Além da relação com Freud, Dória (1979, p. 36) afirma que a teoria de Marx exerce influência em Marcuse, a partir de dois planos, a crítica ao capitalismo e a sua influência para além da categoria econômica:

> O primeiro é a crítica, hoje tão generalizada e conhecida, que Marx faz do capitalismo, quanto à submissão que este sistema impõe ao trabalhador. O segundo plano é muito mais amplo e muito mais sério: o capital fixo passando a ser controlador e organizador de nossa vida de todos os dias – e não, genericamente uma categoria econômica como o capital, mas sim os "órgãos da mente humana criados pela mão humana", todas as máquinas e mediadores entre nós e a Natureza que as ciências desenvolveram –, alguma coisa que é produção original nossa, que de nós dependia, passou a ser o motivo organizador de nossas vidas. Portanto, se nós estamos submetidos a uma organização que, em seu surgimento dependia de nós, e se nós esquecemos essa dependência original, nós nos alienamos frente ao que era nosso. O que equivale dizer, nós nos alienamos de nós mesmos. (DÓRIA, 1979, p. 36)

Além das influências de Freud e Marx, o professor de Marcuse, Heidegger, é responsável por vários caminhos traçados na sua obra. Há, porém, uma significação que separa Marcuse de seu professor: aquela referente à essência do humano. Ambos concordam na ideia do indivíduo como projeto, a facticidade do mundo presente e o projeto constituído pelo futuro como constituintes da dialética do viver. Para Dória (1979, p. 160), isso é perceptível na obra marcusiana no instante em que a pessoa, lançada no mundo, detém um horizonte ideológico, o qual é influenciado pelo capitalismo. Mas, para Heidegger, a essência do ser humano é o Nada.

Concorda-se com Dória ao interpretar o *homem projeto* de Marcuse. Inclusive, quando referido autor trata da libertação burguesa das amarras do feudalismo, fica evidente que surge para aquele ser humano um universo de possibilidades de escolha, universo este que, infelizmente, é tomado pelos padrões capitalistas. Nesse cenário,

para Marcuse, a essência do indivíduo estaria na desalienação, ou seja, na conquista da felicidade (DÓRIA, 1979, p. 161).

Trata-se, neste ponto, do que Marcuse conceitua como a *Grande Recusa*, a negação dos sujeitos de tudo aquilo que lhe é imposto e reproduzido:

> Essa Grande Recusa é o protesto contra a repressão desnecessária, a luta pela forma suprema de liberdade – "viver sem angústia". Mas essa ideia só podia ser formulada sem punição na linguagem da arte. No contexto mais realista da teoria política ou mesmo da Filosofia, foi quase universalmente difamada como utopia.
>
> A relegação de possibilidades reais para a "terra de ninguém" da utopia constitui, só por si, um elemento essencial da ideologia do princípio de desempenho. Se a construção de um desenvolvimento instintivo não-repressivo se orientar, não pelo passado sub-histórico, mas pelo presente histórico e a civilização madura, a própria noção de utopia perde o seu significado. A negação do princípio de desempenho emerge não contra, mas com o progresso da racionalidade consciente; pressupõe a mais alta maturidade da civilização. (MARCUSE, 1972a, p. 139)

Marcuse, portanto, expõe a necessidade da grande recusa e já responde algumas críticas a ele endereçadas, de que suas propostas soam como utopia. Referido pensador acredita na possibilidade de uma civilização madura, que saiba tratar seus instintos de modo consciente. A ideia de atitude revolucionária de Marcuse (1972a, p. 226) consiste justamente na libertação do indivíduo daquilo que é determinado pelo meio em que está inserido.

André Nicolas (1971, p. 29), quando estuda a teoria de Marcuse nesse tocante, trabalha a importância que a filosofia assume na proposta marcusiana. A filosofia é um exemplo daquilo que não se submete a sistemas formais, compreendendo como fundamental a ligação entre teoria e prática. Daí, mais uma vez, a noção do *homem projeto*, do indivíduo capaz de transformar a sociedade, a partir das possibilidades humanas. Os indivíduos devem ser capazes de sair da reificação.

Em *Eros e civilização*, Marcuse, partindo da teoria freudiana, pretende interpretá-la para a sociedade como um todo e, não, de um ponto de vista psicologicamente individual. Ele começa a partir do conceito de pulsão de Freud. Pulsão, conforme Dória (1979, p. 179), é um desejo, uma tendência ao movimento. Mas, de uma perspectiva freudiana ampla, há também a pulsão pela vida *(Eros)* e para a morte *(Thânatos)*. A partir das pulsões, já que o sujeito precisa contê-las de alguma forma, Marcuse analisa outro conceito de Freud: a repressão: "Freud nos mostra como o bloqueio é tal que seu rompimento, embora satisfazendo a pulsão, representaria uma fonte de desprazer." (DÓRIA, 1979, p. 181).

A repressão das pulsões está relacionada ao princípio de realidade, o qual significa o momento em que o ser humano percebe que o mundo à sua volta deve ser controlado. Marcuse, todavia, entende que há um princípio de realidade extremo, denominado *da mais repressão*, "[...] que é o excesso de repressão desenvolvido pelos sistemas sociais, e que será o real causador da infelicidade humana" (DÓRIA, 1979, p. 182).

Concorda-se com a interpretação de Dória (1979, p. 188), quando este afirma que o princípio de realidade da mais repressão na contemporaneidade é reformulado como o princípio do desempenho, no sentido de que os indivíduos competem desenfreadamente entre si, na busca de um máximo idealizado pelos sujeitos. Ou seja, ainda na

sociedade atual os indivíduos vivem guiados pelas amarras impostas a eles, numa busca incessante de atingir os padrões determinados pelo capitalismo e entrando numa competição com os demais. Em *Eros e civilização*, isso fica evidente:

> O argumento que condiciona a libertação a um nível de vida superior serve com excessiva facilidade para justificar a perpetuação da dominação. A definição do nível de vida em termos de automóveis, televisões, aviões e tratores é a do próprio princípio de desempenho. Além do critério implícito nesse princípio, o nível de vida poderia ser medido por outros critérios: a gratificação universal das necessidades humanas básicas e a liberdade contra a culpa e o medo. (MARCUSE, 1972a, p. 141)

O trabalho, para Marcuse, era um dos exemplos de atuação do princípio do desempenho. Os indivíduos trabalham cada vez mais, com o mínimo de escolha de suas atividades e funções. Marcuse afirma que, para a esmagadora maioria da população, a extensão e o modo de satisfação são determinados pelo seu próprio trabalho. Nesse cenário, Marcuse (1972a, p. 58) dispõe que os humanos não vivem sua própria vida, mas desempenham tão só funções preestabelecidas. Enquanto trabalham, não satisfazem suas próprias necessidades e faculdades, mas trabalham em alienação.

Ele afirma que o trabalho tornou-se geral, assim como as restrições impostas à libido: o tempo de trabalho, que ocupa a maior parte da vida de um indivíduo, é um tempo penoso, visto que o trabalho alienado significa ausência de gratificação, negação do princípio de prazer; a libido é desviada para desempenhos socialmente úteis, em que o indivíduo trabalha para si mesmo somente na medida em que trabalha para o sistema, empenhado em atividades que, na grande maioria dos casos, não coincide com suas próprias faculdades e desejos (MARCUSE, 1972a, p. 58).

O local em que o princípio de realidade ainda não se manifestou era denominado por Marcuse como *fantasia*, o que permite relacionar sua concepção de obra de arte com o conceito desenvolvido por Walter Benjamin. Pode-se dizer que Marcuse e Benjamin se aproximam na sua interpretação da arte. Benjamin afirma que qualquer artista, na produção de sua arte, exerce de alguma forma uma crítica à sociedade. Marcuse vai além, dispondo ainda que a arte é a manifestação da fantasia, sendo fantasia o espaço em que o princípio de realidade ainda não se manifestou (DÓRIA, 1979, p. 197).

É interessante a análise que Dória (1979, p. 235) realiza da *Ideologia da sociedade industrial*, em que trabalha alguns pares contraditórios tratados por Marcuse, como sendo aqueles que os indivíduos experimentam: um Estado que pretende promover as necessidades dos indivíduos, mas que, ao mesmo tempo, torna-se cada vez mais beligerante; e uma indústria que se torna cada vez mais tecnológica e, por isso, ao mesmo tempo mais revolucionária.

Marcuse afirma que o desenvolvimento tecnológico e suas mazelas pode ser claramente enxergado no crescimento paralelo da tecnologia bélica e nos seus efeitos trágicos. Dispõe que:

> A capacidade de matar e queimar em grandes proporções, e o comportamento mental que lhe é concomitante, são subprodutos do desenvolvimento das forças produtivas, dentro de um sistema de exploração e repressão; parecem essas forças tornar-se tanto mais produtivas quanto mais confortável o sistema vai ficando para seus privilegiados sujeitos. A sociedade afluente demonstrou agora que é uma sociedade

> em guerra; se os seus cidadãos não o notaram, as suas vítimas já o perceberam, por certo. (MARCUSE, 1972a, p. 18)

Tais definições bem exemplificam a sociedade vivida por Marcuse. Elas se relacionam ainda ao conceito de produtividade existente na obra marcusiana, a qual contribui para o processo de alienação dos indivíduos. Marcuse (1973, p. 29) afirma que um dos aspectos mais perturbadores da civilização industrial desenvolvida é o caráter racional da sua irracionalidade. A produtividade e eficiência da sociedade, sua capacidade para aumentar e disseminar comodidades, para transformar o resíduo em necessidade e a destruição em construção e o grau com que essa civilização transforma o mundo objetivo numa extensão da mente e do corpo humanos tornam questionável a noção de alienação. Ainda que as pessoas se reconhecem em suas mercadorias, encontram sua alma em seu automóvel, casa em patamares, utensílios de cozinha.

Marcuse destaca também o fato de que o desenvolvimento da tecnologia na sociedade industrial é fomentado, mas, ao mesmo tempo, constantemente contido, para não promover, ao final, a plena liberdade do sujeito. Liberdade, em Marcuse, conforme Dória:

> [...] significa muito menos a possibilidade de decidirmos entre um certo número de opções que a possibilidade de construirmos, nós mesmos, as opções a serem escolhidas. Porque afinal alguma coisa se falseou quando admitimos acriticamente as opções que nos foram oferecidas, e quando me esqueço de perguntar a respeito da possibilidade de haverem outras opções que não as que tenho no presente momento. Por que me devo submeter a um código moral que sinto ser, antes de tudo, inadequado? O código moral é o sistema pré-fixado de opções; a real liberdade começa quando contestamos o valor absoluto, o apriorismo do código moral. (DÓRIA, 1979, p. 237)

Ou seja, a real liberdade é aquela que não escolhe entre várias opções externamente colocadas, mas, sim, a que constrói os próprios objetivos e rumos, sem uma ligação necessária com aquilo que a sociedade capitalista estabelece. Em *Ideologia da sociedade industrial*, Marcuse argumenta que há uma perda da reflexão sobre se ter uma real liberdade entre as pessoas, por meio da submissão ao sistema de ideologias ali vigente. Ele afirma que sob o jugo de um todo repressivo, a liberdade pode ser transformada em poderoso instrumento de dominação. O alcance da escolha aberta ao indivíduo não é o fator decisivo para a determinação do grau de liberdade humana, mas o que pode ser escolhido e o que é escolhido pelo indivíduo. O critério para a livre escolha jamais pode ser absoluto, mas tampouco é inteiramente relativo. A livre escolha entre ampla variedade de mercadorias e serviços não significa liberdade se esses serviços e mercadorias sustêm os controles sociais sobre uma vida de labuta e temor, sob a alienação. Marcuse (1973, p. 28) determina que a reprodução espontânea, pelo indivíduo, de necessidades impostas não estabelece autonomia, mas sim estipula a eficácia dos controles.

A partir disso, sociedade industrial, para Marcuse (1973, p. 24), é uma sociedade totalitária, no sentido de "[...] uma coordenação técnico-econômica não-terrorista que opera através da manipulação das necessidades por interesses adquiridos.".

A partir de todo esse cenário, concretiza-se a alienação denunciada por Marcuse, o indivíduo identifica-se cegamente com a sua sociedade e busca os padrões de necessidade por ela estabelecidos. Não há desenvolvimento da própria individualidade e construção das necessidades de cada um, por isso é fundamental a Grande Recusa:

> O fato de a grande maioria da população aceitar e ser levada a aceitar essa sociedade não a torna menos irracional e menos repreensível. A distinção entre consciência verdadeira e falta, entre interesse real e imediato, ainda têm significado. Mas a própria distinção tem de ser validada. O homem tem de vê-la e passar da consciência falsa para a verdadeira, do interesse imediato para o interesse real. Só poderá fazê-lo se viver com a necessidade de modificar o seu estilo de vida, de negar o positivo, de recusar. É precisamente essa necessidade que a sociedade estabelecida consegue reprimir com a intensidade com que é capaz de "entregar as mercadorias" em escala cada vez maior, usando a conquista científica da natureza para conquistar o homem cientificamente. (MARCUSE, 1973, p. 17)

Marcuse (1972a, p. 98) destaca o fato de operários e capitalistas terem se tornado uma massa única, deixando de existir a luta de classes. Tal massificação é ocasionada pelo consumo. O consumo e a sua criação de necessidades nos indivíduos, de modo generalizado, provoca a busca cega e alienada do proletário e do capitalista dos mesmos ideais e necessidades, são todos vítimas inocentes.

Conforme visto, em *Eros e civilização*, Marcuse (1972a, p. 16) é claro em afirmar que a solução para o Estado de Bem-Estar por ele criticado é um Estado em que os indivíduos constroem seus objetivos, podendo ativar necessidade biológicas que se encontram reprimidas. Libertação, nesse contexto, é justamente "[...] a emergência de novas necessidades e faculdades, qualitativamente diferentes".

Inclusive, dirá Marcuse (1972a, p. 18), os países por ele chamados *atrasados* teriam a vantagem de não ter a tecnologia e a industrialização tão avançada, o que aumenta sua possibilidade de libertação. O tempo livre, também, seria maior em referidas sociedades. Já naquelas mais desenvolvidas, em que o capitalismo se encontra mais avançado, até o tempo livre é guiado pelo trabalho, pelas metas e valores impostos pela economia de mercado. A pessoa existe só uma parcela de tempo, durante os dias de trabalho, como um instrumento de desempenho alienado. Teoricamente, o resto do tempo está livre para si próprio. Mas, o tempo livre é ínfimo dentro da dinâmica do trabalho (MARCUSE, 1972a, p. 59).

O progresso, para além da horda primordial – isto é, a civilização –, pressupõe o sentimento de culpa, que introjeta nos indivíduos e, portanto, sustém as principais proibições, restrições e dilações na gratificação, das quais a civilização depende (MARCUSE, 1972a, p. 72). Assim, o momento do ócio, em que o ser humano pode dedicar-se ao prazer, é entendido pelo indivíduo como culpa. Marcuse inclusive discorre sobre a Igreja, afirmando que ela é uma instituição que incentiva a introjeção do sentimento de culpa nos indivíduos:

> Como é possível conceber uma auto-responsabilidade do homem diante da determinação completa da vontade humana? A responsabilidade humana deve ser salva: isso é exigido pela doutrina cristã do pecado e da culpa, do castigo e da salvação, mas é exigido também pelo sistema vigente da autoridade terrena que, como vimos, tanto para Lutero como para Calvino, está essencialmente relacionado ao mecanismo de culpa e castigo. (MARCUSE, 1972b, p. 77.)

Conforme já visto, a instituição da família também é afetada, já que a ideia de se casar ou ter filhos é guiada pelas necessidades impostas pelo sistema capitalista, deixando de ser espaço de desenvolvimento e construção de valores. A realidade da família burguesa, como todas as formas de vida no capitalismo, é condicionada pelo caráter da

economia de mercado; ela entra na contabilidade geral como um *bem*, com seus custos e gastos, lucro e mais-valia específicos. Os interesses econômicos são determinados na escolha do cônjuge e na geração e criação dos filhos. Da mesma forma que as funções fisiológicas, também os valores espirituais são relacionados necessariamente aos interesses econômicos (MARCUSE, 1972b, p. 146).

Ante esse cenário, como seria possível libertar o indivíduo das amarras do capitalismo? Primeiramente, a ideia de negatividade em Hegel é de relevância nos estudos desenvolvidos por Marcuse, para libertar o ser humano dessa situação de alienação. É importante destacar que o próprio Marcuse (1972b, p. 53) esclarece que, para Hegel, alienação é justamente a ideia de autoexternalização do ser, na busca de sua liberdade.

Apesar disso, Marcuse utiliza esse termo em outro sentido, qual seja, o de perda de construção da própria identidade humana. Superada esta questão conceitual, partindo da interpretação de Dória (1979, p. 169), a negatividade, num primeiro momento, relaciona-se com a perda, pelo mundo cotidiano, da sua solidez, a partir de reflexões e questionamentos que o sujeito estabelece acerca desse mundo. A negatividade continua a atuar no momento em que o ser humano rompe com a visão de dentro do mundo, abrindo-o a novas possibilidades, por meio da dialética sujeito e objeto. Escreveu Marcuse:

> A força da negação, como sabemos, não está hoje concentrada em classe alguma. Ela hoje ainda é uma oposição caótica e anárquica, política e moral, racional e instintiva: a recusa a participar e colaborar, o nojo diante da toda prosperidade, o impulso de protesto é uma oposição débil e não organizada. Mas, creio ela se baseia em impulsos e objetivos que se encontram em contradição irreconciliável com o todo existente. (MARCUSE, 1972b, p. 165)

Em *Eros e civilização,* Marcuse também desenvolve soluções para que o indivíduo, enfim, alcance a felicidade: a substituição do labor pela atividade lúdica, a conquista do tempo e a autossublimação da razão. Tais propostas, que poderiam ser sintetizadas no conceito de Grande Recusa, seriam capazes de resgatar os direitos e liberdades do sujeito, perdidos em meio ao capitalismo. Para Marcuse (1973, p. 23), os direitos e liberdades que foram fatores vitais nas origens e fases iniciais da sociedade industrial renderam-se a seu sentido lógico e conteúdo tradicional. Liberdade de pensamento, liberdade de palavra e liberdade de consciência foram ideias essencialmente críticas destinadas a substituir uma cultura material e intelectual obsoleta por outra mais produtiva e racional. Uma vez institucionalizados, esses direitos e liberdades compartilharam o destino da sociedade da qual se haviam tornado parte integral.

O *jogar* do sujeito, para Marcuse, é justamente deixar que suas potencialidades estejam presentes. Deve-se entender que a libertação não é transcendente, *íntima* ou, meramente, uma liberdade intelectual, mas, uma liberdade na realidade. Marcuse (1972b, p. 167) entende que a realidade que *perde a sua seriedade* é a realidade inumana da carência e da necessidade, e perde a sua seriedade quando as carências e necessidades podem ser satisfeitas sem trabalho alienado. Então, o indivíduo está livre para *jogar*, tanto com suas próprias faculdades e potencialidades como as da natureza e, só *a jogar* com elas, torna-se livre.

Marcuse propõe uma reconciliação revolucionária entre a racionalidade técnica e as aspirações individuais à felicidade. Isso envolve uma reapropriação do

espaço privado, recusando-se as formas autoritárias de colonização da vida cotidiana (DELACAMPAGNE, 1997, p. 215).

A seguir, será visto como Theodor Adorno e Max Horkheimer desenvolveram algumas ideias trabalhadas por Marcuse e, ainda, tratou de outros institutos que marcavam a sua época.

4. THEODOR ADORNO, MAX HORKHEIMER E A MASSIFICAÇÃO DA SOCIEDADE

Theodor Adorno nasceu em 1903 na Alemanha e faleceu em 1969. Doutorou-se na Universidade de Frankfurt, sua cidade natal, e em seguida passou um período em Viena, estudando música. O referido pensador é central para o desenvolvimento do presente ensaio, já que ele é um dos principais expoentes da Escola de Frankfurt, ao lado de Max Horkheimer.

Para Adorno, ao se analisar as estruturas e práticas sociais é necessária a adoção de uma dialética negativa, no sentido de que a história universal deve construir-se e negar-se. O domínio da natureza tornou o ser humano alienado e reificado, de modo que o progresso e a emancipação são, na realidade, escravização (MORA, 1988, p. 62). A dialética negativa exclui toda conceitualização definitiva e tem em conta o movimento incessante do pensamento (MORA, 1988, p. 63).

Serão analisados alguns conceitos adornianos, tais como a indústria cultural e a sociedade de massa. A expressão *indústria cultural* (*Kulturindustrie*), para Adorno, diz respeito, num primeiro momento, à submissão das obras de arte ao capitalismo, as quais se tornam também produtos supérfluos e com isso contribuem para a massificação dos indivíduos. A ideia de indústria cultural aplicada às obras de arte é uma ocorrência em vários autores da Teoria Crítica, principalmente em Benjamin. Para além do estudo da submissão das obras de arte aos padrões capitalistas, a Teoria Crítica amplia seu objeto e se debruça também sobre os efeitos do capital sobre os indivíduos.

O trabalho analisará o ensaio adorniano chamado *Crítica cultural e sociedade*, assim como as obras *Minima moralia: reflexões a partir da vida lesada* e *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*, esta última em coautoria com Max Horkheimer e que representa um grande legado deixado pela Teoria Crítica.

Adorno e outros pensadores da Teoria Crítica como, por exemplo, Benjamin, partem do pressuposto de que a arte é a maneira de expressão livre do ser humano, e estaria apta a estabelecer processos críticos e em sentido contrário ao sistema em que está inserida. Mas, na dinâmica capitalista a arte perde seu caráter de denúncia e se converte num instrumento para o capitalismo.

Ao tratar da arte, Adorno afirma que esta deixou de representar a recusa à realidade, pretendendo aproximar-se dos indivíduos, numa dialética de ilusão. Essa ideia de recusa liga-se diretamente à atitude revolucionária tratada por Marcuse, quando afirma que somente a partir da Grande Recusa, os indivíduos poderão libertar-se dos padrões capitalistas.

Partindo disso, Adorno propõe o postulado da falsidade total, determinando que "[...] a mentira é o estado permanente da sociedade atual, representando a alienação

radical traduzida pelas relações com a totalidade. Tudo que emana daí só pode ser falso, jamais sendo o signo da verdade", conforme Marc Jimenez (1977, p. 88).

Essa ideia de uma sociedade calcada nas mentiras é recorrente em Adorno. Em sua obra *Minima moralia*, Adorno reúne aforismos acerca das instituições que existiam à sua época. Para ele, a imoralidade da mentira não consiste em ferir a verdade. Os indivíduos sentem-se incitados a viver numa farsa. Os sujeitos mentem a todo momento na sua convivência, pois a organização do mundo os obrigam a mentir se quiserem viver, os obrigam a permanecer adotando práticas de vida similares entre si, sem questionamentos (ADORNO, 2008, p. 26).

Ou seja, a indústria cultural cria mentiras e os indivíduos vivem guiados por tais concepções, reproduzindo aquilo que lhes é imposto, sem qualquer capacidade de crítica ou de questionamento. É a alienação. Nesse ponto, surge ainda a concepção de mundo administrado (*verwaltete Welt*), no sentido de um conluio de poderes que criam uma ideologia a guiar a vida dos indivíduos. Inclusive, para Axel Honneth o conceito de mundo administrado não é tratado apenas por Adorno, mas permeia os estudos de Horkheimer e Marcuse (1999, p. 537).

A experiência de Adorno no Instituto de Pesquisas Sociais foi particularmente relevante na sua trajetória, já que ali se estabeleceu sua parceria com Max Horkheimer, com o qual escreveu uma das obras centrais da Teoria Crítica: *Dialética do esclarecimento*. Horkheimer aproximou-se de Adorno e disse-lhe, em dezembro de 1936, que apreciava particularmente o seu "[...] olhar aguçado pelo ódio àquilo que existe", ou seja, o seu espírito crítico, mas, não sistemático, a sua aptidão para descobrir a face oculta das coisas (DELACAMPAGNE, 1997, p. 175). A partir disso, começou a parceria entre os dois estudiosos, que culminou na *Dialética do esclarecimento*.

É fundamental a análise dessa obra, já que representa um marco no questionamento da razão instrumental, tão em voga no século XX. Adorno e Horkheimer propuseram-se a questionar o suposto esclarecimento, tão exaltado naquela época. Referidos autores descreveram o esclarecimento como uma tentativa de desencantamento do mundo, isto é, de colocar o indivíduo e a sua razão como senhores absolutos.

Por isso mesmo, o esclarecimento de que falam não é, como o Iluminismo, ou a Ilustração, um movimento filosófico ou uma época histórica determinada, mas o processo pelo qual, ao longo da história, os sujeitos se libertam das potências míticas da natureza, ou seja, o processo de racionalização que prossegue na filosofia e na ciência.

Adorno e Horkheimer afirmam que, na realidade, o esclarecimento provocou a perda da autoconsciência do ser humano. Na medida em que pretende dominar demasiadamente a natureza, ele se perde e corre o risco de cair na barbárie. O poder de conhecimento humano provoca a perda de rumo dos indivíduos e o esclarecimento torna-se autodestrutivo.

Adorno, em *Minima moralia*, afirma que a consciência individual se perde pela crença do indivíduo numa aparente liberdade que, na realidade, pretende eliminar a possibilidade da diferença. Para Adorno, o modelo do ato de troca passa a dominar todas as relações que circundam o ser humano. A consciência individual fica cada vez com menos espaço, passa a ser formada de antemão, de um modo cada vez mais radical,

cortando-lhe *a priori* a possibilidade da diferença, que se degrada em mera nuance no interior da homogeneidade da oferta. Simultaneamente, a aparência de liberdade é, na realidade, a própria não liberdade, incomparavelmente mais difícil do que antes. Esses momentos, em conjunto com a seleção social dos portadores do espírito, têm como resultado a regressão do espírito (ADORNO, 2008, p. 78).

As pessoas tornam-se massificadas, ou seja, quanto mais agir e desejar os mesmos ideais, a Humanidade será uniforme e o capitalismo permanecerá cada vez mais forte. Em *Dialética do esclarecimento* afirma-se que a ideia que o esclarecimento dissemina, de que o ser humano se tornou um eu todo-poderoso, capaz de dominar a natureza e sempre guiar-se pela razão, transformou-se numa concepção de vida que se justifica a partir da detenção de bens, de produtos, de consumo daquilo que a indústria cultural determina. O esclarecimento pretendeu fazer com que os pensamentos humanos se tornassem autônomos em face dos objetos. Mas, ao invés disso, o próprio conhecimento tornou-se uma mercadoria, a ser reproduzido como um produto.

Esse processo é desenvolvido, segundo Adorno e Horkheimer, a partir da sociedade industrial, já que as máquinas tornaram os humanos seus escravos, mesmo que a princípio parecesse que elas serviriam ao desenvolvimento da Humanidade. A ascensão da produtividade econômica torna os indivíduos impotentes e idiotizados pelo consumo.

> Tais autores estabelecem que o esclarecimento só se superará quando o princípio da dominação cega deixar de reinar. Para eles, o esclarecimento converte-se na total mistificação das massas. Criam-se mitos para que a sociedade acredite neles e os reproduza. Um destes mitos, por exemplo, é o casamento. A mulher tornou-se uma representação da impotência e ao mesmo tempo da sedução, sendo o casamento uma maneira de colocá-la sempre como ser submisso:
>
> A prostituta e a esposa são elementos complementares da auto-alienação da mulher no mundo patriarcal: a esposa deixa transparecer prazer com a ordem fixa da vida e da propriedade, enquanto a prostituta toma o que os direitos de posse da esposa deixam livre e, como sua secreta aliada, de novo o submete às relações de posse, vendendo o prazer. O casamento é um exemplo de primeiros mitos da civilização. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 75.)

Ainda sobre a mulher, Adorno e Horkheimer ressaltam mais uma vez a tentativa de uniformização de padrões à sua época impostas às mulheres, isto é, a construção individual de vida de cada uma destas era negada pela sociedade burguesa, sendo todas elas colocadas numa massa padronizada: "O homem dominador recusa à mulher a honra de individualizá-la" (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 106).

Adorno, em *Minima moralia*, trabalha a ideia de feminilidade, como um produto construído pelo sistema capitalista, que estipula as maneiras e trejeitos que a mulher feminina e dócil deve reproduzir. Ele afirma que a feminilidade reproduzida pelas mulheres é sempre exatamente aquilo que toda mulher é levada a impor a si com toda força – com força masculina. Ele usa a expressão "[...] as mulherzinhas são homenzinhos". Adorno afirma que as mulheres femininas usam e manipulam a sua feminilidade, a colocam em cena conforme a necessidade, fazem luzir os olhos, se servem do seu temperamento para saber o que vem a ser esse inconsciente protegido e não atingido pelo intelecto. Sendo assim, a glorificação do caráter feminino envolve a humilhação de todas as que o trazem (ADORNO, 2008, p. 91). Percebe-se, portanto, que Adorno, em

meados do século XX, já questionava as definições de gênero impostas pela sua sociedade, argumentando, conforme visto, que a própria divisão homem/mulher já era uma forma de padronizar e massificar os indivíduos.

Em *Dialética do esclarecimento* há também o questionamento dos meios de comunicação, como o rádio e o jornal, como portadores de um caráter manipulador da consciência dos indivíduos: "Os talentos já pertencem à indústria muito antes de serem apresentados por ela." (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 115). Ou seja, aquilo que é reproduzido pela indústria cultural teria sido cuidadosamente preparado para convencer e manipular o público. Desenvolvem-se *a priori* os gostos e preferências, para que em seguida os lançamentos correspondam àquilo que os indivíduos falsamente pensam que desejam receber como entretenimento. Os indivíduos, na realidade, são apenas consumidores reduzidos a números.

São fenômenos de uniformização dos meios técnicos, daquilo que é informado e reproduzido à população e, consequentemente, a própria população tende a uniformizar-se, a reconhecer-se sempre nos mesmos estilos. Trata-se de submissão cega e conformada, isto é, um processo de alienação, criando conceitos e sugerindo valores e comportamentos.

Neste cenário, a propaganda surge como aliada ao processo de massificação cultural. Adorno e Horkheimer usam como exemplo o fascismo, que muito se utilizou de tal ferramenta. O discurso utilizado pela propaganda fascista servia para dominar os sujeitos, cada vez mais cegos, determinando o seu modo de viver.

Além da propaganda, há também as associações e personalidades, como produtores de padrões a serem seguidos pelos indivíduos alienados. Neste sentido:

> As associações e as celebridades assumem as funções do ego e do superego, e as massas, despojadas até mesmo da aparência da personalidade, deixam-se modelar muito mais docilmente segundo os modelos e palavras de ordem dadas, do que os instintos pela censura interna. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 190.)

Adorno e Horkheimer afirmam que as capacidades cognitivas do ser humano são prejudicadas em meio ao consumo estético massificado pela indústria cultural. O indivíduo torna-se um ser genérico, guiado principalmente por objetivos ligados ao consumo e à sua vida econômica: "O distúrbio está na incapacidade de o sujeito discernir no material projetado entre o que provém dele e o que é alheio" (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 175).

Os autores denominam de *excessiva coerência paranóica* a busca dos indivíduos por adaptar-se a padrões estipulados por estruturas capitalistas. As pessoas começam a construir a sua realidade pela engrenagem da indústria cultural, não mais exercendo a dialética sujeito e realidade que os cercam (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 181).

É ainda de se analisar o estudo que Adorno realiza sobre o trabalho, como uma ferramenta de submissão coordenada pelo capitalismo, sendo inclusive o tempo de lazer guiado de acordo com o tempo de labor. Uma das formas de submissão do sujeito ao capitalismo de modo alienado acontece também quando este não questiona a exploração que ocorre diariamente no ambiente de trabalho, bem como nos excessos e nas formas de diversão, preestabelecidas, "[...] o tempo livre é acorrentado ao seu oposto" (ADORNO, 1985, p. 103).

É bastante interessante o questionamento que Adorno realiza sobre o tempo livre. Para ele, a sensação de liberdade no período em que os sujeitos não estão trabalhando é, na realidade, o exercício de uma não liberdade, pois as formas trazidas pela diversão e pelo entretenimento têm ligação com a produção, pretendendo continuar a desenvolver na consciência humana a necessidade de trabalhar incessantemente. É o que Adorno denomina como *pseudoatividades*:

> Preferem deixar-se desviar para atividades aparentes, ilusórias, para satisfações compensatórias institucionalizadas, a tomar consciência de quão obstruída está hoje tal possibilidade. Pseudoatividades são ficções e paródias daquela produtividade que a sociedade, por um lado, reclama incessantemente e, por outro lado, refreia e não quer muito nos indivíduos. Tempo livre produtivo só seria possível para pessoas emancipadas, não para aquelas que, sob a heteronomia, tornaram-se heterônomas também para si próprias. (ADORNO, 1985, p. 113.)

Isto é, a ideia do ócio, do tempo livre efetivamente nos moldes que o próprio indivíduo quiser, só seria possível para aqueles indivíduos libertos dos padrões e, portanto, que não exercem a heteronomia também para si próprios. Não seria isso o que ocorre na sociedade atual? As formas de diversão que existem atualmente se ancoram na lógica do consumo e da vida acelerada pelo trabalho. Práticas cotidianas de alguns jovens como fazer compras no *shopping*, enfrentar longas filas nos restaurantes, conviver com o trânsito, frequentar ambientes que usualmente tocam músicas altas, potentes e que se relacionam diretamente ao consumo excessivo de bebidas e, em alguns casos, de drogas, caracterizam um perfil "moderno", "ligado":

> O ritmo frenético da música tecno só não é mais intenso do que as passadas largas e demarcadas nas esteiras elétricas. Eles são jovens e não se contentam mais em praticar aquele tipo de exercício físico compassado, cujo aprendizado da melhor forma de se sentir a respiração era tão importante quanto o gradativo processo de tonificação dos músculos. Nas atuais bicicletas ergométricas das academias de musculação impressionam os gritos da instrutora da aula de *spinning* que, para ser ouvida pelos alunos, compete com a altura do ruído musical, cuja repetição incessante da mesma batida passa a impressão de que a vida só pode ser devidamente usufruída por meio de um outro ritmo: o da exaustão. [...] São estes mesmos jovens que, após a aula, vestem as camisas com as propagandas do curso de inglês realizado em Cambridge, da visita à Disney feita no verão passado, do rosto de Che Guevara ou da defesa do meio ambiente. É a posse de logotipos que está em jogo, ou seja, numa sociedade na qual tanto as coisas quanto as pessoas se tornam cada vez mais substituíveis, faz-se necessário a demarcação de algum tipo de ícone que possibilite o reconhecimento imediato daquele que o porta, que deixe algum vestígio. [...] O que verdadeiramente importa é possibilidade do portador da imagem de determinado ícone ser diferenciado dos demais que não o possuem. É como se ele dissesse para si e para os outros: esse aqui sou eu, esta é a minha identidade! (ZUIN, 2003, p. 40.)

Adorno denomina *peste* do século XX: a pressa, o nervosismo e a instabilidade. Para ele, as grandes cidades desenvolvem a pressa, nervosismo e instabilidade e isso passa a expandir-se de modo epidêmico, como outrora a peste e a cólera. Todos têm que se dedicar a algo o tempo todo. O tempo livre exige ser gasto até o fim. Ele é planejado como empreendimento, preenchido com visitas a todos os eventos possíveis ou pelo menos com mudanças em velocidade máxima. A vida como um todo deve assemelhar-se à profissão e esconder sob tal semelhança aquilo que ainda não está dedicado de

imediato ao ganho. Fazer coisas e ir a lugares é uma tentativa do aparato sensitivo de criar uma espécie de limiar de proteção contra a ameaçadora coletivização. Os indivíduos se adestram como membros da massa, precisamente nas horas aparentemente deixadas à liberdade. O tédio do qual as pessoas fogem somente reflete o processo de fuga no qual há muito estão envolvidas. É só por isso que se mantêm em vida e inflam cada vez mais o monstruoso aparato de entretenimento, sem que uma só pessoa tire divertimento disso (ADORNO, 2008, p. 136).

Para Adorno (2008, p. 133), a indústria cultural e os valores capitalistas refletem-se nas mais variadas esferas de comportamento dos indivíduos. Até a linguagem se torna alienada, já que ela perdeu, na massificação da sociedade, sua espontaneidade.

As escolas, afirma Adorno, adestram as pessoas na fala, mas os escolarizados tornam-se cada dia mais mudos. As pessoas são capazes de fazer conferências, cada sentença pode ser dita no microfone perante o qual eles são colocados como representantes da média, mas a capacidade de falarem uns aos outros se sufoca, os indivíduos isolam-se. A descontração e a objetividade na exposição de fenômenos desaparecem mesmo no círculo mais íntimo, da mesma forma como na política há muito o debate foi substituído pela palavra de ordem. Os afetos, que na conversa humanamente digna diziam respeito ao conteúdo, aferram-se ao puro ter-se razão, alheios a toda relevância do que se diz.

Adorno inclusive defende que a palavra *relação* está intimamente ligada ao mercado, no sentido de que as relações privadas são tomadas por ele, não fazendo mais sentido a construção de uma individualidade que não tenha como objetivo algo relacionado à acumulação de riqueza. A construção de objetivos pessoais, não relacionados ao consumo coletivo, não merece prosperar:

> O conceito de relação, uma categoria de intermediação e circulação, jamais se deu tão bem na própria esfera da circulação, no mercado, como em hierarquias fechadas, de tipo monopolar. [...] Antes, quando ainda havia algo como a difamada e já quase saudosa separação burguesa entre profissão e vida privada, seria visto com desconfiança, como um intruso sem maneiras, quem perseguisse metas na vida privada. Hoje é visto como arrogante, estranho e impertinente aquele que se envolve em coisas privadas sem exibir orientação para uma meta. (ADORNO, 2008, p. 19.)

Percebe-se, portanto, que até a definição de metas e sonhos individuais passam a orientar-se pela indústria cultural, a partir dos mitos por ela criados –por exemplo, o casamento. Adorno estabelece que é denominado de *quase suspeito* aquele sujeito que não preestabelece objetivos corriqueiramente usados pelos membros da sociedade, ou seja, aquele indivíduo que ainda não se submeteu ao sistema de metas imposto pelo capitalismo.

A partir dos aforismos de *Minima moralia*, Adorno desacredita da maioria das instituições que circundavam o espaço humano: o casamento, a propriedade privada. Tudo estava corrompido pelo capitalismo, tudo estava eivado de mentira, todos aqueles que pensavam viver plenamente, de acordo com seus objetivos, só estavam tornando-se cada vez mais alienados. Mas, assim como a linguagem, o pensamento também perdeu sua espontaneidade.

A partir de todas as influências do capitalismo trazidas na obra de Adorno, o que mais interessa é o reflexo que elas ocasionam ao pensamento humano. Adorno (2008,

p. 121) entende que fora roubado do pensamento seu componente espontâneo. Ele se reduz a disposições substituíveis, permutáveis. Da mesma forma como se decide na economia bélica sobre prioridades na distribuição de matérias-primas ou na fabricação deste ou daquele tipo de arma, assim se infiltra na construção de teorias uma hierarquia de importâncias, com primazia para os temas especialmente atuais ou especialmente relevantes e com a postergação ou a indulgente tolerância do não fundamental, que apenas é admitido como ornamento dos fatos básicos.

Em *Minima moralia*, Adorno chega a afirmar que os indivíduos aptos a promoverem o desprendimento dos valores capitalistas já estariam alienados:

> Devemos nossa vida à diferença entre armação econômica do industrialismo tardio e a fachada política. Para a crítica teórica a diferença é insignificante: em todo lugar pode-se expor o caráter fictício da suposta opinião pública e o primado da economia nas decisões efetivas. Para inumeráveis indivíduos, no entanto, a casca fina e efêmera constitui o fundamento da própria existência. Precisamente aqueles dos quais depende a mudança, o unicamente essencial, devem sua existência ao não essencial, à aparência, àquilo mesmo que na medida das grandes leis históricas de desenvolvimento pode ocorrer como mero acaso. Não será por isso afetada toda a construção de essência e aparência? Com efeito, se confrontado com o conceito, o individual tornou-se tão irrelevante quanto o antecipava a filosofia de Hegel; da perspectiva da individualidade, entretanto, a contingência absoluta, o mero manter-se em vida como que anormal é ele próprio o essencial. (ADORNO, 2008, p. 109)

Ou seja, inclusive os sujeitos que poderiam modificar o cenário de alienação, também estariam valorizando a aparência em detrimento da essência.

5. CONCLUSÃO

Há estudiosos que interpretam as obras dos autores da Teoria Crítica neste ensaio analisados como eivadas de certo pessimismo. Não há dúvidas de que referidos membros da Escola de Frankfurt trazem em seu discurso críticas a todas as esferas que circundavam a vida humana da sua época. Mas, em que pesem trechos como esse e interpretações nesse sentido, entende-se que a *Dialética do esclarecimento* traz, em seu adendo, uma menção expressa a um possível resgate dos indivíduos a partir da sua construção individual de autonomia.

Adorno e Horkerheimer afirmam que é na autonomia e na incomparabilidade do indivíduo que se cristaliza a resistência contra o poder opressor do todo irracional. Por isso, os traços radicalmente individuais e irredutíveis de uma pessoa são sempre duas coisas numa só: o que não foi totalmente capturado pelo sistema dominante e sobrevive para sorte das pessoas e as marcas da mutilação que o sistema inflige a seus membros (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 225).

Assim, haveria a possibilidade de o indivíduo preservar sua autonomia de pensamento, resistindo aos padrões colocados. Também se deve destacar que, de modo geral para os pensadores da Teoria Crítica, a ideia de rompimento é latente, já que se pretende denunciar a sociedade industrial, com suas estruturas de alienação dominantes, propondo-se uma nova maneira de se enxergar o mundo a partir do rompimento, da mudança, da quebra dos paradigmas.

Adorno propõe que o indivíduo, vigilante, faça valer as suas exigências, somado a uma concepção estética da vida. Para Adorno, o filósofo deve fazer-se artista, enxergar a proximidade entre conceito e intuição, verdade e loucura (DELACAMPAGNE, 1997, p. 182).

Conforme já dito, a intenção do presente ensaio é estudar a Teoria Crítica para reinterpretar suas críticas à sociedade do século XX, com base na sociedade atual. É latente a ligação dos estudos de Adorno e também dos outros autores aqui analisados com a reflexão sobre autonomia dos indivíduos, inclusive no que se refere à sua relação com o próprio corpo, inclusive envolvendo a patrimonialização do corpo da mulher.

A partir dessa constatação, verifica-se a necessidade, nos nossos tempos, de se prezar pelo resgate da autonomia individual, já que muitas das características negativas descritas pela Teoria Crítica também são vislumbradas atualmente. Para tanto, as discussões filosófico-sociológicas devem chegar às pessoas, devem integrar campanhas de conscientização e círculos de debate, para que o capitalismo não seja simplesmente consumido e vivenciado sem questionamentos, mas sim sempre refletido e filtrado pela população. A liberdade está diretamente ligada com a independência do Homem na construção da sua identidade, o que só é possível se este estiver plenamente dotado de sua autonomia para viver e ser de sua forma única e insubstituível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. **Minima moralia:** reflexões a partir da vida lesada. Tradução: Gabriel Cohn. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2008.

____; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BENJAMIN, Walter. A obra de arte na era de sua reprodutibilidade técnica. In: ____. **Magia e técnica, arte e política:** ensaios sobre literatura e história da cultura. 1.ª versão.. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio: Jeanne Marie Gagnebin. 8. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012a. (Obras Escolhidas v. 1)

____. Experiência e Pobreza. In: ____. **Magia e técnica, arte e política:** ensaios sobre literatura e história da cultura. Tradução: Sérgio Paulo Rouanet. Prefácio: Jeanne Marie Gagnebin. 8. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012b. (Obras Escolhidas. v. 1)

____. **Passagens.** BOLLE, Willi. (Org.). Belo Horizonte: UFMG; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2006.

____. Rua de mão única. In: ____. **Rua de mão única**. Tradução: Rubens Rodrigues Torres Filho e José Carlos Martins Barbosa. Revisão técnica Márcio Seligmann Silva. 6. ed. rev. São Paulo: Brasiliense, 2012c. (Obras Escolhidas, v. 2).

DELACAMPAGNE, Christian, **História da filosofia no século XX**. Tradução: Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

DÓRIA, Francisco Antônio. **Marcuse:** vida e obra. 2. ed. Rio de Janeiro: José Álvaro; Paz e Terra, 1974.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs). **Teoria Social Hoje**. Tradução: Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: UNESP, 1999.

HORKHEIMER, Max. **Teoria crítica:** uma documentação. Tradução Hilde Cohn. São Paulo: Perspectiva, 2012. Tomo I.

____. Teoria Crítica e Teoria Tradicional. In: **Textos Escolhidos:** Walter Benjamin, Max Horkheimer, Theodor W. Adorno, Jürgen Habermas. Tradução: José Lino Grünnewald et al. São Paulo: Abril Cultural, 1980. (Coleção Os Pensadores).

JIMENEZ, Marc. **Para ler Adorno**. Tradução: Roberto Ventura. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

KOTHE, Flávio. **Para ler Benjamin**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial.** Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

____. **Eros e civilização:** uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 5. ed. Tradução Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Zahar, 1972a.

____. Novas fontes para a fundamentação do materialismo histórico. In: ____. **Ideias sobre uma teoria crítica da sociedade.** Rio de Janeiro: Zahar, 1972b.

MERQUIOR, Guilherme. **Arte e sociedade em Marcuse, Adorno e Benjamin**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1969.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofía**. 6. reimp. Barcelona: Alianza, 1988. v. 1.

NICOLAS, André. **Marcuse ou a busca de um universo transprometeico.** Tradução: Franco de Sousa. Lisboa: Estúdios Cor, 1971. Tradução de: Herbert Marcuse ou la quête d'un univers trans-prométhéen.

ZUIN, Antônio Álvaro Soares. O corpo como publicidade ambulante. **Revista Perspectiva,** Florianópolis, v. 21, n. 1, pp. 39-53, jan.-jun. 2003.

RECEBIDO EM: 01/02/2017
APROVADO EM: 04/05/2017

A HISTORICIDADE DA GREVE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE HISTORICAL PATH OF STRIKE IN BRAZILIAN LAW

Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima[1]

RESUMO: O presente artigo discute a problemática do direito de greve sob sua perspectiva histórica, apontando os momentos de afirmação, proteção, indiferença e negação legal no ordenamento jurídico brasileiro. Evidenciamos a referida temática a partir de uma análise bibliográfica e documental da legislação e da doutrina especializadas, examinando seu longo e conflitivo processo de aceitação social, afirmação política e proteção jurídica. Para tanto, colocamos em relevo as conjunturas normativas da greve e destacando, em seu contexto internacional, a periodização em três ou quatro etapas: a fase da imputação criminal, da aceitação por liberdade, da indiferença tolerada e do marco de constitucionalidade. Dimensionamos a relevância da temática proposta na medida em que constatamos diferentes abordagens da greve pelos ordenamentos jurídicos ocidentais. Nessa discussão, ressaltamos, em linhas gerais, a construção histórica do direito à greve, de suas manifestações iniciais à incorporação jurídica pelos Estados de Direito, frisando a pertinência desse legítimo mecanismo de ação política, acentuando a greve como instrumento de autotutela e de pressão econômica e política, com vistas à consecução de direitos e melhorias na relação laboral.

PALAVRAS-CHAVE: Greve; Processo histórico; Periodização; Legislação; Fases normativas.

ABSTRACT: This article discusses the issue of the right to strike by a historical perspective, revealing moments of affirmation, protection, indifference and legal disclaimer in the Brazilian legal system. This theme is analyzed from a bibliographical and documentary research of the legislation and specialized doctrine, examining the long and conflictive process of social acceptance, political statement and legal protection. Therefore, we put in relief the normative framework of the strike, highlighting, in its international context, the periodization in three or four stages: the stage of criminal imputation, the acceptance as a freedom act, the tolerated indifference and as a constitutional guarantee. We dimension the relevance of the proposed theme by the different treatments of the strike in Western legal systems. In this discussion, we emphasize the historical construction of the right to strike, through its initial social manifestations until the legal incorporation by the Rule of Law statements, stressing the relevance of this legitimate political act, accentuating

[1] Doutoranda em Direito Público e Mestre em Direito Laboral pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT 13) e em Processo Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada. *E-mail:* «advcamilarodrigues@hotmail.com».

the strike as self-regard instrument that contents economic and political pressure, in order to achieve rights and improvements in the work relations.

KEYWORDS: Strike; Historical path; Periodization; Legislation; Normative phases.

INTRODUÇÃO

Com este artigo propomos realizar uma análise da historicidade da greve no contexto jurídico brasileiro. Para sua construção procedemos a leitura desse instituto enquanto instrumento fundamental para o trabalhador, na medida em que se assume como ação de embate e de resistência às pressões patronais, propiciando alavancar a cartilha de direitos e garantias na relação trabalhista.

Tratamos o movimento grevista enquanto fenômeno histórico, social, político, cultural e jurídico, sugestionado pelas desiguais relações que regem o capitalismo e que colocam em permanente colisão os interesses antagônicos do trabalhador e do patronato, evidenciando o embate de classes sociais distintas.

Nesta análise, sumariamos a construção dessa prática concertada e sua recepção pelos diplomas jurídicos ocidentais. Para tanto, e por meio de uma análise histórica, documental e doutrinária, apontaremos as primeiras constatações da noção de parede laboral, para, depois, periodizá-la, evidenciando a sistematização da greve em afirmação sociojurídica.

1. A AURORA DO MOVIMENTO GREVISTA: SUA GÊNESE FACTUAL E SOCIOLÓGICA

Consoante mencionado, abordamos, neste item, a emergência da greve, suas embrionárias concepções enquanto movimento de resistência e de luta, destacando o direcionamento jurídico gradualmente impresso a essa ação conflituosa.

Como registro embrionário da concepção de greve na história antiga, a literatura mantém-se dissonante, ora apontando como possível atribuição a fuga dos hebreus,[2] as ações dos escravos egípcios[3] e babilônicos (RAPASSI, 2005), a plebe romana ou os fenícios, decorrentes das condições sociais e políticas da antiguidade e do feudalismo da era medieval, em que "registram-se agrupamentos clandestinos contra as corporações de ofício na Franca, na Alemanha e na Itália, os quais deram origem à legislação proibitiva" (MONTEIRO DE BARROS, 2013, p. 1030).

No contexto internacional, uma visão mais consensual sobre a historicidade da greve identifica como primeiros indícios os manifestos realizados por escravos egípcios, que hostilizavam (VIANNA, 1986) o tratamento desumano adotado pelos soberanos, com o emprego da força nos movimentos realizados à época; violência, essa, contestada como fator principal (aliado a ausência de liberdade e de trabalho assalariado) de óbice do enquadramento desses manifestos aos parâmetros modernos da greve jurídica.

---

2 Já Duarte Neto (1992) considera essa comparação doutrinária como absurda e inconcebível.

3 Cernov (2011, p. 13) narra os movimentos egípcios como possível primeira identificação da noção de greve.

Nessa senda, há quem conceba como primeira ocorrência da greve a fuga dos hebreus do Egito ou que a "gênese desse fenômeno se encontra em movimento de paralisação realizado por operários egípcios que trabalhavam no Templo de Mut (2100 a. C.), em Tebas".[4] Ainda, outra suposição doutrinária que identifica noções grevistas na história antiga remete ao "império romano, com a rebelião de Spartacus e, posteriormente, nos serviços públicos e essenciais entre os operários fabricantes de moedas, tendo sido objeto de sérias repressões legais" (FREDIANI, 2001, p. 19).

Assim, entre as teorias levantadas, as referidas remissões são observadas como juridicamente inapropriadas pela doutrina (MELO, 2009), em face da ausência dos principais atributos de legalidade da greve, nomeadamente do conceito de trabalho, ante a ausência de do trabalho livre, protegido e assalariado (LIRA, 2009).

No entanto, esses episódios históricos são apontados como precedentes históricos da greve, em termos sociológicos, apesar de efêmera sua nuance enquanto reivindicação, por terem operado em prol da sedimentação do senso moderno de greve, "porque decorreram da manifestação natural dos trabalhadores, como forma de proteção de seus interesses corporativos" (MELO, op. cit., p. 20).

Por essa perspectiva doutrinária, a comparação da greve aos embates realizados nesse cenário social e sob essa circunstância histórica é distinta da percepção contemporânea (MELO, op. cit.), pois aquele contexto prescindia de relações baseadas no trabalho protegido e livre que introduz direitos laborais básicos, como jornada de trabalho regulamentada, definição da idade mínima, organização política, liberdade de trabalho, etc. Inclusive, "a história da greve está estreitamente ligada à do sindicato, embora iniciada antes, com a coalizão" (MARTINS CATHARINO, 1997, p. 227).

É, por isso, admissível enquanto referência unicamente para fins ilustrativos e didáticos, mas não concebida como a gênese jurídica da greve. Contudo, podemos constatar que esses movimentos já traziam a presença da noção objeto da parede – paralisação do labor com o fim de reivindicação (LIMA, 2014).

A reivindicação fidelizada à parede, que persegue melhorias nas condições laborais, é apenas apontada doutrinariamente com o deslocar dos ambientes de trabalho e das atividades antes exercidas artesanalmente para as indústrias, sobremodo nos setores minerador e têxtil. Desse processo histórico emanaram novas relações sociais, alicerçadas no trabalho assalariado concentrado nas unidades fabris, provocando a migração do campo para o meio urbano.

Assim, embora alguns estudiosos situem o *lócus* (embrionário) do movimento grevista – reivindicação por meio de sustação da atividade laboral – em formações sociais que antecedem a modernidade capitalista, sob o viés jurídico, seu marco histórico remete efetivamente aos contextos da Revolução Industrial e da Revolução Francesa5, que concorreram para fomentar o espírito político da classe trabalhadora.

---

4 Monteiro de Barros (2013, p. 1029-1030) ambienta essa discussão à hipótese de que esse cenário hostil e de submissão comportou alguns dos principais fatores percebidos no contexto atual da greve: supressão e privação de aspectos vitais ao trabalhador, ambiente degradante, carga horária excessiva e reivindicação por melhorias.

5 Nascimento (1982 apud LIRA, 2009, pp. 26-27) informa a Revolução Francesa como marco histórico que "determinou o fim do sistema econômico das corporações de ofício, entre outros motivos, pela valorização da liberdade individual", alicerçando as preambulares noções propagadas e perpetuadas pela greve.

Por conseguinte, são com as contribuições advindas das Revoluções Francesa e Industrial[6] que a consciência de classe emerge e impulsiona a reivindicação laboral por meio da greve, contrapondo-se a um cenário de "condições ambientais cada vez mais aviltantes" (FREDIANI, 2001, p. 20), marcado pela exploração do trabalho pelo capital.

Esse cenário produziu distintas condições e expressões da vida social como, por exemplo, a expansão do assalariamento como forma de sobrevivência, as reações dos trabalhadores perante o trabalho exaustivo, as primeiras iniciativas de regulamentação do trabalho, emergindo parâmetros que deram base ao instituto jurídico contemporâneo da greve. Em conjunto, embora construído em espaços e temporalidades diversos, contém medidas que remetem às situações de riscos a que ficaram sujeitos os trabalhadores e às suas lutas por melhores condições de trabalho e de vida, mediante protestos e paralisações (LIMA, 2013).

Desse modo, a gênese jurídica da greve é atribuída aos movimentos coletivos desencadeados pela forma como o trabalho foi organizado a partir e decorrente da Revolução Industrial e Francesa (MONTEIRO DE BARROS, 2013, p. 1030) – enquanto marco inicial do liberalismo econômico, fazendo despertar a compreensão do fenômeno sindical moderno. Contextualiza-se, assim, a greve enquanto expressão da luta laboral, matizada pela deflagração concertada da paralisação das atividades como pressão contra o empregador, em face de negociações fracassadas.

2. A RAIZ ETIMOLÓGICA DO TERMO GREVE

Originalmente, o termo *greve* nomeia os episódios de protestos encenados na antiga7 *Place de Grève*, situada às margens do rio Sena, local, então, de forte movimentação social e política dos operários, frequentemente utilizada pelos trabalhadores para reverberarem suas insatisfações laborais. Nesse local de *inquietação* política, os trabalhadores reuniam-se tanto para deliberar sobre medidas coletivas de resistência quanto para conseguir propostas de emprego (LIRA, 2009; FREDIANI, 2001).

O vocábulo *gràve*, por sua vez, que veio a conceber o termo greve enquanto movimento paredista, tem origem morfológica atribuída a pedregulhos, cascalhos, seixos, praia de areia (MARTINS CATHARINO, 1997) e gravetos trazidos à *Place de Grève* com as inundações do rio Sena, durante a época de enchentes. Atualmente, a definição de greve assume uma gama de sentidos com sua tradução a distintos idiomas, permitindo interpretações diversas, de acordo com o contexto social de cada formação nacional. Sendo assim, apesar de a conotação da greve ser universal, destacamos que o sentido etimológico do termo empregado ao referido instituto varia de acordo com cada idioma, com a cultura linguística e social concernentes.

---

6 Duarte Neto (1992, pp. 25-26) reforça que "faltava a consciência de classe, surgida a partir da Revolução Francesa, e somente com a massificação do proletariado, a partir da Revolução Industrial, a greve pôde ser tida como um meio de reivindicação utilizado pelo operariado". Assim, ao passo em que "a Revolução Francesa propiciou o elemento filosófico, enquanto a Revolução Industrial propiciou o elemento material ensejador do nascimento do genuíno movimento paredista", nomeadamente, a *consciência de classe* (solidariedade e coletividade).

7 Localizada em Paris, na França, mas hoje designada de Place de l'Hôtel-de-Ville.

As expressões inglesas *strike* e *walkout* imprimem a noção de colisão, impacto ou choque ao movimento paredista (LIRA, op. cit.). Em espanhol, é designada por *huelga* e *paro* que transmite a noção de pausa, ócio e paralisação. *Sciopero* é o verbete italiano que emprega noção de revolta, luta ou embate. E, em alemão, *streik* seria a expressão para contenda, manifesto, demanda (FREDIANI, 2001).

A moderna concepção da greve, por sua vez, serve para designar um fenômeno revolucionário (LIRA, op. cit.), sendo observada a presença de três ou quatro[8] etapas de sua inserção nos ordenamentos legais. No entanto, essas etapas não são apreciadas por todos os diplomas jurídicos, por não denotarem um panorama taxativo, mas experimentadas de acordo com a própria dinâmica social e sistematização político-jurídica dos estados (LIMA, 2013), conforme analisaremos a seguir.

3. A CONSOLIDAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO DE GREVE

Conforme indicado, enquanto recorte histórico específico do instituto da greve nos Estados de Direito ocidentais, periodizamo-lo neste estudo sob a perspectiva do direito laboral brasileiro, comunicando os termos de sua origem, inserção e abordagem nesse campo jurídico, de modo a produzir um painel panorâmico desse processo histórico e dos conteúdos normativos acumulados.

Com base na análise histórica, podemos constatar (inicialmente) o desenvolvimento de diferentes processos de reconhecimento, aceitação e regulamentação da greve, sendo tais construções vislumbradas pela doutrina como vivenciadas em três ou quatro (PORTO, 2008; PAIXÃO, 2007; SOUSA JÚNIOR, 2007) etapas: a fase da criminalização grevista, a parede enquanto liberdade, o movimento tolerado e como preceito constitucionalmente balizado.

Apesar de a clássica divisão de Calamandrei informar a existência de apenas três fases de vivência e inserção da greve no campo jurídico, descritas como greve-delito, greve-liberdade e greve-direito, havendo, inclusive, registro na doutrina de concepção da greve-tolerância e da greve-liberdade como sinônimas (FERNANDES, 2008), apesar de sua complexidade factual, não podemos concordar com esse posicionamento, pelo que trazemos à discussão a possibilidade de atualização dessa divisão doutrinária para adicionarmos a quarta etapa vislumbrada por Porto (2008).

Essas etapas, contudo, não são vistas pela doutrina como um desencadear gradual e irrefutavelmente absoluto (LIRA, op. cit.), pois muitos estados experimentaram sequências diversas, com a constatação não progressiva de retrocessos, intransigências, indiferenças e avanços, visto que determinadas forças sociais conseguiram imprimir, em seus espaços nacionais, maior ou menor repressão à construção jurídica desse movimento (LIMA, op. cit.).

A primeira etapa anotada se refere à greve-delito, usualmente vivenciada como a primeira fase do afrontamento da parede pelo ordenamento jurídico, tipificando-a

[8] Há registro de alguma doutrina que vislumbra, para além das três fases pacificamente aceitas, a presença de uma quarta: a greve tolerada (PORTO, 2008).

criminalmente[9] e sancionando seus manifestantes, sendo severamente reprimida pela ação estatal, com apoio da sociedade; prática reproduzida pelos sistemas jurídicos ocidentais.

São apontadas como prováveis primeiras legislações anti-greves as Ordenanças francesas, produzidas entre 1355 e 1466, que determinavam a dissolução de confrarias de trabalhadores. Em especial, a Ordenança de *Villers-Cotterets*, expedida em 1508, por Luís XII, decretando a proibição na formação de congregações, assembleias e pactuações laborais (VIANNA, 1986).

Entre os episódios considerados precedentes de contenção criminal à greve, inúmeras ações paredistas eclodiram pela Europa (destarte a repulsa delitiva), pelo que destacamos a violenta resposta policial alemã, na cidade de Colônia, em 1371, que resultou na condenação à pena de morte por enforcamento de 32 grevistas (VIANNA, 1986).

Fazemos referência, também, às impressões legislativas do Reino Unido de repressão criminal à greve, destacando o Ato do Parlamento britânico, em 1349, que vetava *coalizões* laborais organizadas com o fim de discutirem a remuneração; vindo a ser posteriormente editadas legislações *especiais* (em 1428, 1514, 1548 e 1727) que consideravam os manifestantes como traidores, puníveis com pena de suplício (mutilações) ou de morte.

Nesses termos, Vianna (1986, p. 13) narra ato legislativo britânico contemporâneo à Revolução Francesa, editado em 1779, que versava sobre esta providência legal anti-greve (*Combinations Acts*) como uma "medida absolutamente necessária para prevenir as exigências ruinosas dos operários que, se não forem reprimidas, destruirão completamente a indústria, as manufaturas, o comércio e a agricultura da nação", anunciando a impressão criminalizadora impingida à greve e à coalizão,[10] característica da época.

Mencionamos, como medida francesa, a *Loi le Chapelier* (de 14 de junho 1791)[11] e o *Code Pénal*, de 1810 (FERNANDES, 2008), que tipificaram como crime a parede laboral, estabelecendo sanção tanto para os manifestantes quanto para quem os viessem a conceder-lhes emprego; apenas contornando essa situação de criminalização da greve com a promulgação da lei de 25 de maio de 1864, durante o império napoleônico (FREDIANI, 2001), voltando a ser novamente *interditada* em 1941, juntamente com o locaute, pela *Charte de Travail* (DUARTE NETO, 1992, p. 40).

Em se tratando do entendimento italiano nessa esfera, a greve permaneceu criminalizada até a elaboração do *Codice Zanardelli*, em 1889, quando transportou-a da seara da ilicitude para o reconhecimento de sua legalidade, desde que não empregada com

---

9 Encaminhamento legal esse apontado por Frediani (2001, p. 21) como precedente da descoberta da força política dos trabalhadores, pelo que informa que "um fato se revelou verdadeiro, a partir do momento em que os empregadores se aperceberam da força, capacidade e poder de luta que os movimentos coletivos de trabalhadores poderiam atingir, as coalizões passaram a ser proibidas" e reprimidas criminalmente.

10 Comumente associada à imagem de greve, mas que constitui no "agrupamento ou reunião de pessoas [...] com o fito de alcançar a tutela ou defesa de interesses convergentes" (AMORIM & SOUZA, 2004, p. 19).

11 Remete Vianna (1986) a elaboração dessa lei como resposta da Assembleia Constituinte às pressões de empresas que padeciam com os efeitos energéticos de uma grande greve instalada em Paris à época. Essa legislação é examinada como a primeira norma jurídica proibitiva da greve (DUARTE Neto, 1992).

violência (MONTEIRO DE BARROS, 2013); conduta repressiva que se estendeu à Rússia, ao Império Austro-Húngaro (VIANNA, 198) e à Escandinávia (DUARTE NETO, 1992).

Esse direcionamento normativo é verificado pela doutrina como experimentado por quase todos as nações ocidentais (LIRA, 2009), herdado da cerceadora prática legislativa condicionada pelos ditames da Revolução Industrial, que hostilizava abertamente o movimento paredista sob o argumento de imposição de grande prejuízo aos interesses coletivos, conduta fundamentada nos ideais liberais e respaldada pelo poder estatal. Postura essa que reflete os preceitos que visavam proteger a *livre iniciativa econômica*, e concebe a greve enquanto afrontamento à ordem estabelecida, e não como um instrumento de resistência dos trabalhadores às opressões patronais.

Contudo, a inquietação e a revolta da classe operária, fincadas nas precárias condições de trabalho e no baixo salário, emolduravam a realidade de penúria e de privação crescentemente agravadas e que, aliadas à compreensão da força que emanava da dimensão coletiva,[12] mobilizavam os trabalhadores com vistas ao enfrentamento.

Uma resistência que se estendeu e demandou inúmeras batalhas, mas que resultou na supressão da greve da seara penal, apesar de conservar a noção de ato antissocial e contrário aos interesses econômicos e estatais, vindo a surgir uma nova fase na arena europeia durante o século XIX,[13] a da greve-liberdade, apontada como a ausência de repressão criminal ao movimento, mas não permanecendo os manifestantes imunes a constrangimentos (CASTILLO, 1994) coercitivos, que culminavam com a responsabilização laboral do grevista, comumente acarretando na extinção de seu contrato de trabalho.

Assim, apesar de o movimento grevista transitar entre a descriminalização e a expectativa de emancipação, esta fase ainda demandou longo processo auto-afirmativo, político e social, sendo apontada pela doutrina como inicialmente vivenciada durante o período da Revolução Industrial (CASTILLO, op. cit.).

Com a desvinculação do caráter de ilicitude da greve, esta passa progressivamente a ter sua iniciativa e autonomia socialmente legitimadas, concorrendo para a valoração e o reconhecimento legal das associações sindicais enquanto instâncias políticas e organizativas dos trabalhadores. Confirma-se o fim das repressões penais às associações sindicais, havendo o atrelamento da greve às agremiações sindicais, em 1871, com o advento do Estatuto de Greves Profissionais – embora admitida exclusivamente a associação paritária (de empregados e empregadores), consoante preconizado pelo Tratado de Versalhes (1919).[14]

---

12 Frediani (2001) acentua que o *know-how* da greve passa a ser de um movimento coletivo com a constatação dos operários de que a prática solitária não produzia a mesma energia e efeito.

13 Mais uma vez destacamos o fato dessas fases não importarem em uma sequência cronológica, sendo experimentada por determinadas nações em diferente sucessão. Ao passo em que é constatada por alguma doutrina como prioristicamente vivenciada a fase da greve-liberdade durante a Revolução Industrial, há quem defenda ter sido também vivenciada no século XIX por alguns estados, como o caso brasileiro (de 1890 a 1937).

14 O Tratado de Versalhes e a Constituição de Weimar (1919) foram os instrumentos que positivaram com mais propriedade os direitos sociais fundamentais, consagrando institutos como o direito à greve, à liberdade sindical, à jornada máxima de trabalho, ao repouso semanal remunerado e à isonomia salarial, propiciando condições de segurança e de saúde no âmbito do trabalho, propagados pelas concepções liberais da época (FREDIANI, 2001).

Por fim, emerge a greve-direito, de cunho constitucional, configurada como instrumento atinente à condição do trabalhador e de suas contendas, do direito afiançado pelo Estado-nação. Esse formato grevista se expande no mundo moderno mediante a adoção, por distintas formações sociais, do modelo institucional expresso no Estado de Direito (LIRA, 2009), afirmando a (acertada) noção da greve como direito individual intrínseco ao trabalhador, de exercício coletivo.

A greve, compreendida enquanto preceito social e alçada ao patamar de constitucionalidade, revela a importância e o poder político do movimento, mas sua extensão a alguns espaços nacionais não se fez facilmente, mesmo no *lócus* europeu. Entretanto, de tal modo foram as constantes eclosões de paredes laborais que, paulatinamente, passou a ser reconhecido como um direito social e balizado por cartas magnas ocidentais, que endossaram a greve como direito fundamental do trabalhador, como ocorreu em Portugal, em 1976, e, na Espanha, em 1978.

Ainda uma quarta fase é apontada na doutrina (PORTO, 2008), como a da greve-tolerada, entendimento que corroboramos e que é verificado como o reconhecimento legalmente mitigado da greve enquanto direito social, mas regulamentado de modo a restringir, cercear ou sitiar a ação laboral coletiva, resultando em uma proibição factual indireta, observada no contexto brasileiro durante a ditadura militar (1964-1985), aspecto que retomaremos adiante.

Essa etapa é distinta da greve enquanto liberdade, em que o movimento é percebido, mas não normatizado (seja de modo negatório, seja de modo concessivo). Na greve-tolerância, há, de fato, a existência de um arcabouço jurídico rígido, mas capaz de limitar a ação grevista, quando não a inviabiliza por completo, em virtude da presença de inúmeros preceitos restritivos; implicando, consequentemente, em uma negativa indireta pela lei.

Logo, a greve incide na paralisação coletiva e concertada da produção para reivindicação por melhorias laborais, agindo como mecanismo de pressão ao patronato que, em resposta, fechava estabelecimentos, demitia grevistas e admitia substitutos, consubstanciando essa reação no germinar do instituto do *lockout*, caracterizador da supressão patronal da produção, como meio de repressão e enfrentamento às reivindicações trabalhistas.

4. A HISTORICIDADE DA GREVE NA ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA BRASILEIRA

Entendemos que a formação da concepção político-jurídica da greve (como delito, liberdade, tolerância e direito) no Brasil pressupõe uma abordagem panorâmica da recepção desse instituto pelo arcabouço jurídico promulgado (ou outorgado) no período republicano, pelo que destacaremos os episódios de maior cessação, contenção, redução e amparo legal.

Esse processo de consolidação legal da greve pressupõe desdobramentos gerados em contextos sócio-históricos específicos, influenciados por pressões econômicas e pelo desenvolver das formas de luta laboral e do formato regulador legislado configurado no modelo estatal.

Salientamos, no entanto, que o sentido de construção jurídica da greve recorrido está fincado na doutrina de Porto (2008), Paixão e Sousa Junior (2007), que expressam

uma visão não linear, mas complexa dessa contenda, abarcando indiferenças, intolerâncias, progressos e retrocessos, propondo ir além do estudo de conceitos sistematizados e não contextualizados.

Feito o recorte histórico e doutrinário da greve, delimitamos nosso objeto-análise em torno da historicidade da parede laboral, e passaremos a analisá-la sob o prisma da construção normativa brasileira, evidenciando as abordagens desse ordenamento à greve.

Noções do direito à greve no contexto normativo brasileiro

Em face da conjuntura sociopolítica brasileira à época do término do período imperial e início da fase republicana, consideramos que o significado da ação grevista, o sentimento de solidariedade e de coletividade no Brasil[15] decorreram do incremento da manifestação sindical, inseridos no país graças à forte imigração europeia efetivada entre 1871 e 1920.

Sentido de coletividade esse percebido por Barros (2013, p. 1029) como delineado na formação de grupos sociais, vindo a provocar o "fenômeno associativo profissional, como *maneira coletiva de pensar*, tendo em vista a identidade, conexidade ou similitude de condições de vida", bem como incitando em contextos conflituosos a tensão provocada por interesses tão divergentes, caracterizando o conflito laboral coletivo.

No contingente dos imigrantes vieram trabalhadores que, por terem experimentado formas avançadas de organização e de enfrentamento social e político, em muito contribuíram para fomentar um senso de resistência laboral, projetado sob influência dos ideais anarquista, comunista e socialista (LIRA, 2009), que se desenvolvia em meio a um espaço de intensa exploração econômica e repressão social.[16]

As precárias e insalubres condições de trabalho, aliadas à forte repressão estatal a qualquer movimento operário, fomentaram uma crescente politização dos trabalhadores, que resultou em manifestos orientados por diversas correntes políticas, corporificando os movimentos sociais e desenvolvendo as primeiras expressões da luta de classe no país, que promovia a luta coletiva, sedimentando o (necessário) sentimento de solidariedade.

Por ser a greve um fenômeno moderno, este é recepcionado juridicamente apenas em estados com formação política de Estado de Direito, destarte ser um fato social muito antes reconhecido e experimentado. No entanto, mencionamos o excepcional episódio de enquadramento legal da greve, protagonizado pelo Código Criminal de

15 A propósito da constatação da noção de coletividade e do senso de solidariedade impressos à causa laboral, em termos de realidade brasileira, contudo, verificamos que a mentalidade coletiva da greve foi pouco difundida, diferente do vivenciado em países europeus, como no contexto francês. Justificam Paixão e Sousa Junior (2007) essa questão, no Brasil, em face do conservadorismo e autoritarismo empregados pelos regimes de exceção, (re)produzindo uma sociedade individualista e estática para com as questões políticas e sociais.

16 Proveniente da reacionária mentalidade dominante, herdada do período escravocrata, que defendia a intensa exploração da força de trabalho como forma de alavancar o progresso nacional (LIMA, 2016).

1890 (e sua alteração subsequente),[17] que possibilitou um período em que esta foi definida por ilícita (durante o lapso de dois meses). Assim sendo, foi com o Código Penal de 1890 que houve uma primeira e breve abordagem normativa da greve, pelo que a identificamos como a fase da greve-delito.

Em conseguinte, com a retirada da greve da seara criminal e com a inexistência de norma que a abarcasse em algum molde (seja pela incriminação, seja pelo reconhecimento por direito), uma segunda fase é apontada com a ausência de regulamentação legal durante a República Velha (ou Primeira República, de 1889 a 1930). Portanto, com a promulgação da primeira Constituição brasileira, em 1891, que nada versou sobre a greve, percebemos esse episódio como a fase da greve-liberdade, vivenciada na República Velha e substituída com o desdobramento da Revolução de 1930 que resultou na ditadura do Estado Novo (1937-1945).

Contudo, são emblemáticas no período da República Velha a *liberdade grevista,* a coordenação e conscientização dos trabalhadores brasileiros, conforme constatado com a greve dos sapateiros cariocas de 1900 (LIRA, 2009), o desencadear das greves de 1901, 1903 e 1905 (que contaram com a adesão de até vinte e cinco mil trabalhadores, em São Paulo e Porto Alegre) (DUARTE NETO, 1992) e, as greves gerais de 1917 e de 1919, que demandaram pontuais intervenções estatais nas relações sociais de produção a fim de salvaguardar os interesses e as condições do emergente processo de industrialização nacional.

A fase subsequente na história brasileira comporta uma extensa subdivisão iniciada com a Era Varguista (1930-1945), incluindo a ditadura do Estado Novo (1937-1945), a Redemocratização (1946-1964), a Ditadura Militar (1964-1985) e a Nova República (1985-2014). Cada um desses capítulos da história brasileira implicou em impressões jurídicas de acordo com a conjuntura social, econômica e política vivenciada, havendo momentos de total supressão de direitos civis e políticos, e períodos de ampla ou mitigada concessão desses.

Com a política getulista (1930-1945), o Brasil vivenciou uma controversa primeira fase republicana após a tomada do poder político da elite agrária, pautada pela concessão da cartilha de direitos sociais e trabalhistas, concomitante com a negação da luta de classe e demais manifestos sociais (como a greve), concebidos como afrontamento a uma *pretensa harmonia social*.[18]

Nesse cenário de disciplinamento e controle político do trabalhador, o país vivenciou o Governo Provisório (1930-1934), o Governo Constitucionalista (1934-1937) e a ditadura do Estado Novo (1937-1945). Nesse ínterim foram editadas duas constituições: uma promulgada em 1934,[19] apresentando "feição socialdemocrata, próxima aos

17 O Decreto n.º 1.162/1890 descriminalizou a greve, remanescendo como delito a suspensão do labor com emprego de ameaça ou violência. Às demais modalidades de greve, atribuia-se a condição de fato social, e não mais de delito penal.

18 Dos textos jurídicos produzidos durante a fase getulista emanam o caráter corporativista influenciado pelo regime fascista italiano, que "negava o conceito da luta de classe e sustentava a ideia de colaboração entre o trabalho e a empresa, além de determinar a subordinação dos interesses pessoais e de classe aos da produção e do Estado" (LIRA, 2009, p. 120), desaguando na promulgação da CLT, em 1943.

19 A Constituição promulgada em 1934 nada registrou sobre a greve.

preceitos da Constituição Social Democrática da República de Weimar" (LIMA, 2013, p. 87), e uma segunda Carta, outorgada em 1937, de caráter autocrático, inspirada em concepções fascistas.

Apenas a carta outorgada durante o Estado Novo (1937) abordou a questão da greve e do locaute, tipificando-os criminalmente e os declarando como recursos antissociais, nocivos ao trabalho, ao capital e incompatíveis com os interesses nacionais. Paralelamente a essa cartilha constitucional foram editadas legislações extravagantes que também tipificaram a greve como delito: a Lei n.º 38/1935, o Decreto-lei n.º 431/1938, o Decreto-lei n.º 1.237/1939 e o Código Penal de 1940. Assim, durante o regime getulista, a greve vivenciou um período de intolerância legislativa.

Com a segunda fase populista da república é experimentado o período de redemocratização do país, com a promulgação da Constituição de 1946, elaborada sob influências internacionais advindas da Segunda Guerra Mundial, vindo a reconhecer a greve enquanto direito, mas pendente de regulamentação infraconstitucional. Esse período histórico é constatado como uma fase de aceitação da legalidade e legitimidade da greve-direito, apesar de normativamente controlada (MARTINS CATHARINO, 1997).

À vista do preconizado, a Carta Constitucional de 1946 é a primeira a reconhecer o *status* de direito ao movimento grevista, deixando sua regulamentação à lei infraconstitucional, seguida pela elaboração de diversas legislações extravagantes, que também fizeram menção à greve. Entre elas, destacamos: o Decreto-lei n.º 9.070/194620 e a Lei n.o 4.330/1964. Registramos, ainda, nessa fase da greve-liberdade, o desencadear de inúmeros movimentos grevistas, que repercutiram no Brasil nos anos de 1948 a 1954, contanto com a adesão de milhares de trabalhadores (VIANNA, 1986).

Com o golpe militar de 1964 instaurou-se um novo período de exceção, que outorgou legislação autoritária baseada na ideologia da segurança nacional, tornando a considerar a greve como recurso antissocial e contrário aos interesses nacionais (do capital e do trabalho), mas não a proibindo criminalmente – ao passo em que, paralelamente, tecia legislação negatória dos direitos políticos e civis, considerados pelo regime como *atentatórios aos interesses da sociedade*.

A contrassenso do regime estado novista (que proibiu a parede laboral), tanto a Constituição de 1967 quanto a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969 formalmente reconheciam o direito à greve, salvo aos servidores públicos e às atividades essenciais, remanescendo, porém, a Lei n.º 4.330/1964 com condão de indiretamente cercear o preceito grevista ao imprimir extensivos requisitos e formalidades à sua execução, acarretando em uma proibição indireta e, por isso, ficando conhecida como a *lei anti-greve*.21

Dessa forma, o direito era reconhecido pela ditadura militar, mas o seu exercício permanecia factualmente cerceado em face da alta carga burocrática impressa pela

20 O Decreto-lei n.º 9.070/1946 é a primeira norma regulamentadora da greve no Brasil, provocada após a subscrição do Brasil à Ata de Chapultepec (DUARTE Neto, 1992).

21 Lira (2009, p. 123) reconhece que "a ditadura de 1964, em vez de fazer como o Estado Novo – que proibiu expressamente o exercício do direito de greve no art. 139 da Constituição –, preferiu por *regulamentá-la* e, ao fazê-lo de maneira tão detalhada e burocratizada, findou por cercear o respectivo exercício".

norma infraconstitucional (LIRA, 2009; MELO, 2009), que, no entanto, não serviu para impedir a eclosão desse movimento, pelo que destacamos as greves ocorridas "nas décadas de 1970-1980, patrocinadas pelos trabalhadores das montadoras de veículos localizadas no ABC paulista" (LIMA, 2013, p. 89). Situação que somente foi revertida com o Decreto-Lei nº 1.632/1978 e com a Lei n.º 6.620/1978, que passaram a admitir a greve, mas ainda de modo restrito (repetindo a tendência da proibição da greve nos serviços públicos e essenciais).

Com o fim do regime de exceção e com a redemocratização do país, as noções internacionalmente empregadas de liberdade sindical, negociação coletiva e direito de greve passaram a vigorar como parâmetros fundamentais ao movimento coletivo dos trabalhadores.

A Constituição Federal de 1988 enfim confirma esses valores, impondo-se como a mais avançada carta de direitos sociais já registrada no país, passando a garantir aos trabalhadores a greve enquanto instrumento de luta coletiva, reconhecida como direito social e fundamental. Sua regulamentação foi projetada pela Lei n.º 7.783/1989, que consentiu a greve aos setores comum e essencial,[22] sem contemplar o serviço público, dispondo sobre direitos, deveres e requisitos ao seu exercício, permanecendo constitucionalmente proibida ao servidor público militar.

Com base nessas reflexões fica evidenciada a construção de noções de direito à greve, consolidando historicamente sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro que, como nas demais formações sociais, resultou de um longo percurso de luta até o seu reconhecimento como atividade legítima da luta dos trabalhadores.

Sumariando esse processo, depreendemos que, inicialmente, a greve foi enquadrada por delito (de 11 de outubro a 12 de dezembro de 1890), passando depois a ser entendida como liberdade (de 1890 a 1937), retroagindo novamente à categoria de delito (1937-1946), e vindo a ser reconhecida enquanto direito (1946-1964), depois concedida de modo tolerado e balizado – o que consubstanciou em uma proibição indireta (1964-1988), para, contemporaneamente, ser afirmada como direito constitucional do trabalhador.

5. PONDERAÇÕES FINAIS

Abordamos o fenômeno da greve neste estudo, analisando o contexto histórico de construção do movimento paredista, sua emersão no mundo capitalista e seu processo de inserção no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando sua importância política e sociojurídica, tanto para a sociedade quanto, fundamentalmente, para os trabalhadores.

Nessa esteira analítica, procuramos enfatizar a importância do instituto paredista para a classe trabalhadora, devido seu poder político de protesto proveniente da pressão econômica exercida sobre o patronato, capaz de conferir às categorias profissionais poder argumentativo e de barganha por melhorias nas condições laborais e de vida.

22 Temática abordada anteriormente, ocasião em que se analisa o excesso de formalismo na legislação juslaboral brasileira, que inibe e dificulta a deflagração da greve nos serviços essenciais (LIMA, 2012).

O aprofundamento teórico sobre o nosso objeto de estudo levou-nos a concluir que a abordagem jurídica da greve evidencia o antagonismo existente entre o capital e o trabalho; mas, sobretudo, a manifestação divergente entre os sistemas ocidentais, que imprimem diferentes percepções das demandas dos trabalhadores, dos interesses da sociedade e do patronato, em consonância com o tempo histórico, social e o padrão civilizatório produzido.

Considerando particularmente a realidade brasileira, podemos afirmar que contemporaneamente o exercício da greve é uma ação política constitucionalmente garantida, enquanto medida legal e eficaz à tutela dos direitos e interesses no âmbito da relação laboral. Mas sem deixar de atentar para o movimento da sociedade brasileira que, em função dos valores, referências e pressões políticas e econômicas do presente, e mediante legislações e interpretações doutrinárias, pode constranger, dificultar ou restringir o livre exercício da greve, razão que nos mobiliza a prosseguir com nossos esforços de compreensão desse instituto, de modo a cotejar as implicações desse processo no campo do direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM & SOUZA, Ronald. **Greve & locaute – aspectos jurídicos e económicos**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

CASTILLO, Santiago Pérez del. **O direito de greve.** São Paulo: LTr, 1994.

CERNOV, Zênia. **Greve de servidores públicos.** São Paulo: LTr, 2011.

CORTEZ, Julpiano Chaves. **A lei de greve**. São Paulo: LTr, 2010.

DUARTE Neto, Bento Herculano. *Direito de Greve* – aspectos genéricos e legislação brasileira. São Paulo: LTr, 1992.

FERNANDES, Francisco Liberal. **A obrigação de serviços mínimos como técnica de regulação da greve nos serviços essenciais.**Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra,.

FRAGOSO, Christiano. **Repressão penal da greve:** uma experiência antidemocrática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

FREDIANI, Yone. **Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2001.

LIMA, Camila Rodrigues Neves de Almeida. A greve nos serviços essenciais: entre o formalismo inibidor e o direito de lutar pela valorização do trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 19, pp. 76-93, 2012,.

____. O direito à greve no serviço público brasileiro: polissemias e controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. **Revista ESMAT 13**, ano 6, n. 6, João Pessoa, 2013, pp. 83-110.

____. novos contornos factuais à autotutela laboral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, v. 1, 2014, pp. 99-117.

____. **Escravos da moda:** análise da intervenção jurídica em face da exploração do trabalho em oficinas-moradia de costura paulistanas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LIRA, Fernanda Barreto. **Greve e os novos movimentos sociais**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS CATHARINO, José. Greve e Lock-out. In: **Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridade social.**. LOZANO, Néstor de Buen (Cood.). et. al. Ciudad Universitária: Universidad Nacional Autónoma do Mexico, 1997. (Série G: Estudios Doctrinales, n. 188)

MELO, Raimundo S. de. **A greve no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Alice. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PAIXÃO, Cristiano; SOUSA Júnior, José Geraldo. A repressão à greve e o apagamento da Constituição. **Constituição & Democracia**, Brasília, n. 18, pp. 1-4, , 2007,

PORTO, Noemia. A greve como direito: irritações entre os sistemas e desafios à estabilização de expectativas. **Observatório da Jurisdição Constitucional**. IDP: Brasília, 2008, pp. 1-24.

RAPASSI, Rinaldo. **Direito de greve de servidores públicos**. São Paulo: LTr, 2005.

VIANNA, José de Segadas. **Greve.** Rio de Janeiro: Renovar, 1986.

RECEBIDO EM: 11/11/2016
APROVADO EM: 02/02/2017

A CONSTITUIÇÃO HISTÓRICA DA RACIONALIDADE ECOLÓGICA E OS PROBLEMAS AMBIENTAIS NA CONTEMPORANEIDADE[1]

THE HISTORICAL CONSTITUTION OF ECOLOGICAL RATIONALITY AND ENVIRONMENTAL PROBLEMS IN CONTEMPORANITY

Danielle de Ouro Mamed[2]

Jairo Marchesan[3]

Sandro Luiz Bazzanella[4]

RESUMO: O presente trabalho busca trazer elementos históricos necessários à compreensão da racionalidade desenvolvida em torno da gestão dos bens naturais na contemporaneidade. Para tal, parte-se da análise de como a percepção das relações entre ser humano e natureza foi sendo modificada ao longo da história, culminando nos atuais modos de observar e reagir diante dos problemas ambientais atuais, especialmente por meio da instituição de políticas públicas. Assim, parte-se da análise de como o ser humano compreendia a natureza desde a Antiguidade (especialmente na Grécia), passando pelas visões predominantes na Idade Média, até chegar à Modernidade. A visitação histórica das concepções em cada período histórico, mostra-se uma ferramenta importante para compreender as bases, abrangências e limites da ação humana diante da natureza, sendo esta, portanto, uma ferramenta interessante para que seja possível avaliar os motivos do fracasso das políticas ambientais na contemporaneidade.

PALAVRAS–CHAVE: Racionalidade ecológica; crise ambiental; história ambiental; políticas públicas.

ABSTRACT: The present article brings historical elements necessary to understand the rationality developed around the management of natural resources in contemporary times. To attend this intent, it is based on the analysis of how the perception of the relations between human and nature has been modified throughout history, culminating in the current ways of observing and reacting to current environmental problems, especially in the institution of public policies. For this, it starts from the

1 Esta pesquisa é parte integrante do Estágio Pós-Doutoral da primeira autora, no âmbito do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional, na Universidade do Contestado.

2 Advogada. Doutora em Direito Econômico e Socioambiental (PUCPR). Mestre em Direito Ambiental (UEA-AM). Professora em estágio pós-doutoral na Universidade do Contestado (UnC), com bolsa CAPES – Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional. Santa Catarina. Brasil. mamed.danielle@gmail.com.

3 Doutor em Geografia, professor do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado (UnC). Santa Catarina. Brasil. jairo@unc.b

4 Filósofo. Doutor em Ciências Humanas, professor do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado (UnC). Santa Catarina. Brasil. sandro@unc.br

analysis of how the human being understood the nature from the Antiquity (especially in Greece), passing through the prevailing visions in the Average Age, until arriving at the Modernity. The historical visitation of conceptions in each historical period is an important tool to understand the bases, dimension and limits of human action in the face of nature, which is therefore an interesting tool for assessing the reasons for the failure of policies environmental issues in contemporary times.

KEYWORDS: Ecological rationality; Environmental crisis; Environmental history; public policies.

INTRODUÇÃO

Compreender as relações da sociedade humana entre si, com os bens naturais e os problemas ambientais[5] advindos de tais processos demanda um esforço teórico no sentido de vislumbrar as raízes que fundamentam sua articulação conceitual e discursiva. Da antiguidade até a contemporaneidade, notadamente, foram construídos e modificados os discursos sobre as relações entre sociedade e natureza, culminando no pensamento ecológico atual diante da crise ambiental inegável em que se insere a vida em totalidade.

Para compreender o tema proposto é necessário, *a priori,* assimilar, ainda que em sentido abrangente: a compreensão da natureza (*physis*) na antiguidade; a visão da sociedade sobre ela na Idade Média; as transformações proporcionadas pelo pensamento moderno e, finalmente, a conformação do pensamento e/ou racionalidade ecológica atual, perscrutando suas influências, alcances e limites. Apesar de estarmos cientes da complexidade da questão, reputa-se importante o esforço teórico em estabelecer tais questões, no sentido de compreender a raiz dos paradigmas que regem o pensamento ecológico operacionalizado nas sociedades atuais, no contexto de uma construção hegemônica do conhecimento, afinal: "a História nos permite perceber os interesses inscritos a partir da intervenção humana num determinado espaço, bem como as transformações nele operadas no decorrer do processo de colonização e desenvolvimento de um modelo econômico" (MARCHESAN, 2003, p. 11). Como será possível observar, significativa parcela da preocupação atual com a natureza refere-se à sua estreita vinculação com a economia e com os discursos oficiais e oficiosos de desenvolvimento, além de suas concepções, bem como as práticas operacionalizadas para execução desta lógica. Tal situação implica uma série de desafios que se colocam para a sociedade, pois diante do cenário problemático ambiental contemporâneo, há que se pensar alternativas para a gestão dos recursos naturais.

Deste modo, reputou-se útil e necessário observar de que maneira o pensamento na antiguidade, no período medieval e na modernidade incide nas relações entre sociedades e natureza hodiernamente, identificando-se os alcances e limites de cada posicionamento na sociedade atual e no corrente pensamento ecológico. A partir da compreensão do histórico da relação entre ambiente e sociedade, é possível apresentar variáveis analíticas sobre as formas a partir das quais se tem conduzido as políticas

[5] A ideia adotada no que se refere aos problemas ambientais remete à crise do meio ambiente, entendida como a escassez de recursos naturais e as diversas catástrofes planetárias, surgidas a partir das ações degradantes do ser humano sobre a natureza (CARVALHO, 2000, p. 202).

públicas ambientais. A presente pesquisa utilizou-se de método dedutivo, adotando-se o procedimento monográfico e a pesquisa bibliográfica para lograr o objetivo proposto.

1. COMPREENSÃO DA NATUREZA E QUESTÃO AMBIENTAL NA ANTIGUIDADE

Ao contrário do que possa parecer à primeira vista, a questão ambiental, entendida hegemonicamente como o comprometimento da disponibilidade de bens naturais para a sociedade humana, não é uma preocupação contemporânea. Desde tempos remotos, a partir do momento em que o ser humano passou a registrar em escritos suas relações e reflexões a respeito de sua vida e existência, tais preocupações são percebidas. A grosso modo é possível pensar as inquietações diante da natureza neste período em dois grandes grupos: as de ordem filosófica e as de ordem prática.

As preocupações de ordem filosófica correspondem àquelas oriundas da perspectiva e anseio humanos por respostas às suas condições existenciais, como por exemplo, aquelas vinculadas à origem e destino da natureza. Glacken *apud* Pádua (2010, p. 83) em estudo sobre as diferentes concepções intelectuais a respeito da natureza que aparecem na história, chegam a afirmar que da Antiguidade Clássica até o Século XVIII todos os pensadores enfrentaram o tema com base em três perguntas centrais: a) existe um sentido e um propósito na natureza?; b) a natureza possui influência sobre a vida humana e c) a realidade da Terra, em sua condição primordial, teria sido modificada pela ação do ser humano? Para Pádua (2010, p. 83) tais indagações também visavam um esforço em compreender de que maneira a natureza incidia e influenciava na vida humana, não havendo até então a preocupação em modificar a natureza (o que será observado com maior intensidade a partir da modernidade).

No que tange à sua compreensão na antiguidade, destaca-se a noção de *physis* grega. Segundo Koike (1999, p. 167), esta ideia é apresentada em tempos atuais como algo equivalente à natureza, no entanto, não era exatamente este o sentido atribuído pelos antigos. Consoante ao autor, é possível pensar que a *physis* grega designava a própria realidade ou manifestação do real, porém numa dimensão muito mais abrangente, já que contempla aspectos metafísicos como a gênese, a essência, substância e forma das coisas, incluindo componentes psíquicos e espirituais (1999, pp. 167-176). Aristóteles, segundo Bornheim (1998, p. 11), denominou os filósofos pré-socráticos como *physikoi*, ou físicos, o que deve ser interpretado com cautela, já que esta ideia de "física" em nada se assemelha à acepção moderna do termo, assim como a *physis* não pode ser interpretada apenas como natureza. Segundo o autor, as interpretações metafísicas dos gregos são peculiares em razão da ausência de separação entre o mundo divino e o mundo natural, além do fato de que a religiosidade não excluía certa "ousadia intelectual" por parte dos seres humanos (BORNHEIM, 1998, pp. 9-10).

A ideia de *physis*, portanto, nesse contexto, consiste em um conceito complexo, cuja compreensão está vinculada ao entendimento do pensamento pré-socrático. Porém, há alguns aspectos que podem ser elencados para sua melhor compreensão, como por exemplo a vinculação ao que é manifesto, ao que brota, se abre ou emerge, além do fato de que, para os gregos, a *physis* não contrapõe psíquico, ao anímico ou ao espiritual, aspectos também pertencentes à *physis* (BORNHEIM, 1998, p. 14).

No que se refere às questões práticas relacionadas à natureza na antiguidade, destaca-se a apreensão em suprir as necessidades de bens naturais na perspectiva de

disponibilidade para a humanidade e também os desequilíbrios ambientais observados em determinadas situações.

Para Prado (2002, p. 7) muitos eram os dilemas nas sociedades antigas no que se refere ao ambiente: o acesso à água potável, lixo biológico, desmatamento, erosão de solos, esgoto e lixo doméstico são alguns dos temas que traziam certos desassossegos desde os tempos antigos, que foram sensivelmente aumentadas em decorrência da sedentarização e aumento populacional humano em determinado espaço. Com esta modificação do *modus vivendi* das sociedades, foi necessário criar formas de contornar as situações que se colocavam, como por exemplo, a necessidade de armazenamento de água e suprimentos alimentares, além das primeiras regulamentações sobre tais questões. Consoante aos estudos de Prado (2002, p. 8), existem documentos do povo sumério, datados de 4.000 a.C. que contém instruções para a irrigação de lavouras visando o bom aproveitamento das águas, além de diversos relatos sobre a realização de obras de armazenamento e distribuição dos bens naturais em diversos lugares no contexto da antiguidade.

As preocupações com a gestão dos bens naturais, principalmente para satisfação das necessidades humanas, no entanto, não eram a única faceta da questão ambiental possível de serem encontradas na antiguidade. A crise e o colapso civilizacional por conta de desequilíbrios ambientais também aparecem em alguns relatos como em Diamond (2006), que demonstra o declínio da civilização maia,[6] que sofreu efeitos de uma combinação de dano ambiental, crescimento populacional e mudança climática, denotando que os desastres ocasionados pela má gestão ambiental não constituem uma ameaça exclusivamente moderna ou contemporânea. De igual modo, as experiências que denotam a ocorrência de desastres ambientais constituem, a princípio, as primeiras situações documentadas da humanidade no sentido de chamar a atenção para o caráter finito dos bens naturais necessários à sobrevivência humana.

Portanto, a antiguidade, notadamente, trouxe alguns aportes importantes à compreensão dos fenômenos naturais, tanto pelas reflexões filosóficas acerca da origem da natureza, quanto pelas experiências que apontavam para a necessidade de utilizar-se dos recursos naturais de forma a não inviabilizar este uso no futuro. Ao estudar e analisar o pensamento observado neste período, nota-se a consideração da natureza como parte da existência humana, não havendo, naquele momento, concepções de separação entre sociedades e natureza. Pelo contrário, buscava-se compreender o meio para verificar de que modo este influenciava na vida social. Estas indagações, especialmente aquelas substanciadas na *physis* grega, levam a pressupor que naquele momento, o ser humano buscava compreender-se e, consequentemente, compreender o mundo que se circunscrevia como parte indissociável da condição humana e de seu existir com a natureza.

2. NATUREZA COMO OBRA DA CRIAÇÃO DIVINA NA IDADE MÉDIA

A concepção do ser humano como parte integrante da natureza, predominante na Antiguidade permanecia, de certo modo, no período medieval. Porém, de maneira

6 Avançada sociedade nativa mesoamericana pré-colombiana (DIAMOND, 2006).

geral, há certa submissão às condições naturais ao mesmo tempo em que se buscava trabalhá-las para suprir as necessidades humanas. A submissão se dá em razão de que a natureza era interpretada como manifestação dos desígnios de um ser superior (Deus). Assim, o esforço em manejá-la é expresso na alusão às práticas de desenvolvimento da agricultura.

Para Barros (1999) seria incoerente buscar na Idade Média as inquietudes ecológicas que se observam atualmente ou mesmo encontrar efeitos e práticas que de algum modo se assemelhem à ação destrutiva que os humanos tem imposto e perpetrado sobre a natureza. Os conflitos envolvendo o meio natural, naquele contexto, tinham características e dimensões diferenciadas. Para o autor, o feudalismo, forma de organização política, social e econômica predominante na época, constituiu-se num modo de produção ecológica, em que o ser humano não se concebia sem a natureza, dada a sua dependência diante dela.

Na concepção medieval de mundo, há, no entanto, um notável predomínio do pensamento teocêntrico, que indicava certa ordem de funcionamento do cosmos: o planeta Terra, de acordo com tal concepção constituía-se o centro de tudo e os papéis sociais estavam claramente predeterminados hierarquicamente, havendo uma relação existente entre servos e senhores, entre os senhores e seus superiores feudais, estes e o rei, e entre o rei e o imperador (GIDDENS, 1991, pp. 18-20). Naquele contexto, este modo de existir em sociedade partia da vontade de Deus e, portanto, não havia previsão de modificações significativas destes *status* já pré-estabelecidos. Deste modo, cabia aos seres humanos a aceitação tácita de que aquela era a vontade soberana de um poder superior.

Deste modo, quanto à interpretação intelectual da natureza e sua relação com as sociedades, nota-se o protagonismo do pensamento teocêntrico no período. Nos primeiros séculos da Idade Média, a filosofia de raiz teológica aliada ao pensamento desenvolvido na Antiguidade fornecerá elementos basilares para a interpretação da natureza a ser adotada pelos cristãos. Ou seja, ela é compreendida como obra da criação que contempla em si a totalidade das criaturas (MEIRINHOS e PULIDO, 2011, p. X). Para os autores, a interpretação simbólica da natureza como reflexo do percurso moral ou especulativo da gênese e regresso a Deus pela ação e o conhecimento pode ser encontrado em textos franciscanos do século XIII (MEIRINHOS e PULIDO, 2011, p. XI). Portanto, pode-se afirmar que as inquietações sobre a gênese e destino da natureza perduram durante o período medieval, apesar de outras preocupações se somarem e tomarem maior destaque.

Para Barros (2000), diferentemente do que ocorreu na modernidade, a noção de natureza na Idade Média não se baseava em saberes técnicos, mas de um pensamento em que o ser humano vivia lutando contra a natureza, ao mesmo tempo em que reconhece que apenas Deus teria o poder de controlá-la. Ademais, pela falta de argumentos técnicos ou científicos, além da inexistência de um Estado protetor, a humanidade deixava a solução de seus dilemas em relação ao mundo natural, nas "mãos divinas". Isto teria ocorrido, a título exemplificativo, quando a peste bubônica assolou a Europa. Diante da inexistência de informações técnicas a respeito, aceitava-se a teoria de que a contaminação era induzida pela cólera de Deus e/ou pela conjunção dos planetas (BARROS, 1999). Assim, o embate entre ser humano e natureza já não dizia respeito somente à hostilidade a ser vencida pelo camponês diante da dureza do trabalho no campo e no

desenvolvimento da agricultura, mas também se referia à necessidade de harmonizar as desigualdades, os pecados e a violência (BAUAB, 2005, p. 54).

A natureza era vista como parte da vida humana pelo trabalho na terra, sendo suas vicissitudes, no entanto, reflexos da fúria de um Deus insatisfeito com a conduta humana, instituindo o sentimento de culpa cristã. Nesse sentido, há que se ressaltar que os desequilíbrios naturais também aparecem como componente importante para a dominação ideológico-religiosa, característica da época, pautada no temor de uma represália sobrenatural diante da desobediência às normas divinas institucionalizadas pela Igreja.

Portanto, comparando-se a Antiguidade com o Período Medieval, se observa no que concerne à relação do ser humano com a *physis*, uma mudança paradigmática em que o ser humano portador de uma visão imanente de mundo natural em que se encontrava integrado passa para uma visão transcendente de mundo natural. Enquanto na Antiguidade predominou a busca humana por explicações sobre os fenômenos naturais a partir de uma visão cosmológica, na Idade Média vê-se que tais questionamentos assumem a primazia das explicações teológicas cristãs vinculadas ao catolicismo, submetendo a razão a serviço da fé, conformando o discurso teológico como intérprete por excelência da verdade revelada, constituída da obra da criação. Esta situação assumiu contornos diferenciados com o advento da modernidade e da retomada do protagonismo da racionalidade humana na percepção e compreensão do mundo natural e social.

A retomada da primazia da razão sobre a fé, demarcando a afirmação do antropocentrismo como uma das características da modernidade, trouxe outras consequências que benefícios ao desenvolvimento das sociedades humanas, mas que também apresentaram como efeito colateral questões e problemas a serem enfrentados pelas sociedades. Na modernidade, foi inaugurada uma lógica de pensamento muito peculiar e afeita objetivamente ao desenvolvimento civilizacional por meio de novos arranjos econômicos, científicos, técnicos, produtivos e sociais, intensificando situações e potencializando problemas até então desconhecidos ou minimizados na tradição civilizatória ocidental, entre eles a questão das relações entre sociedades e natureza.

3. MODERNIDADE E A DOMINAÇÃO DA NATUREZA

Como já assinalado, a modernidade, como período histórico e como racionalidade, constitui um marco na mudança do pensamento humano. Para compreender as implicações das concepções humanas com a natureza, primeiramente, é necessário ponderar que a modernidade não nasceu de forma abrupta, mas foi a construção e o resultado de uma longa transição de ideias que partiu de intensas mudanças na forma das sociedades desenvolverem a economia:[7] os fenômenos da acumulação, da divisão

[7] Há que se esclarecer que a compreensão de economia adotada inclui toda uma série acontecimentos e mudanças que se iniciam na Alta Idade Média e culminam no mercantilismo, entre elas, os avanços científicos que permitirão no Renascimento, que atestou a falência da teoria de que a Terra seria o centro do Universo, assim como o aumento populacional, do comércio, das cidades, das técnicas produtivas, arrefecimento do poder da Igreja Católica, Reforma e Contrarreforma e entre outras questões que culminam na variável econômica com a afirmação do mercantilismo.

do trabalho, da criação de mercadorias, da moeda e da consolidação da propriedade privada[8] são alguns dos elementos presentes nesta transição, que começa a tomar forma com o mercantilismo.

O mercantilismo não chega a ser definido como um sistema econômico, mas como um conjunto de doutrinas, marcado pelo conteúdo ético e religioso, além da constante interferência pelos Estados Nacionais recém-formados (FEIJÓ, 2001, p. 59). A partir do mercantilismo, começa-se a perceber uma importante modificação nas estruturas sociais, especialmente no que tange à economia, fornecendo, portanto, o ideário necessário à nascente modernidade.

Como parte das transformações proporcionadas pela transição para a modernidade e pela consolidação do pensamento moderno destaca-se o desenvolvimento das ciências e de novos métodos de análise que vão modificar, em muito a relação entre humanidade e natureza. Uma das rupturas observadas, nesse sentido, foi o declínio do pensamento predominantemente teocêntrico para a visão antropocêntrica do universo (VILLORO, 2010, pp. 12-13). Para tanto, foi necessário um resgate da racionalidade como marca distintiva do humano, solapada pelo teocentrismo medieval, fornecendo-lhe, assim, caráter mais individualista. Se antes havia uma pluralidade de atores sociais que conviviam, a modernidade traz a necessidade de constituir a soberania racional do humano, que do ponto de vista político resulta na constituição dos Estados Nacionais como expressão de uma razão política, administrativa e jurídica sobre territórios e populações, concentrado num poder soberano (GROSSI, 2003, p. 30). Vê-se, deste modo, a transformação de uma sociedade que comportava diversos segmentos sociais e poderes difusos (caracterizando certo pluralismo) para um modelo de organização social, política e econômica que tende à homogeneização, regida pela figura do poder soberano do Estado, centralizador das regras para a vida em sociedade.

O avanço e as transformações da ciência, por sua vez, constituem o principal elemento que vem a modificar o modo pelo qual o ser humano passou a lidar com a natureza. É certo que a saída do aspecto teológico como determinante do fazer científico e uma visão mais individualista do ser humano em muito contribuíram para esta nova concepção. No entanto, outro ponto importante é a fragmentação das ciências trazida pela modernidade, com a pretensão de lhes conferir objetividade em contraposição às variáveis subjetivas, concentrando o domínio da natureza nas mãos de um novo criador, o ser humano.

Nesse sentido, observa-se a influência de autores como Isaac Newton, Galileu Galilei e Copérnico, sendo, no entanto, de grande valia a obra de Renée Descartes, quem contribuiu com a construção de uma epistemologia para a ciência, havendo proposto a sistematização do conhecimento visando uma construção mais "segura" para o saber científico. A lógica cartesiana baseia-se no ceticismo metodológico, rechaçando tudo aquilo que não for passível de comprovação científica (DESCARTES, 1996), propondo a divisão das ciências em diversas partes e, portanto, retirando o caráter holístico que contemplava as diversas formas de saber existentes até então.

[8] Tema desenvolvido como parte de tese de doutorado da primeira autora. Para maior apronfundamento, Cf. Mamed, 2016.

Tal racionalidade, por motivos desta natureza, entre outros, contribuiu para a consolidação de um conhecimento autoafirmado como legítimo, relegando à incredulidade, outras formas de saber desenvolvidas pela humanidade no contexto do mundo antigo e medieval. Ou seja, a modernidade se apresenta com o ímpeto do moderno, do novo, do verdadeiro, demarcando preconceitos em relação ao conhecimento especulativo, lógico e racional constituído nos contextos civilizatórios anteriores. De forma diversa ao que ocorria na Antiguidade, o conhecimento passou a ser construído sem considerar, por exemplo, a condição imanente de mundo e da totalidade da *physis* no seu aspecto teleológico em que se circunscrevia a vida em sua totalidade. Ou seja, a vida humana representava uma condição vital entre outras, presentes na *physis*, havendo ainda muitos aspectos a serem considerados. Tais aspectos, no entanto, por não comportarem comprovação pelos métodos propostos pela ciência, acabaram sendo desconsiderados, promovendo uma transição de percepção e concepção do humano em relação à natureza e ao mundo.

Considerando este novo modo de observar a natureza, Prigonine e Stengers (1991, p. 1) concluem que o ser humano acaba se tornando um estranho ao mundo que descreve. Este processo está relacionado diretamente ao desenvolvimento das ciências, que assume a perspectiva de compreensão para modificação da natureza (1991, p. 2). A partir da modernidade, fica latente a ideia nuclear de que as ciências devem servir à construção de um conhecimento hegemônico voltado à dominação e modificação da natureza. Esta premissa é bem expressa nas representações artísticas do período renascentista, nas quais se observa um destaque aos olhos e às mãos, como em Leonardo da Vinci (1947, p. 31), que explica a alusão ao olho em razão de que é ele quem vislumbra os novos rumos a seguir (conhecimento sobre o mundo) e ordena às mãos em que sentido estas devem agir para criar (e modificar a natureza). O conjunto do intelecto com a possibilidade de criar do ser humano também é enaltecido por Francis Bacon (1999, p. 33)[9] quando pondera que nem a mão humana nem o intelecto, considerados separadamente, podem lograr muitos feitos: "todos os efeitos se cumprem como instrumentos e recursos auxiliares, de que dependem, em igual medida, tanto o intelecto quanto as mãos". Deste modo, à constituição da ciência moderna é inerente o desvanecimento do interesse pelos fenômenos imutáveis ou estáveis, para dar lugar ao debate diante das evoluções, crises e instabilidades (PRIGONINE e STENGERS, 1991, p. 4). Ou seja, a simples compreensão do mundo para geração de conhecimento dá lugar à construção de um pensamento com a finalidade explícita de modificar a natureza conforme os interesses das sociedades. Exemplo desse pensamento da natureza como substrato para realizações humanas pode ser também encontrado em Bacon, que defendia o Estado como uma instituição científica, destinada ao domínio da natureza para melhorar a sorte do gênero humano (BACON, 1999).

Imbuída desta aparente motivação propagada como pressuposto no tempo presente (melhorar a vida e a qualidade de vida humana), a sociedade moderna

[9] Trata-se de uma concepção da organicidade ou corporiedade. Tal ideia compara a organização social, política e econômica da sociedade como se constituíssem um corpo humano, sendo que cada órgão tem uma função específica, uns mais importantes que outros, ou de modo que um órgão específico, determina como o outro deve funcionar.

passou a empreender um ousado projeto que marcou definitivamente a modernidade: a Revolução Técnico-Científica. De acordo com Santos (1983, p. 14) o desenvolvimento tecnológico da humanidade começou muito antes do capitalismo, entretanto, seu ritmo era lento e não se observava um conhecimento sistematizado que lhe fornecesse sustentação. É justamente o advento do capitalismo que demanda das sociedades este conhecimento (que foi suprido pela ciência) visando, então, "aplicar os conhecimentos científicos e tecnológicos à produção e aos processos produtivos" (SANTOS, 1983, p. 16). Deste modo, a Revolução Industrial, subsidiada pelo progresso científico e tecnológico, respondeu aos anseios de aumento da eficiência pela maquinofatura, porém, trazendo consequências visíveis para a natureza mesmo naquela época de 'euforia' industrial.

Foram fundamentalmente modificadas as formas pelas quais as sociedades produziam, bem como os seus padrões de consumo.[10] Se antes, a capacidade de produção era limitada à manufatura, a partir da Revolução Industrial, com o advento da produção em massa pela maquinofatura, tornou-se necessário que as pessoas consumissem mais do que estavam habituadas, a fim de que houvesse demanda para todos os produtos e serviços nascentes. Como consequência, desenvolveu-se um visível incremento no uso de matéria prima (recursos naturais) e também consequente aumento nos resíduos gerados.

O`Connor, nesse sentido, demonstra que mesmo nos tempos de apogeu do nascimento do modo de produção industrial, os efeitos para o meio ambiente já eram visíveis. Não foi necessário esperar muito tempo para que as consequências pudessem ser percebidas: a cidade inglesa de Lancashire aumentou sua produção de carvão vertiginosamente para dar conta das demandas industriais. Como resultado, a cidade experimentou uma massiva contaminação atmosférica, afetando a saúde de seus habitantes e reduzindo, em muito, espécies vegetais (O`CONNOR, 2002, p. 25). Até mesmo Engels (1975, p. 76) relatou quadros de condições insalubres em que viviam os trabalhadores na Inglaterra, especialmente no que se refere à poluição atmosférica, urbanização precária e a consequente presença de lixo pelas ruas. Assim, ainda que a mais propagada discussão sobre crise ambiental venha sendo desenvolvida atualmente, nota-se que desde o início da mudança em termos de modo de produção, os sinais de desequilíbrio ambiental já eram latentes.

Todas essas mudanças no seio da sociedade, também são sentidas fortemente pelo ser humano. Bazzanella (2010, p. 89), chama atenção para a mudança observada neste período, defendendo que uma das principais transcendências da modernidade se refere à primazia que a economia passa a exercer em relação à vida e à forma da existência humana: "Assim, tornou-se quase unânime a opinião de que é por meio da economia que se pode alcançar a felicidade". De acordo com o autor:

> ao elevar a racionalidade gestora da economia à condição primeira da existência humana, a seu substrato ontológico, a modernidade opera uma ruptura com a concepção de economia presente nos primórdios ocidentais da Grécia Antiga. Ou seja, a modernidade inverte as relações entre política e economia, subordinando a esfera da política à esfera da gestão econômica do mundo, da vida, assim como subordina a vida pública à vida privada. (BAZZANELLA, 2010, p. 89)

[10] Como produção entende-se os processos pelos quais os produtos são elaborados e os serviços são prestados. Já o consumo consiste no ato de uso dos recursos naturais, bens e serviços, tanto pelos indivíduos quanto pelas instituições (TERRY e ÓRUE, 2013, pp. 157-158).

Ou seja, se antes a economia desempenhava o papel de mantenedora das necessidades de subsistência humana, agora passa a ocupar sua própria razão de existência. De certo modo, este processo também é demonstrado por Sen (1999), para quem a economia 'logística' (meios de prover as necessidades) suplanta sua própria finalidade, que é o atendimento das necessidades humanas. Para o autor, o meio se tornou mais importante do que o fim.

Deste modo, há que se reconhecer que a concepção utilitarista da natureza a partir da modernidade representa uma ruptura com o pensamento Grego Antigo e sua concepção vital circunscrita ao âmbito da *physis* que incluía a totalidade da existência em suas análises, o que de certo modo acontecia também no pensamento medieval, uma vez que se observavam os possíveis aspectos metafísicos que pudessem estar envolvidos nos fenômenos naturais. Tal desligamento é refletido de forma patente, na racionalidade ecológica atual, o que fica demonstrado mesmo nas concepções de desenvolvimento sustentável, cujo ideário busca vincular o cuidado com o meio ambiente às necessidades sociais e aos interesses econômicos (conforme será observado adiante), com um acentuado predomínio dos interesses econômicos frente à preservação da natureza. Deste modo, uma concepção holística,[11] de certa maneira, continua afastada do pensamento ecológico vigente na atualidade, apesar de ser possível encontrar algumas tentativas de resgatar esta visão diferenciada da relação entre sociedades e natureza.

A modernidade, por um lado, resgatou a primazia da razão, conformando o pensamento humano e permitiu que este retomasse o controle do próprio destino. No entanto, como contrapartida, foram geradas consequências indesejáveis advindas desta liberdade de pensamento. O ser humano, em seu afã de independência, acabou por desvincular-se da natureza, que lhe fornece o substrato para a própria vida, ocasionando uma crise profunda nos âmbitos social, político, econômico e ambiental, e afetando desde o senso de pertencimento do elemento humano ao mundo, até mesmo ao suprimento de suas necessidades.

O modo capitalista de produção, apesar de haver facilitado algumas as condições da vida humana por um lado, em suas diversas fases trouxe em seu bojo desigualdade social abissal, fomentando a pobreza, a violência social e o depauperamento das condições materiais e naturais de existência humana. As melhorias atribuídas a este sistema, no geral, são identificadas, por exemplo, como o incremento do conhecimento sobre a saúde humana pelo desenvolvimento de tecnologias de medicamentos, vacinas, padrões de assepsia e outros (melhorias sanitárias), a possibilidade de transportar-se com maior velocidade e eficiência, o acesso à funcionalidades como novas tecnologias de comunicação, energia elétrica, abastecimento hídrico e etc. Por outro lado, para tornar isto possível, a modernidade e o capitalismo precisaram apoiar-se no despojo de terras dos mais pobres, na exploração desumana do trabalho, no grande lucro em favor dos proprietários em detrimento da miséria dos trabalhadores e, finalmente, na criação de uma estrutura social excludente e permeada dos mais diversos infortúnios à humanidade. Este afastamento, notadamente, inclui a substituição das formas diretas do ser humano de lidar com o meio natural pelos produtos e serviços proporcionados

[11] Como concepção holística, entenda-se a consideração da realidade em função de totalidades integradas cujas propriedades não são passíveis de ser reduzidas a unidades menores (CAPRA, 1996).

por esta nova era tecnológica.

Vê-se que, desde a antiguidade até a consolidação da modernidade, perderam-se gradativamente as relações de pertencimento das sociedades em relação à natureza, o que potencializou a constante pressão para a homogeneização da sociedade através do fenômeno da globalização cultural e também das formas de produzir. Por esta via, preconizou-se e implementou-se um modelo de sociedade pautado em padrões externos, desconsiderando as diferenças culturais e deixando as sociedades cada vez mais parecidas ao modelo de economia financeira globalizada proposto pelo capitalismo. Nesse sentido, nota-se uma constante pressão do poder econômico para solapar qualquer modo de vida que não caiba nos moldes das sociedades modernas, pensadas para compor uma hegemonia de pretensões globais: povos indígenas, comunidades tradicionais, ciganos, faixinalenses, caiçaras[12] e todas as demais categorias de sociedades não-hegemônicas são pressionadas a serem integradas ao modo de vida "moderno" ou a compor as redes mercadológicas. Normalmente, são essas as sociedades que ainda resistem em manter uma vinculação mais estreita com o ambiente natural, considerando-o como parte de seu existir. Porém, quando este senso de pertencimento inviabiliza o desenvolvimento da economia, busca-se tornar impossível a estes povos o exercício de seu modo de vida.

Desde o advento da modernidade até o pensamento ecológico na atualidade, observa-se um constante aprofundamento da importância dos mercados na regulação da vida em todos os seus aspectos. Como será possível observar, atualmente, o viés mercadológico de organização social tem sido a tônica dos discursos e práticas cotidianas. Este processo, consequentemente, contratualizou e mercantilizou elementos naturais que deveriam ser considerados direitos inalienáveis dos seres humanos.

A partir do posicionamento filosófico acerca do pertencimento do ser humano ao mundo, convive-se na atualidade com uma tendência de afastamento da humanidade com a natureza para que esta possa constituir-se em objeto, pronto a servir aos seus desígnios, ignorando-se os nefastos efeitos dessas ações à própria qualidade da vida humana. Na análise da questão do pensamento ecológico atual, será possível observar a aparente preocupação com a questão ambiental, porém, ao longo do processo, se observa o retorno às prioridades econômicas, apesar de todos os sinais de esgotamento dos bens naturais e do modelo econômico em curso.

4. RESGATANDO QUESTÕES HISTÓRICAS PARA COMPREENDER O PENSAMENTO ECOLÓGICO NA CONTEMPORANEIDADE

Segundo a proposta do presente texto, pode-se distinguir a relação entre humanidade e natureza a partir de ideias centrais encontradas nos distintos períodos históricos: a) na antiguidade, a preocupação com o suprimento das necessidades das sociedades, o enfrentamento de crises ambientais e também a necessidade de conhecimento sobre a gênese e destino da *physis* constituem os principais temas abordados;

12 Em termos ambientais, a observação do modo de vida dos povos indígenas e comunidades tradicionais é interessante, uma vez que, pelo seu modo de vida diferenciado, implicam um baixo impacto ao meio ambiente (CUNHA, 2010).

b) na Idade Média, o ser humano em suas condições existenciais, se vê dependente dos ciclos naturais sob uma forte influência do pensamento teocêntrico característico deste período, de modo que ao ser humano, sofrer as intempéries ambientais significava submeter-se à vontade divina e, finalmente, c) com o advento da modernidade, esta condição é transformada em razão do desenvolvimento da economia, da organização estatal e também das ciências, objetivando a natureza e proporcionando ao ser humano o poder de modificá-la.

Talvez se possa partir do pressuposto de que a racionalidade ecológica na contemporaneidade possui características peculiares. Porém, há que se considerar que também é fruto da mudança de pensamento, cujas fases não são sobrepostas, mas aparecem com maior ou menor força ao longo do tempo. Atualmente, veem-se diversos embates no campo ambiental envolvendo concepções utilitaristas dos bens naturais ou, em outros casos, concepções holísticas, que consideram a natureza e o ser humano como parte integrante de um mesmo sistema.

Ao mesmo tempo em que a revolução técnico-científica trouxe para as sociedades benefícios e avanços em termos de facilidades e funcionalidades da vida cotidiana, também ocasionou malefícios e riscos advindos dessa nova forma de produzir, distribuir e consumir (industrial) que foram sendo incorporados à sociedade como "males necessários" ao "progresso" e ao "desenvolvimento". Beck denomina a conformação desta sociedade como 'sociedade de risco', que corresponde àquela caracterizada pela crise ambiental resultante das transformações da primeira modernidade (industrial). Segundo o autor, a segunda modernidade (ou modernidade avançada) seria o estágio atual da modernidade que carrega os danos e os riscos decorrentes do novo modelo civilizacional adotado (BECK, 2000). A ocorrência de danos concretos e a possibilidade de riscos, portanto, constituem claramente o que se tem compreendido atualmente como crise ambiental, ou, em perspectiva mais abrangente, crise socioambiental, uma vez que não é possível desvincular as sociedades deste processo.

Não obstante seja possível observar a abordagem dos problemas ambientais em períodos anteriores, é patente que houve um vertiginoso aumento tanto em quantidade quando em gravidade de danos ambientais a partir de meados do século XX, havendo uma intensificação persistente até os dias atuais.

A ideologia que fundamentou o modo de conduzir a economia a partir da modernidade, o liberalismo, também contribuiu para as inegáveis consequências ambientais. O modelo liberal, por partir da crítica ao intervencionismo do Estado na economia, defende que o próprio mercado deve regular a si mesmo, sem subsídios estatais, reservas de mercado, protecionismos ou quaisquer outras interferências (STEWART JUNIOR, 1995, pp. 73-74). Assim, sem nenhum óbice aos seus interesses, as regras de mercado poderiam controlar o atendimento das necessidades humanas. O problema, no entanto, consiste em que, segundo as premissas do capitalismo, o lucro é a grande finalidade, não sendo observadas com maior atenção as necessidades reais e os interesses das sociedades: prevalece a busca pela maior vantagem para o sistema econômico, não refletindo em ganhos reais à sociedade.

Após a ameaça e constrangimentos com que o capitalismo se deparou a partir das experiências socialistas, sobretudo de matriz soviética, a partir de 1980 propagou-se uma nova leitura que viria a ser implementada nos países: o neoliberalismo. Seu

defensor, Hayek (1990), pugnava, então, o resgate da ideia de Estado Mínimo, onde prevaleceria a livre concorrência. Para Costa (2008, p. 12) a retomada e reforma do discurso liberal sob a forma *neo* foi necessária devido à falta de ideologia para o mundo globalizado de que necessitava o capital, optando-se por resgatar a ideia liberal, construída no século XVIII, adaptando-a às exigências atuais. Não obstante, segundo o autor, fazendo-se um balanço dos efeitos do neoliberalismo, observa-se que este deixou de saldo desastres econômicos, sociais, políticos e ecológicos, pois:

> Em todos os países em que foi implantado, ocorreu a concentrac ̧ão de renda e aumento da pobreza; o mundo se tornou mais instável e as crises econo ̂micas, sociais e políticas, mais constantes, os trabalhadores perderam direitos e garantias conquistadas há séculos, precarizou-se o trabalho e reduziram-se os salários. Só o grande capital, e os especuladores em especial, podem comemorar o advento do neoliberalismo. (COSTA, 2008, p. 13)

Cabe pontuar, no entanto, que o neoliberalismo se apresenta como face mais recente de um fenômeno mais antigo: a mercantilização e financeirização da vida em todas as suas instâncias, o que começou a ser delineado a partir da modernidade e do próprio sistema econômico vigente. Isto porque, segundo a lógica neoliberal, o mercado é capaz de regular todas as relações sociais que envolvem a economia, o que inclui as políticas que definirão o uso dos recursos. Na sequência de tantas diretrizes político-econômicas voltadas ao crescimento da economia de forma desvinculada das questões sociais e ambientais (já que se preconizou o interesse dos mercados), teve-se como resultado latente crise ambiental. Segundo Gonçalves (2016), tal crise se traduz em desequilíbrios visíveis como desmatamento, erosão e desertificação de solos, mudanças climáticas, crise energética, crise nos alimentos, crise migratória, urbanização desenfreada, crise política, crise sanitária, crise militar e, finalmente, crise econômica. De acordo com o autor, tais crises remetem uma crise civilizatória de múltiplas dimensões (GONÇALVES, 2016).

Apesar de haver um senso comum disseminado de que somente atualmente a questão ambiental tem alcançado maior destaque nos âmbitos de discussão, os problemas ambientais assumiram destaque na agenda internacional desde meados do século XX, em diversas convenções internacionais, até a atualidade. Nesses espaços, buscava-se chamar a atenção quanto ao tema e articular esforços possíveis em termos globais ou planetários. Em especial, destacam-se as convenções realizadas pela Organização das Nações Unidas (ONU), que capitaneou a discussão no campo internacional e exerceu considerável influência na formulação de legislação e políticas públicas nos países diretamente envolvidos nos debates sobre as questões climáticas e ambientais.

Pode-se dizer, desta forma, que parte da racionalidade ecológica atual, bem como das medidas pensadas para a solução de seus problemas estão relacionadas às discussões desenvolvidas nessas instâncias. É a partir dessas conferências que foram estabelecidos os parâmetros que nortearam as políticas ambientais a serem adotadas pelos governos, a exemplo da necessidade de pôr limites do crescimento (Conferência de Estocolmo, 1972); a proposição do conceito de desenvolvimento sustentável voltada à equidade intergeracional (Relatório Brundtland, 1978); a visão de sustentabilidade como equilíbrio entre o econômico, o social e o ambiental (Rio 92 e Conferência de Joannesburgo, 2002) e, atualmente, a ideia de economia verde proposta pela Rio+20 (2012).

A primeira conferência internacionalmente relevante acerca da questão ambiental foi a Conferência de Estocolmo e que resultou no documento denominado Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano. O enfoque do texto resultante da referida conferência apontou para o desgaste do meio natural frente ao desenvolvimento econômico pretendido pelos países: a proposta era frear o crescimento dos países e, consequentemente, diminuir a degradação ambiental. Na ocasião, as pretensões desenvolvimentistas foram questionadas, o que gerou certo desconforto entre os países: se os mais desenvolvidos colaboraram em maior medida para o diagnóstico ambiental negativo devido sua atividade poluidora, os países menos desenvolvidos argumentavam que não poderiam ser penalizados em suas pretensões de incrementar sua economia, já que contribuíram em menor grau para este quadro (BURSZTYN e PERSEGONA, 2008, pp. 150-151). Questionaram-se os efeitos da redução de poluição decorrente de atividades econômicas para os países mais pobres. Assim, a tônica do discurso naquele momento, foi a questão do desenvolvimento e sua influência sobre a qualidade do meio ambiente.

Como alternativa, buscou-se a implementação do termo ecodesenvolvimento, proposto durante a reunião do Conselho Administrativo do Programa das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, em 1973, por Maurice Strong. A ideia era solucionar a questão do desenvolvimento, adaptando-o às necessidades das áreas rurais dos países menos desenvolvidos valorizando os conhecimentos locais com respeito ao meio ambiente (SILVA, 2009, p. 102).

No entanto, mais dez anos após a Conferência de Estocolmo, verificou-se que os esforços empreendidos estavam abaixo do que seria necessário para que alguma mudança pudesse ser vislumbrada. Assim, foi criada a Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que elaborou e publicou o relatório "Nosso Futuro Comum", também conhecido como Relatório Brundtland. Foi este documento que plasmou a ideia de desenvolvimento sustentável como aquele que atende às necessidades das gerações presentes, sem afetar o mesmo direito das gerações futuras. Trata-se, portanto, de uma perspectiva de equidade intergeracional.

Após anos de discussões nos fóruns internacionais e mesmo diante do comprometimento dos países em promover políticas públicas de proteção ambiental, não é observada uma real efetividade em termos de melhora da crise ambiental instalada. Deste modo, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Cúpula da Terra, Rio 92 ou Eco 92), buscou avaliar os avanços desde 1972 e promover medidas como a adoção de tecnologias menos poluentes e estabelecer cooperação internacional para o tema. Tendo em vista o escopo da preocupação na questão econômica, começa então a promoção de mecanismos econômicos de proteção ao meio ambiente. Esta conferência também publicou um importante documento, denominado Agenda 21,[13] com metas a serem cumpridas pelos Estados signatários (SILVA, 2009, pp. 31-35).

Esta predileção pelos mecanismos econômicos ficou muito evidente na discussão que se intensificou na sequência desta conferência a respeito das mudanças

[13] A Agenda 21 foi o tema principal do encontro do Rio, constituindo um documento para incluir medidas de vigilância e de avaliação periódica para guiar os esforços da comunidade internacional no que se refere ao meio ambiente e desenvolvimento. O documento visava definir uma parceria entre diferentes atores na consolidação do desenvolvimento sustentável (LE PRESTE, 2000, p. 221).

climáticas, tanto em 1992 na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança Climática, quanto em 1997, no Protocolo de Quioto, que estabelece limites para a redução de gases de efeito estufa, que colaboram com a mudança do clima.[14] Como parte do Protocolo, fez-se uma distinção de metas para países desenvolvidos e países em desenvolvimento (para não prejudicar os mais pobres) e também foram instituídos mecanismos econômicos para facilitar o cumprimento dessas metas. Tais mecanismos, a exemplo dos mercados de carbono, possibilitam a negociação de direitos de poluir por meio de mercados constituídos para esta finalidade. Inaugura-se, portanto, a era da mercantilização da poluição e, por consequência, da qualidade ambiental. Tais soluções, notadamente, advêm de uma racionalidade através da qual os problemas do mercado devem continuar a ser tratados unicamente pelo mercado, ignorando-se o fato de que este mesmo sistema econômico é quem gera o problema (MAMED, 2016). Vê-se, neste ponto, a contradição mais atual vivenciada face à relação entre sociedades e natureza.

A ideia de sustentabilidade tem sido utilizada em larga escala para justificar medidas mercadológicas. Nos anos que se seguiram à Rio 92, o discurso da sustentabilidade como equidade intergeracional é reforçada, quando se agrega a visão de desenvolvimento sustentável enquanto a conciliação dos vieses econômico, ambiental e social. Esta concepção foi efetivamente defendida neste período e plasmada na Cúpula Mundial para o Desenvolvimento Sustentável de 2002, na cidade de Joanesburgo. De acordo com Lago (2013, p. 118), o significativo crescimento econômico deste período, fez aumentar o padrão de desenvolvimento ocidental, levando, obviamente, à percepção de uma inevitável dificuldade de implementar a ideia da sustentabilidade.

Posteriormente, em 2012, foi realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, conhecida também como Rio+20, em alusão ao vigésimo aniversário da Rio 92. Além de resgatar os parâmetros de sustentabilidade já estabelecidos em conferências anteriores, a Rio+20 buscou consolidar uma nova e polêmica diretriz para a questão ambiental, instituindo, assim, a ideia de economia verde. O conceito já vinha sendo trabalhado pelo Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (PNUMA) no âmbito da crise financeira de 2008, como um forte apelo de adaptação de mercado e alternativa de crescimento econômico. A apresentação do conceito pelas Nações Unidas, no entanto, foi de certo modo imprecisa, parecendo uma reafirmação da ideia de desenvolvimento sustentável. A instituição internacional a denominou como: "aquela que resulta na melhoria do bem-estar humano e da igualdade social, ao mesmo tempo em que reduz significativamente os riscos ambientais e das limitac ̧ õ es ecológicas" (PNUMA, 2015). Não obstante, nos documentos que tratam da efetivação da economia verde encontram-se medidas como Mecanismos de Desenvolvimento Limpo, projetos de Redução de Emissões por Desmatamento e Degradação Florestal (REDD) e outros instrumentos que buscam flexibilizar os limites de contaminação ambiental, adequando as necessidades de redução às demandas de mercado.

[14] O fenômeno das mudanças climáticas passou a ser apontado pelo Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas em 1988 e consiste em que o planeta vem sofrendo, desde a Revolução Industrial, um vertiginoso aumento em sua temperatura decorrente da emissão de gases poluentes na atmosfera que causam o efeito estufa (aumento da temperatura pelo acúmulo desses gases). Como efeitos observados encontram-se o degelo de calotas polares, aumento no nível dos oceanos, submersão das regiões costeiras, perda de biodiversidade, aumento dos extremos climáticos, dentre outros (GIDDENS, 2010, pp. 29-40).

Deste modo, repetidamente, os interesses econômicos são sobrepostos às necessidades reais e urgentes de tratamento de uma crise ambiental sem precedentes na história. Ao invés de efetivamente ser incentivada a redução das emissões que se busca combater, vê-se a criação de modelos pelos quais é possível compensar economicamente pela contaminação realizada. No balanço de emissões globais, deixar de exercer o 'direito a poluir' em um lugar, de modo algum compensa a poluição que continua a ocorrer em outro. Talvez, por este motivo, os níveis de emissão não sejam reduzidos mesmo após a instituição de tantos mecanismos. Nesse sentido, Marchesan (2003, p. 122) pondera que resta questionar a adoção de uma postura ambientalista oficial e a incorporação de certas medidas governamentais e empresariais no que se refere à proteção do meio ambiente: trata-se da real necessidade de preservação ambiental ou de mais um movimento em prol do interesse do mercado? De todos os dados históricos apresentados, vê-se como consenso que a exploração desenfreada dos bens naturais constitui o principal motivo que levou ao nível de degradação observado.

Na colonização, foram os discursos de inferiorização dos povos e a pressão para sua desaculturação que ditaram as regras para o aproveitamento econômico da natureza. Após a independência das colônias, o estigma de 'atraso' desses países. Atualmente, o discurso predominante remete à necessidade de melhoria da economia ao mesmo tempo em que se combata a crise ambiental proporcionada pelos modelos anteriores (MAMED, 2016).

Ou seja, como componente do pensamento ecológico atual, há que se considerar que há uma influência de alguns ciclos históricos que podem ser resumidos, grosso modo, como: a) o ideário de superação do atraso pela tentativa de integrar-se na economia pela exploração primária dos recursos naturais; b) Após séculos de exploração, a influência que rege as questões ambientais volta-se à identificação e superação dos problemas ambientais, cuja resposta advém de uma solução inserida por um agente externo: primeiramente, as políticas preservacionistas, criadas em âmbito internacional e, após a verificação de sua inviabilidade, as políticas de desenvolvimento sustentável; c) Visualizada a sua insuficiência, vê-se a criação de novas e velhas soluções, sendo a mais atual a economia verde e sua ideologia de mercantilização da natureza (MAMED, 2016).

Assim, vê-se que a questão ecológica atual ainda passa ao largo de tratar o tema pela maneira holística que necessita. Enquanto na Antiguidade e mesmo na Idade Média havia uma consideração da natureza em aspectos mais amplos, a modernidade inaugurou uma profunda clivagem entre as sociedades e o meio que as rodeia, como se, separado, o meio devesse ser objetivado pelo ser humano, esquecendo-se a concepção sistêmica da vida. Como defende Capra (1996), a vida na terra é constituída por uma interligação ecológica, em que todos os elementos são interdependentes. Ideias como as de Capra, diante dos investimentos maciços do capital para propagar ideias mercadológicas, no entanto, acabam aparecendo em cenários muito restritos, vinculados à ideia de ecologia profunda (*deep ecology*) com divulgação, por vezes, restrita ao âmbito acadêmico. À primeira vista, caberia um retorno às concepções mais holísticas sobre a natureza, deixando-se de pensar a questão ambiental unicamente como um problema econômico. Esta postura (economicista) tem predominado desde que a temática ambiental adentrou com maior força às discussões em distintos âmbitos da sociedade, sendo notável a influência nos discursos das conferências internacionais. Como

resultado, tem-se observado apenas o agravamento da crise ambiental, de modo que resta clarividente a falência das medidas primordialmente econômicas para mitigar o problema.

Na análise da conformação do pensamento ecológico atual, portanto, demonstra-se a presença de um ou outro elemento refletindo este histórico embate entre diferentes concepções de natureza ao longo da história, incluindo a persistente separação entre humanidade e natureza. Desde a antiguidade, as sociedades debatem-se sobre sua condição de parte indissociável, ou agente externo ao meio natural, oscilação observada ao longo da história e refletida nos modos de ser, fazer e viver das sociedades. No entanto, cabe observar quais aspectos úteis e necessários à relação com a natureza foram perdidos e carecem de um resgate. Nas palavras de Bacon (1999, p. 45), é muito comum a humanidade incorrer em exageros, sendo necessário, portanto, estabelecer as preferências pela Antiguidade ou pelas coisas atuais:

> Poucos são os temperamentos que conseguem a justa medida, ou seja, não desprezar o que é correto nos antigos, sem deixar de lado as contribuições acertadas dos modernos. E é o que tem causado grandes danos tanto às ciências quanto à filosofia, pois faz-se o elogio da Antiguidade ou das coisas novas e não o seu julgamento. (BACON, 1999, pp. 45-46)

Talvez haja chegado o momento em que a humanidade precise repensar o que deve resgatar do que se perdeu em tempos pretéritos. Entre os prejuízos inerentes à racionalidade moderna, esta separação entre o humano e o natural, é preciso considerar que a humanidade sempre foi um ingrediente da natureza e não apenas um elemento estranho a ela. É incontestável que a racionalidade moderna proporcionou um inédito incremento da qualidade de vida humana e do controle das adversidades da natureza, no entanto, como consequência, não há como ignorar os efeitos de degradação do ambiente e mesmo as desigualdades sociais advindas desse modo de produzir que prioriza o mercado em detrimento das necessidades vitais humanas. Entre as inúmeras experiências e oportunidades trazidas pela modernidade, há que se comemorar os benefícios gerados, mas sem vendar os olhos para a consideração das experiências degradantes, violentas e de desrespeito aos povos e ao ambiente. As experiências podem sempre servir ao aperfeiçoamento da vida em sociedade. Dessa breve análise de fundo histórica, filosófica e sociológica, vê-se a urgência do desafio em repensar um modelo de produção e consumo mais afeito às sociedades e à natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há como se pretender analisar o *status quo* das questões ambientais atuais sem contextualizá-las em a gênese histórica das sociedades humanas e as ideologias que as sustentam. Tais análises são complexas e demandam um esforço em termos de resgatar concepções de longa data que se repetem ao longo da história.

Da análise realizada, vê-se que o antigo dilema do ser humano de se incluir como parte da natureza ou como agente exterior a ela continua latente na contemporaneidade. A ideologia hegemônica contemporânea, além de dificultar a interpretação da realidade, mostra-se também inibidora na busca de soluções da conflituosa relação ser-humano e natureza. Os conflitos ambientais contemporâneos precisam ser

interpretados à luz da organização social, política e econômica da sociedade humana. Talvez este possa ser um dos caminhos para enfrentar e discernir a crise ecológica da atualidade e buscar meios jurídicos para o estabelecimento de diretrizes que definirão as políticas ambientais a serem adotadas.

A reflexão proposta traz como contribuição prática o despertar das ciências para a compreensão da gênese do pensamento ambiental através da perspectiva histórica. Muito se fala da questão ambiental e dos dilemas que esta impõe à sociedade, porém, comumente as análises se restringem a aspectos pontuais que não contemplam a origem e história dos problemas. Deste modo, refletir sobre a questão ambiental através do resgate do pensamento ecológico ao longo do percurso civilizatório ocidental é um esforço que certamente contribui para a compreensão da atual crise civilizatória.

Do que fora contemplado na presente análise, observa-se que as sociedades antigas e mesmo as medievais, mantinham com a natureza um modo de produção muito específico, considerando-se como parte do sistema vivo e que deviam, portanto, compreendê-la para adequar-se frente aos desafios da época. A ruptura deste modo de perceber a natureza, no entanto, ocorreu com o advento da modernidade e do novo modelo econômico por ela inaugurado. Ao invés de pensar a economia enquanto modo de prover as necessidades humanas, passou-se a enxergá-las como uma infinita produtora de riquezas, gerando novas demandas de consumo, meios insustentáveis de produção e, portanto, produzindo um débito ambiental traduzido na conhecida crise ambiental. O domínio da natureza e o posicionamento do ser humano em separar-se dela, nesse sentido, parece expressar a perda que precisa ser resgatada no pensamento ecológico atual, especialmente, em tempos de ameaça à vida e à qualidade de vida, em todas as suas formas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACON, Francis. **Novo organum:** verdadeiras indicações acerca da interpretação da. natureza. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

BARROS, Carlos. La humanización de la naturaleza en la Edad Media. In: **Revista História**, São Paulo, v. 19, pp. 79-108., 2000.

BAZZANELLA, Sandro Luiz. **A centralidade da vida em Nietzsche e Agamben frente à metafísica occidental e a biopolítica contemporânea.** Tese. (Doutorado) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

BORNHEIM, Gerd. **Os filosofos pré-socráticos.** São Paulo: Cultrix, 1998.

BURSZTYN, Marcel; PERSEGONA, Marcelo. **A grande transformação ambiental:** uma cronologia da dialética homem-natureza. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida:** uma compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 1996.

CARVALHO, Carlos Gomes de. Direito Ambiental: perspectivas no mundo contemporâneo. **Revista de Direito Ambiental**, n. 19, 2000.

COSTA Edimilson. **A globalização e o capitalismo contemporâneo.** São Paulo: Expressão Popular, 2008.

CUNHA, Manoela Carneiro. **Povos Tradicionais têm um pacto com o meio ambiente**. Disponível em: <http://www.ispn.org.br/entrevista-com-manuela-carneiro-da- cunha/+povos+tradicionais+conceito&cd =3&hl =pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 20 jul. 2010.

DA VINCI, Leonardo. **Tratado de la pintura**. Buenos Aires: Austral, 1947.

DESCARTES. Renée. **O discurso do método.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DIAMOND, Jared. **Colapso:** como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

ENGELS, Friedrich. **A situação da classe trabalhadora em Inglaterra.** Porto: Afrontamento. 1975.

FEIJÓ, Ricardo. **História do pensamento econômico.** São Paulo: Atlas, 2001.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** São Paulo: Editora UNESP, 1991.

HAYEK, Friedrich. **O caminho da servidão.** 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

KOIKE, Katsuzo. Aspectos da *physis* grega. **Revista perspectiva filosófica.** v. 6, n. 12, jul-dez, 1999.

LAGO, André Aranha Correa. **Conferências de desenvolvimento sustentável.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2013.

LAS CASAS, Bartolomé. **O paraíso destruído**: a sangrenta história da conquista da América Espanhola. Porto Alegre: L&PM, 2011.

LE PRESTE, Philippe. **Ecopolítica internacional.** São Paulo: SENAC, 2000.

MAMED, D. O. **Pagamentos por Servic¸os Ambientais e mercantilizac¸ão da natureza na sociedade moderna capitalista**. 2016. (Tese de Doutorado) Pontifícia Universidade Católica, Curitiba, 2016.

MARCHESAN, Jairo. **A questão ambiental na produção agrícola:** um estudo sócio-histórico-cultural no Município de Concórdia (SC). Ijuí: Unijuí, 2003.

MEIRINHOS, José Francisco; PULIDO, Manuel Lázaro. **Pensar a natureza**: problemas e respostas na Idade Média (Séculos IX-XIV). Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 2011.

O'CONNOR, James. **Causas naturales:** ensayos de marxismo ecológico. México: Siglo XXI, 2001.

OST, François. **A natureza à margem da lei.** Lisboa: Piaget, 1995.

PÁDUA, José Augusto. **Um sopro de destruição**: pensamento político e crítica ambiental no Brasil escravista (1786-1888). Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2002.

PNUMA. **Economia verde.** Nações Unidas, 2013.

Disponível em: <http://www.unep.org.br/eventos_detalhar.php?id_eventos=39>. Acesso em: 15 ago. 2015.

PRADO, Daniel Porciuncula. Facetas da práxis ambiental na antiguidade. **Revista Biblios.** Rio Grande: 14: pp. 7-14, 2002.

PRIGONINE, Illya e STENGERS, Isabelle. **Nova Aliança**: Metamorfose da ciência. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

SANTOS, Theotonio. **Revoluc¸ão técnico-científica e capitalismo contemporaˆneo**. Petrópolis: Vozes, 1983.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SILVA, Solange Teles. **O direito ambiental internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

STEWART JUNIOR, Donald. **O que é liberalismo.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1995.

TERRY, Carmen Cristina e ÓRUE, Sonia. Consumo y producción sostenibles. Perspectivas. *In:* **Producción y consume sostenibles:** imperative de una estrategia de desarrollo económico. La Habana: Científico-Técnica, 2013.

VILLORO, Luis. **El pensamiento moderno:** filosofía del renacimiento. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica/ El Colegio Nacional, 2010.

RECEBIDO EM: 09/11/2016
APROVADO EM: 04/04/2017

LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO E A TEORIA DA INCAPACIDADE: OS DESAFIOS INTERPRETATIVOS PARA A NOVA LEGISLAÇÃO CIVIL

BRAZILIAN LAW OF INCLUSION AND INCAPACITY THEORY: THE INTERPRETATIVE CHALLENGES FOR THE NEW CIVIL LEGISLATION

Rafael Lamera Giesta Cabral[1]

RESUMO: Após longa tramitação no Congresso brasileiro, em 2015, a Lei Brasileira de Inclusão tornou-se realidade. Um dos grandes destaques da legislação foi estabelecer que a deficiência deixa de ser um atributo da pessoa, não mais considerada, para efeitos civis, como uma condição estática e biológica da pessoa. Assim, o impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial passou a ser compreendido como resultado da interações das barreiras existentes que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, conforme dispõe a Lei nº 13.146/2015. O objetivo deste trabalho é identificar em quais medidas a lei de inclusão interage com a teoria da incapacidade e impõe novos desafios para construir o instituto da Tomada de Decisão Apoiada. Para que o objetivo seja alcançado, a pesquisa levanta nos referenciais teóricos, jurisprudenciais e históricos os limites e possibilidades que incorporaram nas legislações civis, a inclusão de deficientes. Até o presente momento, a lei de inclusão impôs alterações que a própria interpretação jurisprudencial ainda não foi capaz de resolver, principalmente, pela ausência de diálgo legislativo entre a Lei Brasileira de Inclusão, que alterou o Código Civil brasileiro, e o Novo Código de Processo Civil, que manteve sua estrutura processual sem levar em consideração parte das inovações da lei de inclusão.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Brasileira de Inclusão; Teoria da incapacidade civil; Tomada de Decisão Apoiada.

ABSTRACT: After a long process in the Brazilian Congress, in 2015, the Brazilian Inclusion Law became a reality. One of the great highlights of the legislation was to establish that disability ceases to be an attribute of the person. The disability is no longer considered as a static and biological condition of the person for civil effects. Thus, the long-term impediment of a physical, mental, intellectual or sensorial nature came to be understood as a result of the interactions of existing barriers that may obstruct their full and effective participation in society on an equal basis with other persons, as provided by Law Nº 13,146 / 2015. The objective of this paper is to identify in which basis the law of inclusion interacts with the theory of incapacity and imposes new challenges to build the institute of Supported Decision Making. In order to achieve the objective, the research raise the limits and possibilities that incorporate in the civil legislation, the inclusion of disabled people in theoretical, jurisprudential

[1] Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, UnB. Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal de São Carlos, UFSCar. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, UEMS. rafaelcabral@ufersa.edu.br

and historical references. Until today, the inclusion law has imposed changes that the jurisprudential interpretation itself has not been able to solve, mainly, by the lack of legislative dialogue between the Brazilian Inclusion Law, which amended the Brazilian Civil Code, and the New Code of Procedure Civil, which maintained its procedural structure without considering part of the innovations of the law of inclusion.

KEY WORDS: Brazilian Inclusion Law; Theory of civil capacity; Decision Making Supported.

INTRODUÇÃO

Desde 2002, quando o Código Civil brasileiro entrou em vigor, a teoria da incapacidade civil era objeto de tensão que envolvia diretamente a impossibilidade de algumas pessoas exercerem pessoalmente os atos da vida civil.

Pelo regramento originário, (i) os menores de dezesseis anos, (ii) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e (iii) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade eram considerados absolutamente incapazes para o exercício pessoal dos atos da vida civil.

Em 21 de dezembro de 2006, o país recebia uma proposta legislativa que foi construída sob muitos aspectos e com ampla participação da sociedade civil.[2] Transformada em projeto de lei n.º 7.699/2006, a proposta agrupou outros projetos de lei em curso no Congresso Nacional e após longo processo de tramitação, tornou-se lei ordinária em 06 de julho de 2015 (Lei n.º 13.146), instituindo no país a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também reconhecido como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Com *vacatio legis* de seis meses, a lei entrou em vigor no início de janeiro de 2016, alterando significativamente a teoria da incapacidade civil. Em um primeiro momento, a inovação pode ser observada com a nova redação dada pela lei ao artigo 3o do Código Civil: "São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de dezesseis anos".

Com a nova orientação, a lei revogou os demais dispositivos previstos anteriormente, excluindo do rol da incapacidade absoluta, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Assim, existe uma única forma de se reconhecer a incapacidade absoluta para atuar nos atos da vida civil: os menores de 16 anos.

Sem as demais possibilidades de incapacidade, aventou-se entre os estudiosos dúvidas sobre o real impacto sobre o instituto da curatela e por consequência, da interdição, com possível redução ou até mesmo extinção desta modalidade. No entanto, a curatela ainda pode ser manejada para as situações de incapacidade relativa para os atos da vida civil dos maiores de dezoito anos.

O rol dos relativamente incapazes também sofreu alterações com o advento da Lei Brasileira de Inclusão. Pelo conceito antigo, os deficientes mentais que tinham

[2] Em consulta ao histórico da proposta de lei foi possível constatar que além das audiências públicas e espaços de diálogos entre inúmeros atores, a proposta ficou disponível para consulta, opiniões e sugestões no portal *E-Democracia*, da Câmara dos Deputados, por longo período de tempo.

discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, foram excluídos deste rol de incapacidade relativa. Por outro lado, aqueles que, por causa transitória não pudessem exprimir sua vontade (antes, absolutamente incapazes), passaram a compor o rol da incapacidade relativa.

Essas alterações legislativas estão ligadas diretamente às ações de inclusão que movem as principais instituições de promoção aos direitos das pessoas com deficiência. Em 25 de agosto de 2009, o presidente Luíz Inácio Lula da Silva promulgou o decreto n. 6.949, que incluiu no ordenamento constitucional brasileiro a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu protocolo facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

No plano internacional, a convenção tinha como escopo 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. Com isso, a convenção reconheceu como pessoas com deficiências 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.

Assim, o destaque modificativo no direito pátrio reconhece que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, e naquelas situações em que, eventualmente, por se tratar de negócios jurídicos mais complexos e de cunho patrimonial, necessitem de apoio, a legislação incluiu no instituto da tomada de decisão apoiada.

Embora a nova legislação tenha alterado o Código Civil para reconhecer que não há incapacidade absoluta em decorrência de deficiências, a forma como as alterações ocorreram trouxeram dúvidas de grande porte, principalmente pelo atropelamento de uma norma jurídica por outra em decorrência da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência e o Novo Código de Processo Civil.

Lançando mão de pesquisa bibliográfica em cotejo com as jurisprudências que foram elaboradas a partir do impacto da nova legislação, busca-se neste artigo identificar em quais medidas a lei de inclusão da pessoa com deficiência interage e modifica a teoria da incapacidade civil e impõe novos desafios para construir e efetivar o instituto da tomada de decisão apoiada, principalmente, a partir do atropelo jurídico ocorrido entre a vigência das leis n.º 13.146/2015 (Lei de Inclusão) e n.º 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil).

O texto será dividido em duas seções. Na primeira, buscar-se-á demonstrar o desenvolvimento histórico no âmbito internacional da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, na segunda seção, analisar-se-á o impacto da convenção a partir de sua inclusão no ordenamento jurídico brasileiro, com vistas a problematizar os limites e as possibilidades decorrentes da alteração.

1. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Em 13 de dezembro de 2006, em homenagem ao 58.º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Assembleia Geral da Organização das Nações

Unidas (ONU) homologava uma norma internacional vinculante para promover, proteger e assegurar às pessoas com deficiência o exercício pleno e equitativo de direitos. Tratava-se da convenção internacional sobre direitos das pessoas com deficiência.

O Brasil ratificou a convenção em 20 de março de 2007 e após os trâmites constitucionais internos, o Congresso Nacional aprovou, por meio do Decreto Legislativo n.º 186, de 09 de julho de 2008, o texto da convenção. Em 25 de agosto de 2009, a presidência da República promulgou a convenção, incorporando seus dispositivos ao ordenamento constitucional brasileiro.

Na prática, a convenção tem se tornado um marco histórico nas ações de proteção às pessoas com deficiência. Segundo dados do Censo brasileiro de 2000, cerca de 14,5% da população brasileira possui alguma limitação funcional. Desde 1988, com a promulgação da Constituição Federal, algumas medidas legislativas foram lançadas para instituir políticas que culminaram em leis como a n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989,[3] n.º 10.048, de 08 de novembro de 2000,[4] n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000[5] e o decreto n.º 5.296, de 02 de dezembro de 2004.[6]

Em que pese o lento esforço legislativo observado no país, a condição de deficiente sempre impôs limites ao exercício pessoal de direitos e a convenção tem um bom ponto de partida ao reconhecer na alínea *f* que a deficiência é um conceito em evolução, principalmente por constatar que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A concepção de deficiência como um conceito em evolução permite uma interpretação aberta sobre a diversidade das pessoas com deficiência (inclusive daqueles que requerem maior apoio) que podem se expandir ou não frente às novas barreiras causadas em contextos específicos, pois ao vislumbrar impedimentos que dificultem a participação dessas pessoas na sociedade em igualdade, cria mecanismos e alternativas para a inclusão com autonomia, independência individual e liberdade para fazer as próprias escolhas.

A convenção, mesmo reconhecendo a condição de conceito em evolução, avançou em firmar um parâmetro conceitual ao considerar que 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.

De forma clara, o conceito exclui da pessoa a deficiência para remetê-la para o meio em que vive a pessoa. O deficiente não porta deficiência e impacta na forma como as

---

3 Esta lei dispôs sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a coordenadoria nacional para integração da pessoa com deficiência (CORDE) e instituiu a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, com regras para atuação do Ministério Público e definição de crimes.

4 Esta lei regulamentou o rol de pessoas que passaram a ter atendimentos prioritários em repartições públicas e empresas concessionárias de serviços públicos.

5 Esta lei estabeleceu normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida.

6 O decreto instituiu normas gerais e criou critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas com deficiências ou com mobilidade reduzida.

definições da pessoa com deficiência serão revisadas nos Estados Partes que ratificaram a convenção. Segundo Gaburri (2016), no Brasil, por exemplo, dois modelos eram utilizados no ordenamento jurídico para definir se uma pessoa pode ser considerada com deficiência ou não. Tratava-se do modelo médico, iniciado na década de 1960, referenciado pelo paradigma de serviços como escolas especiais, entidades assistenciais e centros de reabilitação e o modelo social, que visava a inclusão social, com esforços mútuos para a inserção social da pessoa com deficiência.

O regramento da convenção segue o modelo social, principalmente quando afirma que a avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar para considerar os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo, os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais, a limitação no desempenho de atividades e a restrição de participação.

Conforme demonstra Izabel Maria Madeira de Loureiro Maior, em apresentação ao livro editado pela Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República sobre a convenção (BRASIL, 2008, p. 21):

> a ONU abriu suas portas, pela primeira vez para a sociedade civil organizada, na elaboração, em tempo recorde, da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência (2002 a 2006). [...] A ONU mudou antes e transformou-se ainda mais, com o êxito das negociações maduras, sensatas e progressistas da convenção [...].

Essas transformações podem ser observadas a partir dos princípios que inspiram a convenção (artigo terceiro): i) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; ii) a não-discriminação; iii) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; iv) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; v) a igualdade de oportunidades; vi) a acessibilidade; vii) a igualdade entre o homem e a mulher; viii) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

Esses princípios foram incorporados nos cinquenta artigos que compõem o texto da convenção internacional e em decorrência desses princípios, os Estados Partes se comprometem a adotar todas as medidas necessárias, inclusive legislativa, para modificar ou revogar leis, regulamentos, costumes e práticas vigentes, que constituírem discriminação contra pessoas com deficiência.

No Brasil, desde 2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados pelo Congresso Nacional passam a ser equivalentes às emendas constitucionais. Na prática, desde 2009 a convenção internacional já havia sido incorporada no ordenamento jurídico nacional. No entanto, a grande modificação legislativa ocorreu com a promulgação da lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Inspirada nos termos da convenção, a lei nacional incorporou um conjunto significativo de ações de promoção e proteção aos direitos das pessoas com deficiência, principalmente, ao estabelecer marcos, conceitos e orientações educativas para as gerações presentes e futuras.

O artigo sexto da lei n.º 13.146 destaca que a deficiência não afeta a capacidade civil da pessoa, inclusive para a constituição de família pelo casamento ou união estável, para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, exercício do direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A seguir, apontar-se-á o impacto da lei de inclusão da pessoa com deficiência frente a teoria da incapacidade civil e os desafios do instituto tomada de decisão apoiada.

2. A INCAPACIDADE CIVIL E O INSTITUTO DA TOMADA DE DECISÃO APOIADA NO CÓDIGO CIVIL

A partir do momento que a lei n.º 13.146/2015 estabeleceu que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, a teoria da incapacidade civil se alterou completamente e repercutiu em vários ramos do direito civil brasileiro.

A inovação privilegia a tutela da dignidade-liberdade das pessoas com deficiência em detrimento do modelo de que pessoas com deficiência deveriam ser protegidas por serem vulneráveis.

Nessa perspectiva, a alteração legislativa é um desdobramento dos comandos estabelecidos tanto na Convenção quanto no Estatuto da Pessoa com Deficiência que impõe ao Estado, sociedade e família o dever de assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação litaçao, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico (artigo oitavo, da Lei n.º 13.146/2015).

Ao colocar em destaque a igualdade, o Estatuto revogou, no art. 123, os incisos I, II e III do artigo 3.º do Código Civil brasileiro, para excluir do rol da incapacidade civil os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Dentro desta lógica, revogou-se também o impedimento de deficientes, cegos e surdos atuarem como testemunhas. Revogou a proibição de casamento por "enfermo mental sem o necessário discernimento para os atos da vida civil" (artigo 1.548, I, Código Civil), bem como excluiu do rol de erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a "ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado" (artigo 1.557, IV, Código Civil).

Segundo Ana Paula Crosara de Resende (BRASIL, 2008, p. 37), "a igualdade perante a lei serve para que as diferenças advindas da deficiência não sejam fatores e

exclusão ou de marginalização social, já que garante a participação destas pessoas como parte da população". Neste desdobramento, o instituto da curatela sobre impactos significativos.

Como se sabe, estão sujeitos à curatela os maiores incapazes. No entanto, segundo as alterações promovidas pelo Estatuto, não há mais maiores absolutamente incapazes. Assim, o instituto da curatela se volta exclusivamente para atender aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade (por exemplo, uma pessoa em coma induzido ou os surdos-mudos cuja deficiência decorre de uma lesão ou anormalidade mental grave), aos ébrios habituais e aos viciados em tóxico e os pródigos.

Embora as modificações possam trazer avanços, ainda há muitas críticas e dúvidas sobre o manejo de situações em concreto, seja pela ausência de normas de transição, seja pelos atropelamentos legislativos causados. Segundo Madaleno (2016):

> o critério adotado pelo Código Civil para que alguém possa ser declarado incapaz de reger seus bens por deficiência mental é de caráter biológico, porquanto a deficiência mental deve ser de tal gravidade, que seja possível afirmar que o enfermo não governa sua própria conduta, constituindo-se em um estado ordinário de saúde, e não um estado acidental.

No entanto, a curatela não atinge mais os direitos pessoais.

José Fernando Simão (2016) aponta que ao colocar aqueles que por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade no rol dos relativamente incapazes oferece graves consequências. Em seu exemplo, o autor cita o caso de alguém estar em como induzido por questões médicas, ficando temporariamente sem discernimento algum. Como será possível realizar atos da vida civil com assistência ou auxílio? Nesse caso, "a interdição que, por fim, declarar a pessoa relativamente incapaz será inútil em termos fáticos, pois o incapaz não poderá participar dos atos da vida civil" (SIMÃO, 2016), pois a mudança legislativa poderá prejudicar aos que necessitam de representação e não assistência para o exercício de atos da vida civil.

> Maria Berenice Dias informa:
>
> A tendência atual é dar maior liberdade ao curatelado, deixando-o praticar sozinho atos de natureza não patrimonial, cujos efeitos se limitam à esfera existencial, como o caso do reconhecimento de paternidade. A proteção deve ocorrer na exata medida da ausência de discernimento, para que não haja supressão da autonomia, dos espaços de liberdade. As restrições à incapacidade de agir não existem para alhear os incapazes, mas para integrá-los ao mundo estritamente negocial. Segundo Pìetro Perlingieri, é preciso privilegiar, sempre que possível, as escolhas da vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma "morte civil". Permitir que o curatelado possa decidir, sozinho, questões para as quais possui discernimento é uma forma de tutela da pessoa humana, pois a autonomia da vontade é essencial para o livre desenvolvimento da personalidade. A real necessidade da pessoa com algum tipo de doença mental é menos a substituição na gestão patrimonial e mais, como decorrência do princípio da solidariedade e da função protetiva do curador, garantir a dignidade, a qualidade de vida, a recuperação da saúde e a inserção social do interditado. Para quem dispõe de discernimento parcial, a interdição deve ser limitada, relativa à prática de certos atos (CC 1.772 e 1.780), cabendo

> ao juiz delimitar sua extensão (CC1.772). Nesses casos, há a sugestão - mas não a imposição - de que as restrições sejam as mesmas previstas para os pródigos (CC 1.782). Como alerta Sérgio Girschkow Pereira, trata-se de curatela sem interdição. [...] A curatela não leva à incapacidade absoluta do curatelado. Cabe distinguir o grau de incapacidade. Desse modo, o curador representa o curatelado absolutamente incapaz e o assiste quando sua incapacidade é relativa (DIAS, 2015, pp. 687-688).

Pablo Stolze, em artigo lançado no ano de 2015, também observa algumas imprecisões técnicas incorporadas na modificação legislativa quando ainda permitiria a curatela (mesmo como medida de caráter excepcional) para pessoas com deficiência, que mesmo sendo capazes pela nova sistemática, poderiam ser consideradas como incapazes. Trata-se da figura dos capazes sob curatela. Qual a função do curador nessas circunstâncias? A questão é complexa. A possibilidade de por em curatela deficiente (pessoa capaz) está prevista no artigo 84, parágrafo primeiro da lei n.º 13.146/2015, que dispõe que "quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei". Trata-se das hipóteses em que a deficiência é severa, impossibilitando que o curatelado exerça atos da vida civil com autonomia da vontade.

Ao lado dessas questões, Flávio Tartuce (2016) também indica outros problemas. Senão, vejamos: segundo o autor, a lei n.º 13.146/2015 não trouxe a ideia de interdição, mas sim de uma ação judicial em que haverá a nomeação de um curador. Por outro lado, o novo Código de Processo Civil não regulou essa ação judicial, e baseou-se apenas no processo de interdição, conforme se observa a partir dos artigos 747 a 758.

De fato, o artigo 1768 do Código Civil foi alterado em pouco mais de três meses por duas vezes. A primeira alteração efetiva ocorreu com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência em janeiro de 2016, que modificou o artigo deixando de mencionar que "a interdição será promovida" e, depois, pelo NCPC (artigo 1072, II), que revogou expressamente o artigo 1768 do Código Civil a partir de março de 2016. Ao que tudo indica, a exclusão do art. 1768 pode ter ocorrido para evitar que na legislação sobre direito material houvesse disposição sobre matéria de direito processual. No entanto, Paulo Lobo (2016) é mais assertivo ao afirmar:

> O novo CPC desconsiderou tanto o projeto de lei que se converteu no Estatuto da Pessoa com Deficiência, quanto, o que é mais grave, a Convenção promulgada em 2009, que tem força de emenda constitucional, [...], com supremacia sobre qualquer lei ordinária.

Tanto Paulo Lobo (2016) quanto Flávio Tartuce (2016) apontam que o espírito da Convenção Internacional (com força de emenda constitucional) e do próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência devem prevalecer, de modo a impor ao novo CPC interpretação conforme à Constituição.

A reforma produzida também impactou na ausência de não ofertar previsão a respeito das pessoas com desenvolvimento reduzido. É o caso da sociopatia ou psicopatia, que deixam de ser considerados absolutamente incapazes. A crítica de Tartuce (2016) é relevante, pois, infelizmente, o legislador pensou apenas na pessoa com deficiência, deixando de lado outras situações concretas. Em referência a tais casos, Tartuce já apontava que desde 2014 havia previsão nesse sentido, conforme destacou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que se transcreve a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL.RECURSO ESPECIAL. INTERDIÇÃO. CURATELA. PSICOPATA. POSSIBILIDADE. 1. Ação de interdição ajuizada pelo recorrente em outubro de 2009. Agravo em recurso especial distribuído em 07/10/2011. Decisão determinando a reautuação do agravo em recurso especial publicada em 14/02/2012. Despacho determinando a realização de nova perícia psiquiátrica no recorrido publicado em 18/12/2012. 2. Recurso especial no qual se discute se pessoa que praticou atos infracionais equivalentes aos crimes tipificados no art. 121, §2º, II, III e IV (homicídios triplamente qualificados), dos quais foram vítimas o padrasto, a mãe de criação e seu irmão de 03 (três) anos de idade, e que ostenta condição psiquiátrica descrita como transtorno não especificado da personalidade (CID 10 - F 60.9), está sujeito à curatela, em processo de interdição promovido pelo Ministério Público Estadual. 3. A reincidência criminal, prevista pela psiquiatria forense para as hipóteses de sociopatia, é o cerne do presente debate, que não reflete apenas a situação do interditando, mas de todos aqueles que, diagnosticados como sociopatas, já cometeram crimes violentos. 4. A psicopatia está na zona fronteiriça entre a sanidade mental e a loucura, onde os instrumentos legais disponíveis mostram-se ineficientes, tanto para a proteção social como a própria garantia de vida digna aos sociopatas, razão pela qual deve ser buscar alternativas, dentro do arcabouço legal para, de um lado, não vulnerar as liberdades e direitos constitucionalmente assegurados a todos e, de outro turno, não deixar a sociedade refém de pessoas, hoje, incontroláveis nas suas ações, que tendem à recorrência criminosa. 5. Tanto na hipótese do apenamento quanto na medida socioeducativa – ontologicamente distintas, mas intrinsecamente iguais – a repressão do Estado traduzida no encarceramento ou na internação dos sociopatas criminosos, apenas postergam a questão quanto à exposição da sociedade e do próprio sociopata à violência produzida por ele mesmo, que provavelmente, em algum outro momento, será replicada, pois na atual evolução das ciências médicas não há controle medicamentoso ou terapêutico para essas pessoas. 6. A possibilidade de interdição de sociopatas que já cometeram crimes violentos deve ser analisada sob o mesmo enfoque que a legislação dá à possibilidade de interdição – ainda que parcial – dos deficientes mentais, ébrios habituais e os viciados em tóxicos (art. 1767, III, do CC-02). 7. Em todas essas situações o indivíduo tem sua capacidade civil crispada, de maneira súbita e incontrolável, com riscos para si, que extrapolam o universo da patrimonialidade, e que podem atingir até a sua própria integridade física sendo também *ratio* não expressa, desse excerto legal, a segurança do grupo social, mormente na hipótese de reconhecida violência daqueles acometidos por uma das hipóteses anteriormente descritas, tanto assim, que não raras vezes, sucede à interdição, pedido de internação compulsória. 8. Com igual motivação, a medida da capacidade civil, em hipóteses excepcionais, não pode ser ditada apenas pela mediana capacidade de realizar os atos da vida civil, mas, antes disso, deve ela ser aferida pelo risco existente nos estados crepusculares de qualquer natureza, do interditando, onde é possível se avaliar, com precisão, o potencial de auto-lesividade ou de agressão aos valores sociais que o indivíduo pode manifestar, para daí se extrair sua capacidade de gerir a própria vida, isto porquê, a mente psicótica não pendula entre sanidade e demência, mas há perenidade etiológica nas ações do sociopata. 9. A apreciação da possibilidade de interdição civil, quando diz respeito à sociopatas, pede, então, medida inovadora, ação biaxial, com um eixo refletindo os interesses do interditando, suas possibilidades de inserção social e o respeito à sua dignidade pessoal, e outro com foco no coletivo – ditado pelo interesse mais primário de um grupo social: a proteção de seus componentes -, linhas que devem se entrelaçar para, na sua síntese, dizer sobre o necessário discernimento para os atos da vida civil de um sociopata que já cometeu atos de agressão que, *in casu*, levaram a óbito três pessoas. 10. A solução

> da querela, então, não vem com a completa abstração da análise da capacidade de discernimento do indivíduo, mas pela superposição a essa camada imediata da norma, da mediata proteção do próprio indivíduo e do grupo social no qual está inserido, posicionamento que encontrará, inevitavelmente, como indivíduo passível de interdição, o sociopata que já cometeu crime hediondo, pois aqui, as brumas da dúvida quanto à existência da patologia foram dissipadas pela violência já perpetrada pelo indivíduo. 11. Sob esse eito, a sociopatia, quando há prévia manifestação de violência por parte do sociopata, demonstra, inelutavelmente, percepção desvirtuada das regras sociais, dos limites individuais e da dor e sofrimento alheio, condições que apesar de não infirmarem, per se, a capacidade do indivíduo gerenciar sua vida civil, por colocarem em cheque a própria vida do interditando e de outrem, autorizam a sua curatela para que ele possa ter efetivo acompanhamento psiquiátrico, de forma voluntária ou coercitiva, com ou sem restrições à liberdade, a depender do quadro mental constatado, da evolução – se houver – da patologia, ou de seu tratamento. 12. Recurso especial provido.

Essas situações estão sendo refletidas em inúmeras decisões judiciais e não necessariamente nas instâncias legislativas. Há situações em que a extensão da incapacidade, quando existente, deve ser avaliada em sua plenitude, pois um deficiente psíquico pode não ser totalmente incapaz para as amplas situações em que atos da vida civil podem ser praticados. Como esclarece Madaleno (2016) ao citar María Victória Famá, Marisa Herrera e Luiz María Pagano:

> toda limitação à capacidade supõe uma limitação à liberdade pessoal, e a inclusão do sujeito entre os que detêm personalidade psicótica só deve ser admitida quando o desequilíbrio psíquico – não mórbido – for acentuado, grave e acarrete fundado perigo para sua subsistência, com capacidade da pessoa produzir dano a si e ao seu patrimônio.

A seguir, passa-se a analisar o instituto da tomada de decisão apoiada.

No Brasil, a tomada de decisão apoiada é um instituto que possui desdobramento imediato da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiência e da Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Com a inclusão do instituto no Código Civil, sua disciplina flui a partir do art. 1.783-A.

Pela definição legal, a tomada de decisão apoiada é o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade.

Como se pode observar, o procedimento visa criar alternativas para que as pessoas com deficiência possam exercer pessoalmente atos da vida civil com maior autonomia, na proporção de suas necessidades. No artigo 12 da Convenção Internacional há o pleno reconhecimento da igualdade perante a lei e, assim, o modelo de tomada de decisão assistida é uma forma de evitar que a vontade da pessoa interdidata seja substituída pela vontade do curador.

O Brasil não é pioneiro ao adotar essas medidas de inclusão após considerar pessoas com deficiência plenamente capazes para atuar nos atos da vida civil. Cleide Ramos, em comentário ao artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aponta que:

> Na Suécia já se adota um modelo altamente capacitante, tendo a pessoa do curador a incumbência de auxiliar a pessoa com deficiência a fazer escolhas e tomar decisões de forma independente. Essa figura, chamada de *ombudsperson*, não é indicada num processo judicial de interdição, fazendo parte dos quadros da Administração Pública, com a incumbência de se aproximar da pessoa com deficiência, conquistar sua confiança, o que pode levar dias, meses ou anos, e por fim auxiliá-la a manifestar a sua vontade sobre aspectos da sua vida, ou tão somente prestar apoio em momentos difíceis (BRASIL, 2008, p. 55).

No direito italiano, registra Gaburri (2016), desde 2004, também há a figura do *amministrazione di sostegno* (administrador de apoio, em tradução livre). O artigo 404 do Código Civil italiano dispõe:

> a pessoa que, devido uma doença ou uma deficiência física ou mental, se torna impossibilitado, ainda que parcial ou temporário, para atender seus interesses, pode ser assistido por um administrador de apoio, designando o magistrado o local em que tenha residência ou domicílio. [tradução livre].

Madaleno (2016) e Gaburri (2016) fazem referência ainda à Argentina, que em 2016, contemplou o *Sistemas de Apoyo al Ejercício de la Capacidad*. No artigo 43 do Código Ciivl argentino dispõe:

> Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No direito argentino e português, noticia Rolf Madaleno que há uma:

> [...] diferença entre **incapacidade** e **inabilitação**, ocorrendo esta última quando não é a razão ou o discernimento da pessoa que se encontram afetados, mas sua vontade é que se encontra comprometida, como no exemplo do pródigo, do surdo-mudo, do cego, ou daquele que abusa de bebidas alcóolicas ou de estupefacientes, e estas circunstâncias os tornam incapazes de reger convenientemente o seu patrimônio, sendo promovida a declaração judicial de sua inabilitação em processo similar ao de interdição por incapacidade, sendo distintos os efeitos jurídicos da sentença já que a ingerência da curatela é eminentemente patrimonial (MADALENO, 2016). (grifo do autor)

No caso brasileiro, o foco da tomada de decisão apoiada é reconhecer que muitas vezes o pessoa com deficiência não precisa de um substituto, mas sim de um apoio qualificado frente suas capacidades e na eliminação dos obstáculos do meio para promover o exercício de direitos pessoalmente com inclusão.

Para formular o pedido, a pessoa com deficiência e os apoiadores devem apresentar termo em que constem os limites do apoio oferecido e os compromissos dos apoiadores. A indicação de prazo de vigência do acordo e respeito à vontade, aos direitos

e interesses da pessoa que devem apoiar também devem ser apresentados, conforme dispõe o parágrafo primeiro do artigo 1.783-A, do Código Civil.

A legitimidade do pedido se conforma com a própria ação do beneficiário do apoio que pode solicitar ao juiz o pedido. Os demais dispositivos do artigo 1.783-A dispõe que: Antes de se pronunciar sobre o pedido de tomada de decisão apoiada, o juiz, assistido por equipe multidisciplinar, após oitiva do Ministério Público, ouvirá pessoalmente o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio (§ 3.º); A decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado. (§ 4.º); Terceiro com quem a pessoa apoiada mantenha relação negocial pode solicitar que os apoiadores contra-assinem o contrato ou acordo, especificando, por escrito, sua função em relação ao apoiado (§ 5.º); Em caso de negócio jurídico que possa trazer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o juiz, ouvido o Ministério Público, decidir sobre a questão (§ 6.º); Se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. (§ 7.º); Se procedente a denúncia, o juiz destituirá o apoiador e nomeará, ouvida a pessoa apoiada e se for de seu interesse, outra pessoa para prestação de apoio (§ 8.º); A pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término de acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada (§ 9.º); O apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão de sua participação do processo de tomada de decisão apoiada, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do juiz sobre a matéria (§ 10) e aplicam-se à tomada de decisão apoiada, no que couber, as disposições referentes a prestação de contas na curatela (§ 11).

Na prática, o instituto permite a inclusão de inúmeras pessoas com deficiência para amplos exercícios de atos da vida civil. Alinha-se com a Convenção sobre as Pessoas com Deficiência e estabelece um novo marco para o exercício de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ações da Organização das Nações Unidas (ONU) para promover, proteger e assegurar em igualdade de condições o exercício pessoal de direitos para as pessoas com deficiência, em 2006, vieram em boa hora. Apenas em 2015, com a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência, houveram alterações significativas na legislação infraconstitucional brasileira para colocar em vigor medidas que pudessem oportunizar às pessoas com deficiência o exercício de direitos.

Ao modificarem a teoria da incapacidade absoluta, com exclusão dos deficientes desta modalidade, a lei modificou os institutos da curatela e proporcionou o exercício inédito de direitos a partir do instituto da tomada de decisão apoiada.

Nesse processo, um dos grandes destaques é que a legislação estabeleceu que a deficiência não deve ser um atributo da pessoa, como uma condição estática e biológica da pessoa. Ao compreender que o conceito de deficiência está em constante evolução, a lei põe em destaque o impedimento, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial como resultado de interações das barreiras existentes que possam obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na primeira parte do trabalho, buscou-se demonstrar como a lei de inclusão da pessoa com deficiência reflete uma política internacional de inclusão. Na segunda parte, destacou-se os desafios criados pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência com a teoria da incapacidade civil para construir o instituto da Tomada de Decisão Apoiada.

Em sede de considerações finais, constatou-se que a ausência de normas de transição entre as legislações materiais e processuais podem causar uma série de problemas para o manejo de direitos das pessoas com deficiência, pois modificam institutos sem resguardá-los ou integra-los a situações inéditas.

Em relação a curatela, a possibilidade de coexistir com pessoas capazes (deficientes) pode transparecer uma atecnia desnecessária, mas que devem ser tratadas na perspectiva da lei nº 13.146/2015. Com as alterações, as pessoas com deficiência que estivessem sob curatela após a vigência da lei de inclusão, tem como alternativa suscitarem o pedido de levantamento da curatela, de modo a compatibilizar a nova condição de capacidade.

A pessoa com deficiência deve ser apoiada para exercer sua capacidade civil. Como pontua Cleide Ramos, "a incapacidade depende do meio em que vive a pessoa, seja por influência de seus condicionantes sociais, econômicos ou ambientais ou mesmo pelos seus condicionantes culturais, dos quais se destaca o estigma e o preconceito incapacitante" (BRASIL, 2008, p. 57). Cabe à sociedade, ao lado do Estado, um papel essencial neste processo: evitar a que invisibilidade social continue a naturalizar a exclusão das pessoas com deficiência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. **Código Civil y Comercial de la Nación**. Cuidad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2014.

BRASIL. **A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada**. RESENDE, Ana Paula Crosara; VITAL, Flávia Maria de Paiva. (Coords.). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos; Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008.

____. Decreto n.º 6.949/2009. Dispõe sobre a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm>. Acesso em: 06 dez. 2016.

____. Lei n.º 13.146/2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm#art114>. Acesso em: 06 .dez. 2016.

____. Lei n.º 10.406/2002. Institui o Código Civil brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 06 dez. 2016.

____. Projeto de Lei n.º 7.699/2006. Institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=339407>. Acesso em: 06 dez. 2016.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2015.

GABURRI, Fernando. Capacidade e tomada de decisão apoiada: implicações do Estatuto da Pessoa com Deficiência no Direito Civil. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13. pp. 118-135, 2016.

LOBO, Paulo. Com avanços legais, pessoas com deficiência mental não são mais incapazes. Conjur, 16 ago. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/processo-familiar-avancos-pessoas-deficiencia-mental-nao-sao-incapazes>. Acesso em: 10 dez. 2016.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte 2). Conjur, 7 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-mudancas>. Acesso em: 13 dez. 2016.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o sistema jurídico brasileiro de incapacidade civil**. JusNavigandi, julho.2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41381/o-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-sistema-juridico-brasileiro-de-incapacidade-civil>. Acesso em: 10 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5

RECEBIDO EM: 01/01/2017
APROVADO EM: 16/04/2017

CARECER DE DERECHOS: UNA INTRODUCCIÓN A LOS ESTUDIOS TEÓRICOS SOBRE LA APATRIDIA

LACK OF RIGHTS: AN INTRODUCTION TO THEORETICAL STUDIES ON STATELESSNESS

Violeta Alejandra Chávez Bautista[1]

> O bien te dan el certificado del estado (y lo llevas contigo), con lo que adquieres una *identidad* que durante el curso de tu vida le permite al estado identificarte y seguir tu rastro (dar contigo), o bien vives sin identidad y te condenas a vivir fuera del estado como un animal (los animales no tienen documentos de identidad). No solo no puedes ingresar en el estado sin certificación: para el estado no estás muerto hasta que se certifica tu muerte; y solo puede certificar tu muerte un funcionario que, a su vez, detenta una certificación del estado.
>
> Coetze, Diario de un mal año

RESUMEN: Testimoniar la existencia de un individuo es una obligación del Estado, tanto que el acceso a un acta de nacimiento, manifiesto en el derecho a la identidad y el derecho a la nacionalidad, se ha elevado al rango de derecho fundamental. El Estado nunca ha sido neutral, no testimonia sin más, categoriza, segmenta lo existente, colocando a los individuos en una jerarquía que los define como "alguien": persona, menor, ciudadano, etc. El Estado también decide quién es "nadie" y lo clasifica como apátrida, aquel que no es reconocido por ningún Estado como su miembro. Según el ACNUR, durante 2015 se contabilizaron más de tres millones de apátridas en el mundo, sin embargo, se calcula que la cifra es definitivamente mayor y que, eventualmente, éste será un problema tanto geopolítico, en términos de migraciones, supervivencia cultural de Occidente y efectividad de sus Estados, como de fundamentación del Derecho en lo que hace a la definición de sus sujetos y a la legitimidad de sus cánones. El objetivo de este documento es presentar una perspectiva contemporánea de las causas, efectos y tratamiento institucional de la apatridia. Mostrando, a partir de ello, la relevancia de la figura del apátrida para el análisis político internacional actual.

PALABRAS CLAVE: Apatridia; Estado; causas y efectos; Tratamiento institucional de la apatridia.

ABSTRACT: To testify about the existence of an individual is an obligation of the State, this is true as the access to a birth certificate, shown on the right to identity and the right to nationality, has risen to the rank of Fundamental Right. State has never been neutral, does not testify without more, it categorizes, segmenting the reality, placing individuals in a hierarchy that defines them as "someone": person, child, citizen, etc. The State also decides who is "nobody" and classifies it as a Stateless person, who is

[1] Doctorante en Ciencia Política por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestra en Filosofía por la Universidad Nacional Autónoma de México. violeta.a.chavez@gmail.com

not recognized by any state as its member. According to UNHCR, in 2015 there were more than three million of Stateless people in the world, however it is estimated that the figure is higher and that eventually this will be a much geopolitical problem, in terms of migration and effectiveness of the State, as substantiation of Law regarding the definition of its subject and the legitimacy of its canons. The purpose of this document is to present the contemporary causes, effects and institutional treatment of Statelessness. This will show the importance of the condition of Statelessness for an international political analysis.

KEY WORDS: Statelessness; State; cause and effect; Institutional treatment of statelessness.

INTRODUCCIÓN

Según Delgado (2013), el término apatridia apareció por primera vez en el diario francés *La Loi* en 1918, fue empleado por Charles Claro para sustituir al alemán *heimatlos* o *heimatlosat* que se refería a la tierra natal y, jurídicamente, al domicilio, por lo que significaba "sin hogar" o "sin domicilio".

En sentido estricto, tanto para el español como para el francés, un apátrida es una persona sin patria, es decir, sin padre. Es claro que la referencia al *pater* vincula al concepto con la tradición judeocristiana, lo cual no supondría un defecto si no fuese el caso que, en el mito judeocristiano, la salida del territorio del Padre se describe como una expulsión culposa. El castigo ganado, sea cual fuere su índole, es tan razonable para Occidente que tenemos Derecho, pero la pertinencia de hablar de castigo se quiebra en el caso de la apatridia: ¿qué acto, palabra o pensamiento debe realizarse para no tener derecho a la nacionalidad, al reconocimiento y a la protección de la ley?

La apatridia refiere al Estado y no a la patria. No se trata de la orfandad de los recién nacidos expósitos, abandonados furtivamente en un hospital o en el quicio de alguna puerta, no se trata de la trágica escena en que la vida de un ser humano es dejada al arbitrio de la Fortuna. Se trata de una orfandad aséptica, el apátrida puede ser un adulto, tiene lazos familiares, la gente le conoce por su nombre, quizá hasta su padre biológico le ame, pero no hay un solo Estado en el mundo que lo reconozca como un ser existente.

Dicho lo anterior, podríase interpretar que un apátrida es un *sin-Estado*. *Apólida* es el término que empleaban algunos textos jurídicos del siglo pasado en América Latina y que se sigue usando en el italiano, sin-*polis*. No es la persona sin *pater* la que interesa, sino la persona en desamparo, sin esfera jurídica, sin inmunidad estatal; de manera tal que la mejor versión del concepto podría ser la inglesa, *statelessness*.

Así, por el uso corriente que se le da, apatridia es una palabra apropiada para describir la condición de los sin-Estado; mientras que, por el origen etimológico de la palabra, apatridia resulta inaceptable.

Debido a que su uso está ampliamente difundido, sobre todo en los instrumentos jurídicos internacionales y en las investigaciones vinculadas a ellos, la definición de apatridia que empleo en adelante, es la que ofrece la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): un apátrida es un individuo que no es reconocido como su nacional por ningún Estado.

1. LAS CAUSAS DE LA APATRIDIA

Para abordar las causas de la apatridia sugiero, primero, una clasificación propia que considero útil. Siendo individuos no reconocidos como nacionales por ningún Estado, los apátridas pueden serlo transnacionales, cuando deben atravesar alguna frontera, o locales, cuando no han atravesado fronteras nacionales. Esta simple distinción me parece conveniente porque me ha permitido considerar al menos una causa eficiente del fenómeno de apatridia y de la que más tarde hablaré.

Ya que se ha dicho que la apatridia refiere a la ausencia de vínculo entre un individuo y algún Estado, además de que esa irrelación no es culposa, se entiende mejor la proposición siguiente: la apatridia es un producto del Estado. Por supuesto que se trata de una perspectiva de análisis macro histórico del Estado que no debe considerarse una contribución a los argumentos que proponen la demolición del Estado, ni en sentido liberal ni en cualquier otro. Ciertamente, como el resto de los Órdenes sociopolíticos de los que se ha dotado la humanidad, el Estado desaparecerá, pero no será pronto y, hoy por hoy, no existe otra fuerza aglutinadora ni otro actor que articule con suficiente potencia la defensa de ideales políticos como la igualdad y la libertad; de modo que la intención de observar los efectos perniciosos del Estado, como la apatridia, forma parte de una estrategia de reconducción y re evaluación del mismo.

En términos generales, las causas de la apatridia, que casi siempre son parte de las singularidades estructurales o históricas del Estado, pueden ser las siguientes: 1) conflictos de leyes, 2) sucesión de estados, 3) leyes de matrimonio, 4) prácticas administrativas, 5) discriminación, 6) privación de la nacionalidad y 7) renuncia del individuo a su nacionalidad. Un análisis más profundo muestra que esas causas son:

i. Que la legislación nacional de un Estado entre en conflicto con la de otro, puede dejar a los individuos sin nacionalidad. Tal es el caso de individuos que nacen de padres extranjeros en territorios que sólo otorgan la nacionalidad por *ius sanguinis,* sin poder acogerse a la nacionalidad de los padres porque en sus países de origen la misma se otorga según *ius soli*.

ii. La sucesión de Estados también es causa de apatridia para muchas personas, las transferencias de territorios, la unificación de estados, la disolución de un Estado o la separación de una parte del territorio, provocan un vacío institucional que deja sin nacionalidad a los extranjeros, descendientes de extranjeros y recién nacidos.

iii. La falta de equidad de género en las leyes de matrimonio de algunos países promueve la aparición de casos de apatridia, al hacer del derecho a la nacionalidad un derecho propio de los varones y no de las mujeres. Esta minusvaloración de la mujer como sujeto de derecho se manifiesta de diversas maneras: cuando la celebración o disolución del matrimonio afecta a la nacionalidad de la mujer, cuando el cambio de nacionalidad del esposo durante el matrimonio afecta a la nacionalidad de la mujer, cuando la adquisición de la nacionalidad del esposo implica la pérdida de la nacionalidad de la mujer y, en algunos casos, cuando una mujer extranjera no puede adquirir la nacionalidad del esposo pero un hombre extranjero sí puede adquirir la nacionalidad de la esposa. Es así como muchas mujeres, y después también sus hijos, quedan en condiciones de apatridia.

iv. También los asuntos administrativos y procesuales pueden limitar el acceso a la nacionalidad de los individuos mediante gastos excesivos, plazos que no

pueden ser cumplidos, imposibilidad de aportar documentos requeridos o algo tan simple como inaccesibilidad de los registros civiles, ya sea por la distancia a la que se encuentran, ya sea por el idioma que hablan los funcionarios.

v. La apatridia también ocurre cuando hay revocación automática de la nacionalidad aplicada a individuos naturalizados, comúnmente se trata de personas a las cuales no se les ha notificado que si, por ejemplo, no se presentan a una oficina de manera regular o permanecen fuera del territorio nacional, su nacionalidad está en riesgo de perderse (Unión Interparlamentaria Mundial, ACNUR, 2008).

vi. A pesar de que la discriminación por razones de raza, religión, género y origen nacional o étnico está prohibida de manera transversal en las actuaciones e instrumentos jurídicos de casi todos los estados del mundo, es un hecho que ésta ocurre. Particularmente en el caso de los procesos de desnacionalización que, generalmente, van seguidos de la expulsión de los individuos, el ejemplo más dramático es el del pueblo rohingyá considerado la comunidad de apátridas más grande del mundo, habitantes musulmanes de la frontera entre Birmania y Bangladesh que son víctimas de las políticas antimusulmanas de los budistas de ambos estados, a tal grado que no se les reconoce nacionalidad alguna y son constantemente expulsados de los territorios desde 1978, al menos.

vii. Otra razón por la cual los individuos pueden volverse apátridas corresponde al derecho de los estados para revocar la nacionalidad a los individuos de manera legal. Esto ocurre si la nacionalidad ha sido obtenida de manera fraudulenta, si un naturalizado reside fuera del territorio durante un cierto periodo de tiempo, si el individuo ha faltado a la lealtad con el Estado o ha actuado en contra de sus intereses, o si el individuo ha repudiado al Estado receptor. Esta práctica es más común de lo que se cree y parece estar reforzándose a partir del incremento de la actividad terrorista aislada y suicida; diversos gobiernos, Francia por ejemplo, han decidido retirar la nacionalidad a individuos naturalizados a los que se vincule con la práctica o planificación de actos terroristas.

viii. Por último, quizá la causal más relevante, la no presentación e inscripción de los recién nacidos en el registro civil. Según S. Heap (2009) hay 51 millones de menores al año que no se registran en el momento de su nacimiento. Entre los motivos por los que los padres no inscriben al recién nacido está el desconocimiento de la importancia de hacerlo, el coste que supone el trámite en términos de tiempo y dinero, la incertidumbre sobre si el menor sobrevivirá, la inestabilidad política, las barreras jurídicas, sociales y culturales, y el miedo a ser perseguidos por las autoridades. La creación de incentivos para inscribir el nacimiento es uno de los grandes desafíos para cualquier Estado, sin embargo resulta una tarea que parece tener poca importancia en países como, por ejemplo, Zambia, acosada por la pobreza, el VIH y el SIDA, o Nepal, donde las altas tasas de mortalidad infantil no motivan a los padres a correr con los gastos de inscripción.

La declaratoria de apatridia supone una investigación que se limita a los Estados con los cuales una persona goza de un vínculo relevante, ya sea por haber nacido en el territorio, por descendencia, por matrimonio o por residencia habitual. En algunos casos el criterio de relevancia puede limitar el alcance de la investigación a un sólo Estado o a una entidad que no es un Estado. Establecer si un individuo *no es considerado como nacional suyo conforme a su legislación*, requiere de un análisis de cómo un Estado determinado aplica sus leyes de nacionalidad a un caso individual.

Por Estado se entiende lo dicho en la *Convención sobre los Derechos y los Deberes de los Estados* de Montevideo de 1933, artículo 1, según el cual un Estado es una persona unitaria para el Derecho Internacional si reúne los requisitos de poseer una población permanente, un territorio determinado, un gobierno y la capacidad de entrar en relaciones con otros Estados.

Como se puede ver, la condición de apatridia está atada a la voluntad del Estado, es el Estado emisor el que en su acción, mediante leyes diferenciales y actuaciones discriminatorias, u omisión, mediante la baja presencia institucional o su debilidad, el que reduplica la jerarquía social dejando a ciertos individuos en el desamparo; un desamparo que adquiere tintes más dramáticos si el individuo excede los límites territoriales del Estado en el que ha nacido. A esto me he referido con causa eficiente de la apatridia, una situación de discriminación insensible y casi aleatoria que reduce la carga del Estado en términos de garantías jurídicas y de provisión de bienes públicos.

En el caso de la apatridia local resulta mucho más claro que la desigualdad formal ocasionada por la ausencia de reconocimiento del Estado está atada a la condición social pues, para la apatridia local ésta se produce –generalmente- por la dificultad de registrar a los menores más marginados. Entre los marginados, o grupos vulnerables, se incluye a personas indígenas y nómadas, a menores migrantes y refugiados, a niños de la calle, y a los huérfanos, abandonados y separados de sus padres. Mientras que en el caso de las consecuencias de la apatridia transnacional es fácil observar que se trata de problemas asociados al racismo y a la xenofobia.

2. LOS EFECTOS DE LA APATRIDIA

Como se ha visto, las causas de la apatridia son diversas, en los peores contextos, los gobiernos despojan a sus ciudadanos de la nacionalidad por motivos políticos, pero en muchos casos simplemente carecen de la capacidad para reconocer a sus ciudadanos de forma oficial y de dispensarles documentos acreditativos.

Entre los prejuicios que provoca la apatridia a los individuos están el problema de probar la nacionalidad para poder acceder a servicios básicos, viajar, casarse, tener hijos y protegerlos de los riesgos del anonimato jurídico y de la trata (BLITZ, 2009).

La apatridia suele impedir que los niños reciban una educación y que sus padres trabajen legalmente; hace que las personas sean vulnerables a la explotación laboral y sexual, la trata, el arresto y la detención arbitrarios, la discriminación y otros abusos; la apatridia es causal para denegar a las familias el acceso a la atención sanitaria y les impide casarse, poseer bienes y abrir cuentas bancarias.

En algunos Estados de la Unión Europea se niega de forma sistemática a muchos apátridas el acceso a los servicios sanitarios y educativos de los que gozan los ciudadanos, como en el caso de los "ciudadanos borrados" de Eslovenia[2]. En Malasia, a niños apátridas

[2] En 1996, el gobierno esloveno literalmente borró el nombre de 18.305 residentes de su registro de ciudadanos. Dichos nombres se incluyeron en un registro de extranjeros que vivían de forma ilegal en Eslovenia y, desde entonces, se les niegan los servicios sociales. Véase: <http://www.justiceinitiative.org/db/ resource2?res_id=103920>.

en Selangor y Sabah, con frecuencia se les niega el acceso a la educación básica. En Níger más de cien mil árabes mahamid viven todos los días bajo amenaza de expulsión.

El ACNUR sostiene que los derechos humanos de las personas apátridas, en principio, deben ser respetados en el país de la residencia habitual, mientras las personas apátridas siguen siendo sujetos de extrema indiferencia y de ilimitado castigo sin garantías, lo que incluye la detención. Por supuesto, el hecho de que los derechos humanos sean violados no niega su existencia.

Además de los efectos concretos en la garantía de derechos y el acceso a los servicios, la condición de apatridia logra poner un signo sobre su portador, el de sospechoso. (Los parafros com menos de 4 linhas no son bien vistos)

Al final de la II Guerra Mundial la apatridia fue un asunto en la agenda de la recién creada ONU que, rápidamente, reconoció que la cuestión de la apatridia nace de la relación entre la nacionalidad y el Estado nacional. En 1949 el secretario general de la ONU, Trygve Lie, publicó un estudio sobre la apatridia. Dos de las más importantes observaciones de Lie fueron, primero, que la apatridia es un fenómeno tan viejo como el concepto de nacionalidad y, segundo, que la excepción o exclusión de la nacionalidad es la apatridia y no la extranjería.[3]

El estudio de 1949 de la ONU es de gran importancia por varias razones. Primero, aun cuando el estudio se hizo en términos descriptivos y muy generales, reportó y enunció de manera temprana los efectos que la apatridia tiene en la vida de las personas: escasas expectativas sociales, económicas, educativas, y amplias probabilidades de quedar generacionalmente en desventaja. Unas probabilidades que reflejan, a los ojos de Lie, que la calidad de la organización, de la vida económica y de la esfera legal entera de los individuos residiendo en un país extranjero, depende de su posesión de una nacionalidad específica.[4]

La segunda razón por la cual *A Study of Statelessness* de la ONU es de vital interés para cualquier estudioso del Estado, los derechos humanos y la globalización, es que la investigación identificó casi de manera definitiva a los tres actores centrales involucrados en el problema de la apatridia, señalando que dicho problema genera dificultades prácticas para los tres, se trata del país de origen, el país de recepción y la persona apátrida misma. Haber identificado a los actores clave constituye un esfuerzo que nadie más ha intentado realizar aparte de la ONU.

Según el estudio de 1949, las dificultades que se presentan en el país de recepción derivan de que el apátrida no encaja en la vida social y administrativa del país al que ha llegado, ni siquiera como extranjero puesto que el estatus que corresponde a los extranjeros es siempre de extranjeros que poseen alguna nacionalidad. De modo que el apátrida es una figura anómala que no recibe la asistencia consular de ningún país en caso de requerirla.

---

3 En esto coinciden el informe de la ONU, *A Study of Statelessness*, y Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*: la apatridia no es una simple variante de la extranjería.

4 A ello debe agregarse, para quien argumente que hemos entrado a una era post-nacional, que es característico y persistente que la mayor parte de los apátridas pertenezcan a grupos culturales minoritarios, como afirma K. Staples en *Retheorising Statelessness*. Por el momento no contamos con estudios de caso específicos que den cuenta de esta circunstancia más que aquellos a los que refiere la propia Kelly Staples de manera tangencial en la primera parte de *Retheorising Statelessness*.

Para las autoridades administrativas del país receptor el problema tiene que ver con el hecho de que los oficiales de la administración rara vez poseen sensibilidad humanitaria para tratar con los apátridas, esto produce que el apátrida se vea forzado a emplear métodos no legales para ganarse el favor de dichos oficiales, lo cual redunda en una afectación a la sanidad de la administración pública local. Más aún, dado que ninguna nación les asiste, los apátridas sufren fácilmente de condicionalidades onerosas a cambio de los servicios administrativos, lo que suele generar una tensión amplia entre los nacionales y los apátridas (UN, 1949: 7-8).

Entre las dificultades para los países de origen se encuentra el hecho de que, cuando el apátrida está en posibilidad de ser un refugiado político, suele preservar un gran resentimiento con el país de origen y, dado que alberga de forma intensa la posibilidad y el deseo de volver, el apátrida puede tornarse un agente de mala propaganda o una peligrosa fuente, activa, ideológica o económica, de atentados contra el régimen de su propio país (UN, 1949: 8-9).

Sobre el individuo apátrida, el informe de Lie indica que se enfrenta a dificultades derivadas de que la ausencia de nacionalidad coloca a las personas en una posición anormal e inferior respecto de los nacionales, reduciendo su valor social y destruyendo su autoconfianza (UN, 1949: 9-10). En el caso de que el apátrida haya sido expulsado de su país de origen, se ve obligado a entrar en otro país de forma fraudulenta lo que lo hace permanecer oculto y a vivir bajo la amenaza de ser descubierto, arrestado y sentenciado.

Si el apátrida es aceptado para su reasentamiento, el proceso migratorio incluye, siempre, permisos de corta o mediana duración que deben renovarse constantemente y que pueden ser denegados en cada oportunidad. Esta situación, desde la perspectiva de la persona en condiciones de apatridia, es similar a la de aquel que se encuentra bajo constante vigilancia policial y cuya precariedad dificulta el reasentamiento con posibilidades de éxito.

Las condiciones de vida de un apátrida admitido como trabajador son significativa y particularmente desfavorables, su presencia es tolerada e incluso requerida cuando la producción y el crecimiento nacional son tan elevados que se necesita de un incremento significativo en la fuerza de trabajo, pero una vez que el desempleo se incrementa o reaparece, los apátridas son los primeros en sufrir las consecuencias, su situación es más crítica que la de otros extranjeros debido a que ningún país en el mundo está dispuesto a recibirles.

El apátrida vive bajo los criterios administrativos y leyes del país receptor y, obviando el hecho de que todos los criterios y leyes han sido diseñados para personas que poseen nacionalidad, encuentra siempre dificultades para colmar tales requerimientos. Esto produce una condición de desventaja que suele retardar o imposibilitar su reasentamiento y asimilación.

En sus relaciones con las autoridades del país de recepción, los apátridas son tratados más como alguien que debe ser vigilado y no como alguien cuyos derechos deben ser respetados. La inferioridad de la posición legal de los apátridas se refleja en su posición social y hace de ellos el blanco de la desconfianza y la sospecha en los lugares a los que van.

En la tabla que se presenta a continuación, puede observarse una exposición gráfica de los actores y problemas que ocasiona la apatridia según el estudio de 1949 de UN.

Tabla 1. Apatridia: actores y su problemas según A Study of Statelessness.

ACTOR		PROBLEMAS
Individuo en condición de apatridia		Bajas expectativas sociales, económicas y educativas
		Bajo valor social
		Destrucción de su autoconfianza
		Vigilancia constante por parte de las autoridades locales
		Caso de expulsión: obligado a realizar actos ilícitos para ingresar a otro país, vida bajo amenaza de ser capturado y procesado
		Caso de reasentamiento: renovación de los correspondientes permisos temporales que se interpreta como vigilancia constante
		Caso de trabajador: cuando la producción nacional baja el individuo es discriminado y/o expulsado
		Administrativamente: dificultades para cumplir con los requisitos documentales burocráticos
Estado	Origen	Seguridad nacional
		Tratándose de un caso de expulsión política, el apátrida es un agente de mala propaganda y fuente de atentados para la desestabilización de los gobiernos, un enemigo potencial
	Receptor	El apátrida amenaza la estabilidad institucional y es riesgo de corrupción
		Anomalía administrativa, el apátrida no encaja ni como extranjero, lo que provoca malos tratos por parte de los burócratas y cargos onerosos para realizar trámites. En consecuencia el apátrida accede a realizar actos ilegales para conseguir favores administrativos.
		Fuente de corrupción que afecta la calidad de la administración pública

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede ver en la tabla, los problemas que los estados tienen con la apatridia son cuestiones de seguridad nacional para el Estado de origen y cuestiones de estabilidad institucional y corrupción para el Estado receptor.

En lo que hace a la seguridad nacional, el documento parece prefigurar la caracterización de los individuos que representan amenazas a la seguridad nacional en los actuales documentos de seguridad nacional de algunos países, tanto como la actuación no oficial pero consuetudinaria de los oficiales de seguridad respecto de individuos que, habiendo vivido muchos años en el extranjero, regresan a sus países.

Se trata de problemas que recién han empezado a abordarse y a profundizarse bajo la etiqueta de estudios de contraterrorismo y que resultan de gran relevancia en el mundo contemporáneo, naturalmente las aseveraciones de la investigación de la ONU se quedan cortas en comparación con lo que actualmente se estudia.[5]

Sobre la inestabilidad institucional y el fomento a la corrupción que promueve la presencia de los apátridas en el país receptor, el documento de Lie parece sugerir una causa falsa. La ausencia de protocolos procedimentales claros y unificados, de capacitación del personal y de inclusión de la figura de apátrida, es lo que incentiva conflictos administrativos. Es claro, para los estudiosos de la responsabilidad pública, que la corrupción al interior de un Estado tiene causales mucho más poderosas que la existencia de los apátridas y que, en cambio, la apatridia producida por ausencia de servicios de registro civil, sí que es promovida por la debilidad institucional de los estados.

Respecto de los efectos que la condición de apatridia tiene en la vida de los individuos, el documento de la ONU señala diversas limitantes que se podrían englobar en el ámbito de lo social y de la psicología. Dado que éstas son las condiciones en las que se suele poner atención, no resulta extraño que la mayor parte de los pocos estudios sobre apatridia que podemos encontrar, se hayan realizado desde la perspectiva sociológica.

[5] Para ampliar este punto véase el sitio web Global Terrorism Database (GTD) del Institute for Economics & Peace en <<economicsandpeace.org/research/iep-indices-data/global-terrorism-index>>

Seguridad nacional, inestabilidad institucional y desventaja social son las áreas de problematicidad que hacen del estudio de la apatridia un estudio relevante. La situación no es extraña si se le observa en términos de crecimiento y desarrollo económico, o de consolidación de las instituciones. Los estados débiles, al tener un bajo nivel de efectividad, absorben anomalías sin que ello implique un grave impacto; mientras que los estados consolidados, por su parte, al tener un alto grado de efectividad y una alta regulación de los procesos, sufren los efectos de cada anomalía que encuentran apenas se les presenta.

Para los apátridas, la International Detention Coalition IDC señala que cualquier procedimiento se les complica debido a que no pueden probar documentalmente su nombre, país de origen o fecha de nacimiento; esto es peor si se trata de migrantes que cruzan fronteras pues su situación los hace:

1. Ser más susceptibles a la detención.
2. Ser más vulnerables a no recibir asistencia legal ni consular.
3. Tener un conocimiento muy restringido acerca de sus posibilidades dentro del país.
4. Tener dificultades mayores para el acceso a la asistencia de intérpretes y de traductores.

Sobre el internamiento de los apátridas en campos, se sabe que estos lugares vulneran los derechos humanos, lastiman la salud y el bienestar, y causan sufrimiento innecesario.

En el caso específico de México, nuestro Estado prefiere siempre los derechos humanos de sus nacionales que los de otras personas. No existe equilibrio entre las actividades de promoción de los derechos humanos realizadas para la protección de los mexicanos en el exterior, en comparación con los esfuerzos para la de los derechos de los migrantes en México, no existen tribunales especializados en materia migratoria y no existe asistencia judicial especial gratuita para migrantes en condiciones de vulnerabilidad, como los niños, niñas y adolescentes no acompañados (SIN FRONTERAS, 2005).

La misma Ley General de Población mexicana establece disposiciones discriminatorias en contra de los y las migrantes irregulares para la exigencia de sus derechos. Las oficinas del Registro Civil presentan problemas para otorgar los derechos a la identidad y a la nacionalidad, y los jueces u oficiales del Registro Civil muchas veces no celebraran ningún acto en el que intervenga un extranjero que no pueda acreditar su legal estancia en el país y con ello se niega el registro a niños y niñas mexicanos con padres extranjeros sin documentos (SIN FRONTERAS, 2005).

La afectación e impacto que la condición de apatridia sobre la vida de los individuos puede observarse con gran nitidez en los casos concretos, quizá por eso la mayor parte de la investigación sobre apatridia que se ha hecho hasta el momento está conformada por estudios de caso.

Por citar sólo algunos ejemplos, refiero a lo sucedido en Australia en 2004, cuando la Corte Suprema respaldó la práctica del Gobierno australiano de detener por tiempo indeterminado a solicitantes de asilo cuyas peticiones son denegadas, el fallo del que hablo se refería a dos solicitantes: el palestino apátrida Ahmed al-Kateb y el iraquí Abbas al Khafaji, que ni habían logrado obtener visas, ni podían ser retornados a su país o a un tercer país pues sus vidas corrían peligro (ZAYAS, 2005).

3. EL TRATAMIENTO INSTITUCIONAL DE LA APATRIDIA

Las migraciones masivas ocasionadas por conflictos armados y la situación de las personas forzadas a migrar, fueron consideradas un problema estatal de dimensiones internacionales durante el periodo que va del final de la I Guerra Mundial al final de la II Guerra Mundial. En 1946 se fundó la Organización Internacional de los Refugiados que ofrecía protección política a las personas de su interés y se crearon pasaportes para apátridas (NANSEN *et al*, *passim*).

En 1950 se fundó el ACNUR y en 1954 se realizó la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Un organismo y un instrumento internacional que aún están vigentes. Sobre las características políticas que les dan forma cabe recalcar lo siguiente.

Primero, que fue en los Estados originarios y más antiguos donde ocurrieron los desplazamientos masivos de los que se desprende la legislación y consideración internacional contemporánea de la figura de refugiado y, más tarde, la de apátrida. Las razones de tal avance legislativo son, considero:

1. Entre los Estados más antiguos, al menos de forma tentativa, las fronteras quedaron establecidas desde el tratado de Westfalia de 1648, lo que implica que los Estados ya estaban definidos y suficientemente reconocidos como tales en el ámbito internacional, por lo que poseían todas las características de personalidad jurídica, necesarias y suficientes, como para firmar acuerdos internacionales.
2. En términos de legitimidad de la ley, los individuos concretos sobre cuya situación se legislaba eran europeos.
3. Las formas de organización internacional modernas no limitadas a los procesos mercantiles y el establecimiento de los regímenes internacionales tienen una mayor experiencia y, por tanto, estabilidad, entre dichos Estados.

Segundo, que las características propias del elemento militar y de la guerra entre Estados tienen un impacto impensado en términos macrohistóricos sobre la población civil. No estoy diciendo con esto que todos los apátridas transnacionales son producidos exclusiva o directamente por la guerra o la pobreza, actualmente también la crisis ambiental expulsa a los individuos de los lugares en los que suelen habitar.

Tercero, que así como el Estado fue una construcción que se expandió a la periferia de Occidente, así mismo lo son las figuras de refugiado y apátrida ínsitas en el Estado, lo cual implica, para efectos del Estado, unas formaciones específicas que no siguen el supuesto canon del Estado Occidental y, respecto de la apatridia, que los criterios para la declaración de apatridia no son exactos fuera de los Estados occidentales.

Cuarto, que la primera aparición de los apátridas en el escenario y agenda pública ocurre en el ámbito internacional, su existencia y condición se palpa solamente cuando los individuos empiezan a cruzar fronteras, lo cual no significa que no hayan existido ya apátridas locales, es decir, individuos no reconocidos por sus estados debido a fallos, ausencia o ineficiencia de los sistemas locales de registro civil. El cruce de fronteras es el hecho que descubre la intensidad de la desprotección en el que un individuo queda si no hay un Estado que dé fe de su existencia como persona; fuera de su comunidad habitual siempre podrá ser visto como un extranjero en grado superlativo.[6]

[6] Debido a la gravedad extrema de sus consecuencias, en esta investigación se hace un mayor énfasis en la apatridia ocasionada o evidenciada por el cruce de fronteras estatales que en la apatridia promovida por la ineficacia institucional.

Así, las herramientas que los estados poseen para enfrentar el incremento de los casos de apatridia o para reducir su incidencia, tiene que ver con, al menos, dos ejes, con la formulación o adhesión a instrumentos jurídicos, y con el funcionamiento efectivo de sus instituciones.

En lo que hace a los instrumentos jurídicos, entre los intentos reducir la vulnerabilidad de las mujeres a quedar en condiciones de apatridia, Naciones Unidas ha adoptado y promovido la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada en 1957 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979.

En lo relativo a la dimensión institucional, la importancia del derecho a la identidad, no solamente en su dimensión administrativa, sino de contenido jurídico social, se reconoció hasta el siglo XX, cuando se observó que el registro de los nacimientos sirve para reducir o eliminar las fronteras entre los círculos más marginados de la población puesto que se observa que la ausencia de documento de identidad hace que las personas se tornen invisibles para el Estado.

Tal situación limita las posibilidades de que el Estado actúe como garante de los derechos inherentes a los ciudadanos; impide el acceso a servicios de salud, bienestar y educación; y puede encadenarse o propiciar la vulneración de otros derechos, por ejemplo del derecho a la integridad en los casos en que ocurre el tráfico de menores o la desaparición forzada de personas. El registro civil es indispensable para la existencia de bases de datos y de sistemas estadísticos suficientemente confiables como para utilizarse a la manera de herramienta en la planificación e implementación de las políticas de desarrollo.

La Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 es el primer tratado internacional cuyo objetivo específico es la regulación de los tratos para las personas en condición de apatridia. El artículo 1(1) de la Convención establece que "A los efectos de la presente Convención, el término "apátrida" designará a una persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación" (ACNUR, 2012a, p. 2).

El objetivo de la Convención de 1954, como se indica en la misma, es garantizar que los apátridas disfruten del ejercicio más amplio posible de sus derechos humanos bajo la consideración expresa de que el reconocimiento de alguna, cualquier, nacionalidad es preferible al reconocimiento de un individuo como apátrida.

Para el ACNUR la repatriación voluntaria es la solución preferida a los problemas que suscita la condición de desplazado, refugiado y apátrida. La repatriación implica el compromiso del país de origen para la protección y reintegración de los ciudadanos a sus comunidades, pero para que ello suceda se deben haber producido cambios positivos, es decir, deben haber desaparecido las causas que impulsaron la huida de los individuos.

Si la repatriación voluntaria no es posible, se busca la integración local en que el refugiado obtendrá, gradualmente, derechos equivalentes a los derechos de los ciudadanos locales hasta llegar a los derechos de residencia permanentes. Esta es una condición que siempre implica la ciudadanización o la naturalización y que requiere que el refugiado se adapte a la sociedad de acogida, tanto como que los anfitriones reciban y satisfagan las necesidades de los refugiados. Para los Estados parte de los diversos

instrumentos sobre refugiados y apátridas, la integración debe incluir la regularización legal, orientación social, la enseñanza de la lengua y la capacitación laboral.

Si la repatriación voluntaria y la integración local no pueden realizarse, entonces se busca el reasentamiento en un tercer país, un procedimiento que se realiza según un mecanismo específico de cuotas anuales en que las naciones signatarias ofertan plazas de reasentamiento por vía del ACNUR. A lo largo de los años, se observa, las plazas ofertadas para el reasentamiento no han aumentado de forma significativa, se calcula que son unas 80,000 en total en todo el mundo. Estados Unidos y Canadá son los estados que actualmente reciben el mayor número de reasentados en sus territorios.

En todos los casos de solución duradera, la regla que priva es la de negativa al *refoulement*, la expulsión o devolución del asilado a fronteras o territorios en que su vida o libertad peligran por causa de su raza, religión, nacionalidad, grupo social u opiniones políticas. Para los Estados parte del conjunto de tratados y convenios sobre refugiados y apátridas, la expulsión de un refugiado sólo es admisible en el caso de que existan motivos de seguridad nacional u orden público. Siempre se debe garantizar la posibilidad de que el asilado acceda a la apelación por medio de un tribunal local y el retorno del asilado resulta aceptable solamente hasta que un tercer Estado le asegure el asilo.

En el caso específico de la apatridia, el ACNUR prevé que la solución vendrá de la construcción de legislaciones supranacionales que promuevan que los países otorguen — de manera sencilla — documentos y, después de un proceso específico, la nacionalidad, ciudadanía o naturalización a los individuos que la requieran, con el objetivo implícito de que la existencia de tales individuos vuelva a ser reconocida y tutelada por alguien.

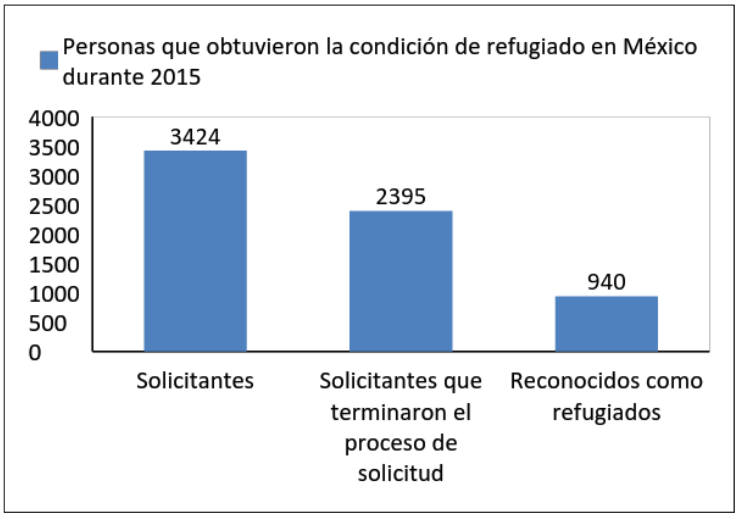
Importa decir que, a pesar de la existencia de leyes supranacionales como el *Estatuto de los Apátridas*, no existe ningún tribunal o mecanismo claro y específico que sancione el incumplimiento de los tratados sobre apatridia. Más aún, dado que la adhesión a los tratados es voluntaria, cada Estado parte puede interponer reservas, salvedades y excepciones, en la firma de las leyes.

El BID, por su parte, asegura que el área de intervención denominada Desarrollo de Políticas Nacionales de Identidad se ha vuelto central, por lo que busca mejorar la capacidad de los gobiernos para diseñar e implementar políticas de identidad legal, e incrementar el conocimiento y apoyo para políticas nacionales de identidad basadas en los derechos. Para ello, tanto el BID como el CCR fondean estudios que permitan identificar el estado de las políticas de registro civil e identidad legal; planes y diseño de políticas de registro civil e identidad legal focalizadas en niños, y asistencia técnica para alinear regulaciones nacionales con convenciones internacionales. Además intervienen técnicamente mediante discusiones sobre tendencias internacionales en necesidades emergentes relacionadas con los registros civiles; intercambio de conocimientos para compartir mejores prácticas y lecciones aprendidas en registro civil e identidad legal, incluyendo la forma en que éstas aplican a niños, mujeres, poblaciones indígenas y otras poblaciones vulnerables; e instrucción para los responsables de capacitar a funcionarios de los registros en materia de estándares internacionales.

En el caso específico de México no existe una agencia especializada en apatridia. Sin embargo la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados (COMAR), publica algunas cifras de manera poco formal. Las siguientes gráficas muestran las solicitudes de refugio que la COMAR procesó durante el año 2015, mismas que no son definitivas según la institución.

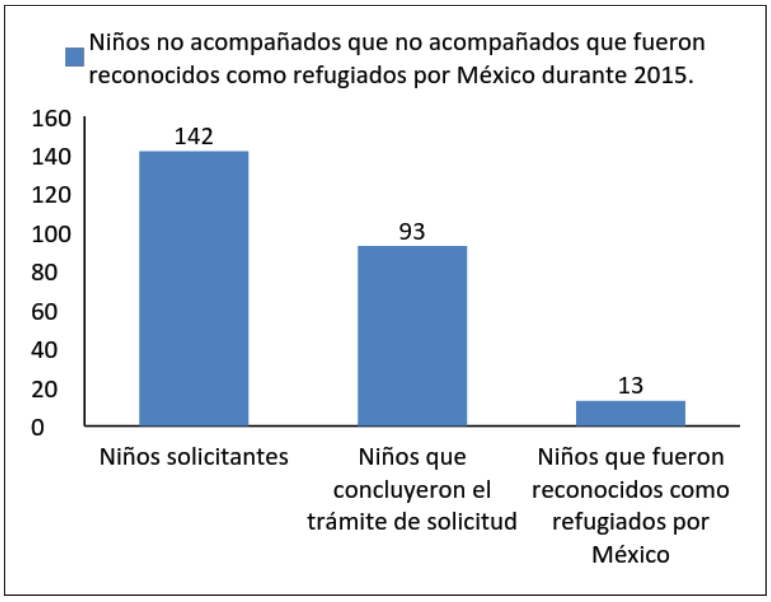
Como se puede observar en las siguientes gráficas, el porcentaje de refugiados que México reconoció en 2015 es de 23.9% para la categoría "personas" y de 9.1% para la categoría de niños y niñas no acompañados.[7]

Gráfica 1: Personas que fueron reconocidas como refugiados por México durante 2015.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la COMAR (2016).

Gráfica 2: Niños y niñas no acompañados que fueron reconocidos como refugiados por México durante 2015.



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la COMAR (2016).

7 No existe aclaración en el sitio web acerca de si entre las 3424 personas solicitantes ya figuran los 142 niños y niñas no acompañados que solicitaron ser reconocidos como refugiados en México durante 2015.

CONCLUSIONES:LA RELEVANCIA DE LA FIGURA DEL APÁTRIDA PARA EL ANÁLISIS POLÍTICO INTERNACIONAL

El estado de la apatridia en el mundo pasa por sus cifras, mismas que presento a continuación y que han sido extraídas de diversos informes anuales del ACNUR.[8] Observar de qué regiones del mundo, incluso de qué países, provienen las grandes masas de desplazados puede darnos una idea mucho más certera de las razones sociales de las migraciones humanas irregulares.[9]

El último reporte del ACNUR, 2015, muestra el incremento de cifras como población total de interés del ACNUR, apátridas totales y apátridas en África. Como se ve en la tabla siguiente, a pesar de los problemas ocasionados por la desnacionalización de personas de origen haitiano en República Dominicana, el ACNUR señala que el número de apátridas en América y Latina y el Caribe ha descendido.

Tabla 2: Tendencias globales 2015.

Área de asilo	Total refugiados y personas en situación similar a la de los refugiados	Desplazados internos y en situación similar asistidos por ACNUR	Personas bajo el mandato de apatridia de ACNUR	Varios	Población total de interés ACNUR
África	4,811,365	11,197,751	1,021,440	521,910	17,755,821
Asia	8,694,562	17,265,028	1,942,856	246,303	29,704,046
Europa	1,820,424	1,918,326	586,848	77,414	5,487,592
América Latina y Caribe	337,698	7,113,067	136,585	25,113	7,659,144
Norteamérica	409,090	-	-	-	714,900
Oceanía	48,288	-	-	-	69,894
Total	16,121,427	37,494,172	3,687,729	870,740	63,912,738

Fuente: Elaboración propia con datos del ACNUR.

En términos generales, la tendencia incremental en el número de desplazados a nivel global es imposible de precisar, ya sea debido a los problemas metodológicos de la medición, ya sea debido a la intermitencia con que las intervenciones armadas se hacen presentes en algunos países.

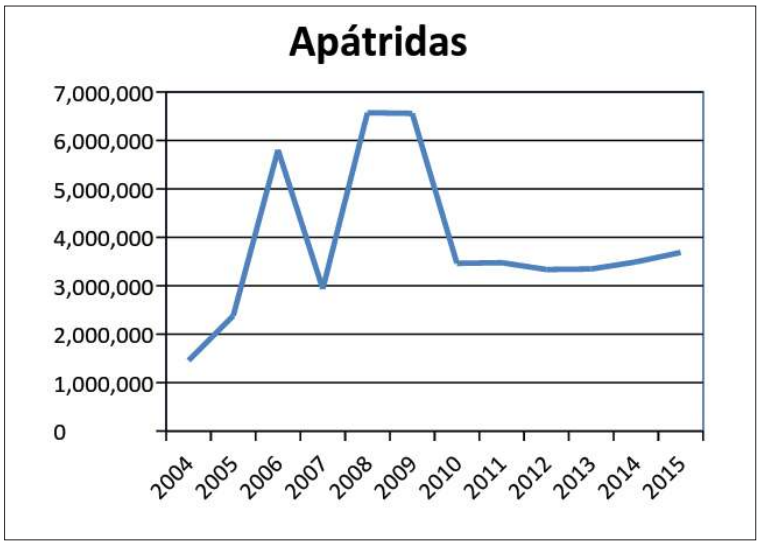
Las estadísticas que ha generado el ACNUR podrían estar indicando que el aumento o decrecimiento en el número de refugiados, desplazados y apátridas, suele deberse a conflictos armados,[10] inestabilidad socioeconómica de los países y desastres naturales. Sin embargo, la causa principal de la migración vinculada a la apatridia sigue siendo la violencia: a mayor violencia, conflictividad e inestabilidad, mayor volumen y mayor frecuencia de las migraciones masivas. Lo que podemos observar en la gráfica son momentos de algidez de la violencia armada y de la inestabilidad socioeconómica, medidos a través de la cantidad de apátridas que tales circunstancias produjeron.

8 Para éste y todos los casos aquí referidos, se han consultado los documentos disponibles en el sitio web del ACNUR, en: ‹http://www.acnur.org/t3/recursos/estadisticas/›

9 Por migración irregular se entiende migración indocumentada.

10 Así lo interpreta el ACNUR, incluso ha titulado el informe de 2013: *Los costes de la guerra*.

Gráfica 3: Personas en condición de apatridia atendidas por el ACNUR por año durante el periodo 2004–2013.



Fuente: Elaboración propia con datos del ACNUR.

Una vez abordada la apatridia como un problema internacional, su definición según la norma de la ONU, sus cifras y su vínculo con los conflictos armados, queda claro que la apatridia transnacional es la primera en aparecer en la escena internacional y en su agenda. Por tanto, y a pesar de las deficiencias que su tratamiento y medición tiene, es justamente la apatridia transnacional la que recibe mayor atención en términos de análisis, obviándose el hecho de que es posible ser apátrida sin haber cruzado ninguna frontera nacional.

La tensión entre inclusión y exclusión que forma parte de todas las historias de la humanidad, se ha visto reforzada por la tendencia expansionista de la globalización (S. CASTLES, 1997), la propensión a abarcar toda área geográfica y grupo humano, tanto como a establecer diferencias entre los grupos humanos, ha hecho emerger un nuevo nivel en la posibilidad de que algunas personas se conviertan en miembros de pleno derecho mientras otras quedarán marginadas de la esfera global.

En términos de acceso diferenciado a los derechos, la expansión de la globalización implica, tanto para los apátridas locales como para los transnacionales, la restricción o acceso limitado al trabajo, a la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, lo que supone que ya antes ha sido limitado el acceso a la orientación y formación técnico profesional, programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva.

La fuerza de trabajo contenida en los cuerpos de los apátridas es orientada hacia el trabajo informal y semi esclavo en el que no se cumplen las condiciones mínimas de salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, en particular para las mujeres; las condiciones de existencia dignas para el trabajador y su familia; la seguridad e higiene del entorno laboral; la igual oportunidad para todos de ser promovidos; el descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos; elementos todos del derecho laboral más básico.

El derecho a la salud, a la certeza jurídica de la propia vivienda, a la educación y todos los derechos sociales que conforman la estructura, compensatoria o no, que se considera razonable para que los individuos puedan desarrollarse y alcanzar, gracias a sus esfuerzos y talentos, la mayor de sus potencialidades, están vedados o casi vedados para los apátridas. Si esto ya era grave e injusto, la globalización lo exacerba por medio de su selectividad económica.

La globalización se vincula con el incremento de la desigualdad entre individuos y entre naciones a través de la migración internacional, ésta se debe no sólo a la conflictividad sociopolítica o la pauperización del mercado laboral, sino al deterioro del medio ambiente. La deforestación, la desertización, la disminución de la fertilidad de los suelos, las sequías, las inundaciones, las presiones sobre recursos y ecosistemas que generan competencia económica, conflicto político y guerras, obligan al desplazamiento masivo de personas.

En términos de derecho, el rasgo más significativo de la globalización, dice Ferrajoli (2006), es el vacío de derecho público con el que opera. Mientras en su dimensión económica desnacionaliza procesos, tráficos y mercancías mediante la constante firma de acuerdos y tratados comerciales suscritos entre particulares, en el espacio de la política se diseñan y renacionalizan políticas migratorias excluyentes que contravienen, o son paralelas, a tratados internacionales suscritos por algunos Estados.

El temor acerca del decaimiento de la cultura occidental no es infundado, el National Intelligence Council (NIC, 2012), oficina de análisis y anticipación geopolítica y económica de la Central Intelligence Agency (CIA), tiene sus pronósticos sobre mega-tendencias para el año 2030, y avisa del declive de Occidente frente a las naciones emergentes.

Según el NIC (2012), la inestabilidad demográfica se tensará y ello tendrá un serio impacto en los procesos y características de la migración transfronteriza. Aun así, la migración interna ocurrirá a niveles más altos que la internacional, impulsada por la rápida urbanización, factores ambientales y por el impacto del cambio climático. Es probable que afecte a África y Asia mucho más que a otros continentes debido a la dependencia de la agricultura y a una mayor susceptibilidad a fenómenos meteorológicos extremos.

Sobre los efectos que la migración internacional promueve, Castles (1997) se pronuncia en el mismo sentido. En los países de emigración ocurre la disolución de las estructuras económicas y sociales tradicionales. En los países de inmigración el asentamiento de los inmigrantes puede llegar a transformar la economía nacional y a las ciudades, promoviendo la reflexión sobre valores sociales y culturales locales. Es indudable, dice Castles, que esto sucederá en los países recientemente industrializados de Asia, América Latina y África.

En teoría, las mayores tasas de migración producirían una mayor rentabilidad para el desarrollo mundial. A decir del NIC (2012), el Banco Mundial estima que un aumento de 3 puntos porcentuales en el número de migrantes en 2025, lo que daría lugar a un aumento del 0,6 por ciento en los ingresos globales. Esto es, los migrantes producirán una ganancia de $368 millones de dólares para los países en desarrollo, de suerte que la migración será vista como una estrategia económica por muchos países. ¿Significa eso que la distancia entre la residencia permanente, a la que la mayoría de los migrantes pueden calificar, y la ciudadanía, inalcanzable para muchos, se podría comenzar a acortar?, ¿para quiénes?

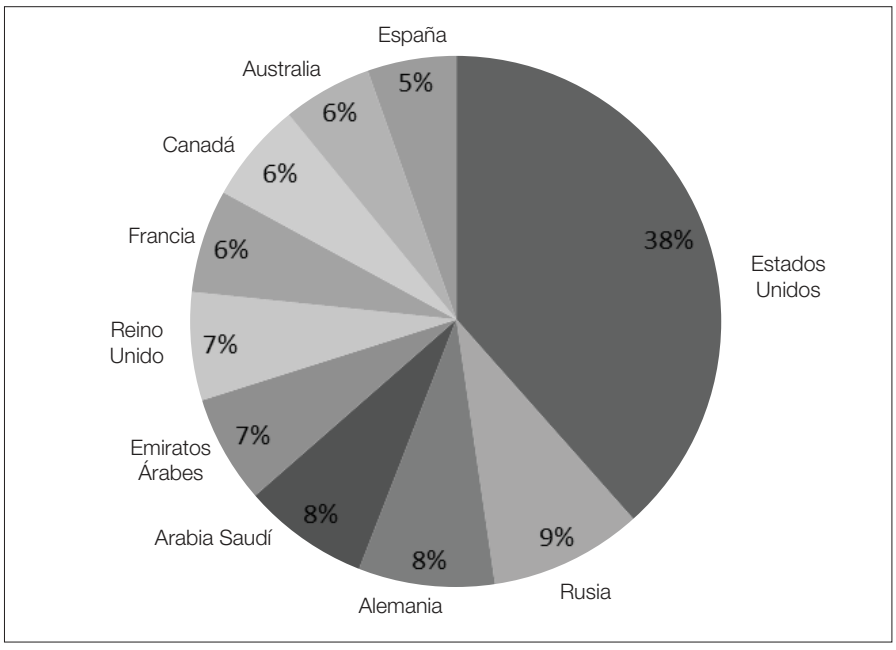
La posible migración de los países musulmanes con altas tasas de natalidad, podría crear nuevas fricciones políticas y sociales. La Fundación Pew, referida por el NIC (2012), pronostica que la población musulmana de Europa se duplicará desde el 4,1% de la población total de Europa en 2012, al 8% en 2030.

Además, el NIC (2012), considera que los flujos de millones de personas de los países en desarrollo más pobres a los países de ingresos medios o países desarrollados, crea el potencial para abusos enormes de los derechos humanos y la explotación. Las comunidades de inmigrantes abren vías para el aumento de la actividad delictiva, como el contrabando de drogas. El rápido crecimiento de los desequilibrios de género y edad entre los países desarrollados y en desarrollo, también aumentan las posibilidades de mayor tráfico de seres humanos.

El reporte 2015 de ESADEgeo, también anuncia que las migraciones crecerán y que los migrantes musulmanes pueden cambiar la faz de Occidente en lo que hace a la cultura, particularmente en lo que hace a los valores de la democracia. Los cambios económicos pueden tener consecuencias en el ámbito internacional pues, preocupados por la crisis del estado de bienestar y constreñidos por los problemas presupuestarios los países desarrollados podrían reducir su nivel de compromiso, continuarán reduciendo el gasto militar, su ayuda al desarrollo y su aportación a la financiación de organismos multilaterales, a largo plazo este escenario podría poner en cuestión la preeminencia de los valores occidentales en la esfera internacional.

La siguiente gráfica muestra cómo las migraciones internacionales se han focalizado en el corazón de Occidente, lo cual explica las altas probabilidades de la modificación de los valores propios.

Gráfica 4: Países de acogida para cerca de la mitad de los migrantes mundiales totales durante 2013.



Fuente: elaboración propia con datos del reporte DAES & OCDE, 2013.

ESADEgeo (2015) señala que las tendencias para 2030 en términos de gobernanza global[11] muestran intereses divergentes y un número creciente de actores, esto hará que sea más difícil lograr el consenso para la reforma de las instituciones multilaterales. Como el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; en consecuencia para 2030 los instrumentos de gobierno serán menos globales.

Se puede decir que la debilidad de los estados se ha vuelto el origen del mal del mundo, un mal que se instancia en singularidades y rostros con características sociales, económicas o culturales específicas.

Los *otros* que vienen sin papeles son posibles culpables de terrorismo, de la diseminación de enfermedades, sospechosos de ser infieles a los principios civilizatorios que han llevado a Occidente a la construcción de los regímenes internacionales humanitarios y de protección de derechos humanos.

La debilidad estatal culposa, el mal del sistema internacional debe ser reconocido, estudiado y, no se sabe cómo, resuelto porque, como señala F. Fukuyama en *La construcción del Estado* (2004, p. 140):

> Los Estados débiles o fracasados conculcan los derechos humanos, provocan desastres humanitarios, causan oleadas masivas de inmigración y atacan a sus vecinos. Desde el 11-S también ha quedado claro que protegen a terroristas internacionales que pueden ocasionar daños significativos a Estados Unidos y otros países desarrollados. A lo largo del periodo que se extiende desde la caída del muro de Berlín, en 1989, hasta el 11-S, en 2001, la inmensa mayoría de las crisis internacionales han girado en torno a Estados débiles o fracasados. Entre ellos se encuentran Somalia, Haití, Camboya, Bosnia, Kosovo, Ruanda, Liberia, Sierra Leona, el Congo y Timor Oriental.

En el marco de la globalización no basta con señalar que el Estado ha de fortalecerse institucionalmente para evitar las conflagraciones internas y la amenaza externa, no bastan el diseño o la ingeniería institucional. Llevando el razonamiento a otro nivel, debe considerarse la revisión crítica de los elementos que históricamente conforman al Estado y que, habiendo estado presentes desde sus orígenes, hoy podrían lucir como condiciones necesarias para la existencia del Estado y ser, sin embargo, perfectamente contingentes.

Reconocer la contingencia de los elementos del Estado, me parece, permitiría repensar con mayor justeza las condiciones y circunstancias que guardan los estados en desarrollo, y dejar de observar sus características propias como degeneraciones o malformaciones respecto del ideal de Estado. Los estados en desarrollo no son copias frágiles, fallidas o débiles de los estados desarrollados; estudiarlos en su especificidad puede ayudar a una comprensión más cabal de sus problemáticas tanto como al diseño de estrategias más viables y factibles para la resolución de sus conflictos.

---

11 Por gobernanza global se entiende la construcción de consensos sobre la elección óptima de políticas y su coordinación para tratar cuestiones globales tales como migraciones, cambio climático, comercio internacional o seguridad alimentaria. El empleo de esta estrategia ayuda a evitar que los países o las entidades privadas tomen decisiones unilaterales que afecten a terceros, distorsionen los mercados, generen presiones especulativas, desarticulen el medio ambiente de la agricultura, etc., por tanto sus principios son la participación, la transparencia y la rendición de cuentas (FAO, 2013).

En resumen, en términos macro es claro que conforme la modernidad se expande, difundiendo a escala global la economía y mercaderías, la sociedad occidental se ve permeada por las alteridades culturales, que el Estado cuyo plan programático moderno incluyó a la igualdad y la reducción u ocultamiento de la violencia ha producido la apatridia y que la apatridia manifiesta la exclusión institucional de los individuos que parece subrayar la necesidad del fortalecimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Por otra parte, en términos de historia de vida, la condición de apatridia es el desamparo más dramático que puede acaecer a un ser humano, el de ser nadie.

REFERENCIAS

ACNUR. **Directrices sobre la apatridia No. 1. La definición de "Apatridia" en el artículo 1 (1) de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954.** 2012. Disponible en: ‹http://www.refworld.org/docid/4fc5ce1a2.html›. Recuperado el 1 de septiembre de 2015.

___. **Tendencias globales 2013.** El coste humano de la guerra. 2014. Disponible en: ‹http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/9562›. Recuperado el 10 de octubre de 2015.

___. **Tendencias globales**. Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir. 2016. Disponible en: ‹http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/Publicaciones/2016/10627›. Recuperado el 2 de septiembre de 2016.

ARENDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**. (Traducción de G. Solana). México: Taurus, 2004.

BLITZ, Brad. Campañas de reivindicación y desarrollo de políticas. En **Revista Migraciones Forzadas**. N. 32, junio 2009. España: Centro de Estudios sobre Refugiados de la Universidad de Alicante, University of Oxford. pp. 25-27. Disponible en: ‹www.migracionesforzadas.org›. Recuperado el 2 de marzo de 2016.

CASTLES, Stephen. **Globalización y migración**: algunas contradicciones urgentes. Discurso pronunciado ante el Consejo Intergubernamental del MOST-UNESCO. 1997. Disponible en: ‹http://www.ub.edu/prometheus21/articulos/nautas/18.pdf›. Recuperado el 8 de septiembre de 2016.

COETZE, J. M.. **Diario de un mal año.** (Trad. de J. Fibila). Barcelona: Random House, 2007.

DELGADO, Pedro Pablo. **Apátridas, refugiados y migrantes**. El derecho a la libre circulación. Perú: Fondo de Cultura Económica, 2013.

ESADEgeo. **The Global Context**: How Politics, Investment, and Institutions Impact European Businesses. España: ESADEgeo, 2015.

FAO. **Panorama de la seguridad alimentaria y nutricional en México 2012**. México: FAO, 2013. Disponible en: ‹www.fao.org/publications›. Recuperado el 3 de septiembre de 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías.** La ley del más débil. (Cuarta edición). (Traducción de P. Andrés & A. Greppi). Madrid: Trotta, 2006.

FUKUYAMA, F.. **La construcción del Estado.** Hacia un Nuevo orden mundial en el siglo XXI. (Traducción de M. Alonso). Barcelona: B, 2004.

HEAP, Simon, *et al*.. Campaña de Inscripción Universal de Nacimientos. En **Revista Migraciones Forzadas**. N. 32, junio 2009. España: Centro de Estudios sobre Refugiados de la Universidad de Alicante, University of Oxford. Pp. 20-22, 2009. Disponible en: ‹www.migracionesforzadas.org›. Recuperado el 20 de diciembre de 2013.

INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE. Global Terrorism Database (GTD). Disponible en: ‹economicsandpeace.org/research/iep-indices-data/global-terrorism-index›. Recuperado el 20 de enero de 2016.

NIC. Global trends 2030: Alternative Worlds. USA: NIC, 2012. Diponible en: ‹https://globaltrends2030.files.wordpress.com/2012/11/global-trends-2030-november2012.pdf›. Recuperado el 15 de julio de 2015.

OEA. Convención sobre los Derechos y los Deberes de los Estados, Montevideo, 1933.

ONU. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, 1954.

___. Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada, 1957.

___. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.

SIN FRONTERAS. Informe alternativo. Aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares. México. México: Sin fronteras, 2005. Disponible en: ‹http://www.sinfronteras.org.mx/attachments/article/74/INFORME_ALTERNATIVO.pdf›. Recuperado el 16 de junio de 2015.

STAPLES, Kelly. **Retheorising Statelessness**. A background Theory of Membership in World Politics. Great Britain: Edinburgh University Press, 2012.

UNIÓN INTERPARLAMENTARIA MUNDIAL DEL ACNUR. Nacionalidad y apatridia. Manual para parlamentarios. Costa Rica: Master Litho, 2008. Disponible en: ‹http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7108.pdf?view=1›. Recuperado el 14 de mayo de 2015.

UNITED NATIONS. A Study of Statelessness. 1949. Discponible en: ‹http://www.refworld.org/docid/3ae68c2d0.html›. Recuperado el 12 de febrero de 2014.

ZAYAS, Alfred de. Derechos humanos y detención por tiempo indeterminado. **Revista Internacional de la Cruz Roja**. 2005. Diponible en: ‹https://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6e3m3d.htm›. Recuperado el 19 de mayo de 2016.

RECEBIDO EM: 23/01/2017
APROVADO EM: 30/05/2017

MULTICULTURALISMO DE NEGAÇÃO: UM OLHAR PARA A REALIDADE DA PRISÃO DA MULHER ESTRANGEIRA

MULTICULTURALISM OF NEGATIVE: A LOOK AT THE REALITY OF FOREIGN WOMEN'S PRISON

Raquel Fabiana Sparemberger[1]

José Elias Gabriel[2]

RESUMO: O presente artigo objetiva realizar um estudo sobre a segregação da mulher estrangeira no sistema penitenciário brasileiro. Apesar da existência do reduzido número absoluto de mulheres estrangeiras presas quando comparado ao universo das presas nacionais, a prisão produz iguais ou piores efeitos da prisão e resulta na negação da cultura da estrangeira que cumpre pena. Algumas iniciativas apontam para a possibilidade de superação dessas dificuldades de afirmação do multiculturalismo, inscrevendo-se como iniciativas positivas que podem ser reproduzidas nos ambientes de privação de liberdade de mulheres. A metodologia baseia-se, especialmente, na pesquisa bibliográfica, que possibilitou o suporte teórico para o desenvolvimento das ideias aqui lançadas. O método de abordagem adotado foi o indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: prisão; Mulher; Estrangeira; Multiculturalismo.

ABSTRACT: The present paper aims to perform a study about foreign woman segregation in the Brazilian penitentiary system. Although the small number of arrested foreign women, in comparison to the number of arrested Brazilian women, the penitentiary causes equal or even worse effects and results in denial of the foreign woman culture. Some actions go towards the possibility of overcoming those adversities in accepting the multiculturalism, and they have been considered as positive actions that can be reproduced in the setting of

[1] Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1995). Professora adjunta da Universidade Federal do Rio Grande -FURG, professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande -FURG. Professora dos cursos de graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público-FMP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria Geral do Direito, Direito Constitucional, Direito Ambiental e Direitos Humanos, América latina e questões decoloniais. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS. Professora participante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica -GPAJU da UFSC e Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Hermenêutica e ciências criminais e Direito e justiça social da Universidade Federal do Rio Grande. Responsável pelo Grupo de Estudos da FURG sobre o Constitucionalismo Latino-Americano.Advogada. Advogada do escritório de Advocacia Luciane Dias Sociedade de Advogados-Pelotas-RS. fabiana7778@hotmail.com

[2] Advogado, Mestrando em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP. Advogado. jotaeh@gmail.com

penitentiary. The methodology is specially based on literature references, that made it possible the theoretical support for the development of the ideas displayed herein. The inductive method was applied for the approach.

KEYWORDS: prison; Woman; Multiculturalism; Segregation.

INTRODUÇÃO

Em que pesem as discussões sobre o encarceramento mundial e nacional, notadamente de mulheres, escassos são os debates em torno da situação de estrangeiras em situação de privação de liberdade no Brasil. Pelas poucas pesquisas sistemáticas existentes na seara do encarceramento da mulher estrangeira, o presente estudo objetiva demonstrar qual é a relação existente entre os efeitos destrutivos da prisão e a (im) possibilidade de manutenção da cultura de origem dessa mulher nos espaços de privação de liberdade.

Mesmo sendo uma minoria, em números absolutos, no sistema penal brasileiro, é preocupante o desrespeito e a negação da cultura da mulher estrangeira quando da sua submissão ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade.

Assim, à luz da questão de gênero e do multiculturalismo, procura-se abordar o perfil da presa estrangeira, as dificuldades enfrentadas por ela diante da legislação e do sistema prisional pátrios e o quanto as inexistências ou insuficiências de abordagens específicas criam uma série de dificuldades durante o cumprimento da pena.

1. O MULTICULTURALISMO E O PERFIL DA MULHER ESTRANGEIRA EM CUMPRIMENTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO BRASIL

De acordo com Santos e Nunes (2003, p. 26), a concepção original do termo multiculturalismo designa a "coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio de sociedades modernas". Pode-se afirmar, no entanto, que o multiculturalismo se tornou rapidamente um modo de descrever as diferenças culturais em um contexto transnacional e global. Além disso, afirmam os autores que apesar dessas concepções, o multiculturalismo é um termo associado a projetos e conteúdos emancipatórios e contra-hegemônicos, baseados em lutas pelo reconhecimento da diferença.

Nas palavras de Charles Taylor (1997, p. 83), "todas as sociedades estão a tornar-se cada vez mais multiculturais e, ao mesmo tempo, mais permeáveis.[3]" Tudo isso conduz à questão da imposição de algumas culturas sobre outras. E, "considera-se que, neste aspecto, as sociedades liberais do Ocidente são extremamente culpadas, em parte devido ao passado colonial, em parte devido à marginalização de segmentos de sua população oriundos de outras culturas" (TAYLOR, 1997, p. 84).

[3] "A permeabilidade significa que as sociedades estão mais receptivas à migração multinacional: são mais os membros cujo centro se situa noutra parte qualquer, que passaram a conhecer uma vida de diáspora" (TAYLOR, 1997, p. 83).

Assim a luta multicultural está enraizada no processo histórico de formação dos países americanos, que passaram por um processo de conquista e colonização, seguido de uma política de assimilação forçada e de eliminação da identidade dos povos[4] que habitavam as terras "descobertas".

Nesse sentido, o acelerado processo de globalização que atravessa o mundo, gera novos marcos de regulação e novos cenários que conectam realidades e culturas há muito pouco tempo distantes, mas que acentuam as diferenças sociais e as tensões étnicas, que fez emergir o multiculturalismo, a interculturalidade e a preocupação com as questões identitárias e culturais. A questão multicultural está presente na maioria dos países formados por uma população heterogênea, por instituições democráticas e atingidos pelas conseqüências desastrosas dos processos de globalização hegemônica. Esses países apresentam minorias[5] fortemente discriminadas e exploradas, que carregam o peso da colonização, da tentativa de assimilação forçada, de incorporação ao cenário nacional e da superioridade de uma cultura dominante, que considera todos os homens como "livres e iguais".

Nesse sentido, segundo os últimos dados do Infopen, do ano de 2014, existem 2.778 presos (dois mil setecentos e setenta e oito) estrangeiros cumprindo pena no Brasil, dos quais 79% eram homens e 21% eram mulheres. (BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 27).

A grande maioria das presas estrangeiras procede da América (318 presas, ou 53 %), sendo outras 160 da África (27%), 78 da Europa (13%), 39 da Ásia (7%) e 1 da Oceania.

Os dados disponibilizados pelo Infopen do Ministério da Justiça demonstram que os principais países de origem dessas mulheres são a Bolívia (99 presas), o Paraguai (83 detentas), a África do Sul (47 segregadas), o Peru (35 presas) e Angola (29 reclusas).

As unidades prisionais do Estado de São Paulo, ao início da pesquisa realizada pelo Ministério de Estado da Justiça (Infopen), não disponibilizaram os dados. Porém, os elaboradores do levantamento obtiveram as informações após se valerem da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de acesso à informação). Nessa ocasião, descobriu-se que no Estado de São Paulo havia 596 mulheres estrangeiras em situação de privação de liberdade. (BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 28).

---

4 "Pensa-se que desde 1492 os europeus têm vindo a projetar desses povos uma imagem de seres um tanto inferiores, "incivilizados", e que, através da conquista e da força, conseguiram impô-la aos povos colonizados" (TAYLOR, 1997, p, 46).

5 As Nações Unidas não formalizaram uma definição de minoria universalmente aceita. O primeiro esforço foi desenvolvido pela Sub-Comissão para Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, quando, em 1950, sugeria: I - o termo minoria inclui, dentro do conjunto da população, apenas aqueles grupos não dominantes, que possuem e desejam preservar tradições ou características étnicas, religiosas ou lingüísticas estáveis, marcadamente distintas daquelas do resto da população; II - tais minorias devem propriamente incluir um número de pessoas suficiente em si mesmo para preservar tais tradições e características e - III tais minorias devem ser leais ao Estado dos quais sejam nacionais. Um conceito mais político de minoria é aquele que descreve tais grupos como formado de cidadãos de um Estado, constituindo minoria numérica e em posição não-dominante no Estado, dotada de características étnicas, religiosas ou lingüísticas que diferenciam daquelas da maioria da população, tendo um senso de solidariedade um para com o outro, motivado, senão apenas implicitamente, por uma vontade coletiva de sobreviver e cujo objetivo é conquistar igualdade com a maioria, nos fatos e na lei. Novamente estão presentes critérios objetivos e subjetivos, além da introdução de elemento político: nacionalidade ou cidadania do Estado (SÉGUIN, 2002. p. 9).

2. A PRISÃO COMO ESPAÇO DE NEGAÇÃO DO MULTICULTURALISMO

Do conjunto de pessoas que compõem a massa carcerária, a mulher não tem destaque. No Brasil, o percentual de mulheres estrangeiras presas gira em torno de 2%. (BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, 2014, p. 29).

Michael Mary Nolan, da Pastoral Carcerária da Igreja Católica e também Presidente do Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), com sede em São Paulo, com olhos postos nas presas estrangeiras, relata que a criminalidade feminina tem-se voltado para os crimes de tráfico de entorpecentes, nos quais a mulher é utilizada como o que vulgarmente se conhece como sendo uma "mula" do tráfico, vale dizer, uma pequena traficante/transportadora/possuidora de drogas para a venda internacional. (FONTELES, 2014).

Olga Espinoza (2002, p. 36), pesquisadora do *Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana* da Universidade do Chile, explica que, quando se trata de mulher e de seu envolvimento com o sistema punitivo, parte-se da ideia de que o sistema criminal está em crise, pois à medida que esse sistema não cumpre minimamente as suas funções, entre elas as de proteção ao bem jurídico e de prevenção de determinadas condutas, ele (sistema) se mostra como uma entidade seletiva – o sistema selecionará quem punir para ulterior criminalização e vitimização, tendo como principal cliente os miseráveis.

> Referida autora aduz que "a perversidade do sistema criminal se estabelece através do 'aparato de publicidade' do Estado, que projeta a ilusão de um poder punitivo igualitário, não seletivo, não discriminador, disfarçando de conjuntural ou circunstancial aquilo que é estrutural e permanente (inerente ao próprio poder)". (ESPINOZA, 2002, p. 37).

Assim, no universo intramuros, a prisão é um lugar frio, triste, representado, como lembra Julita Lemgruber, por uma caricatura da sociedade em si, haja vista ser um ambiente que reforça a exclusão das mulheres segundo as condições já vividas anteriormente, sem prejuízo da intensificação dos males que causa, isso quando não as infantiliza e as faz depender de uma autoridade externa (os agentes do Estado) para, logo em seguida, buscar que tenham maturidade para que sejam declaradas ressocializadas. (LEMGRUBER, 1999, p. 45).

Sob este enfoque, pode-se pensar, como Manuela Ivone P. Pereira da Cunha, antropóloga da Universidade do Minho, em superação do tradicional conceito de Ervin Goffman no sentido de que a prisão é uma "instituição total" (CUNHA, 2004), pois o espaço intramuros não parece ser muito distinto daquela da sociedade livre, mormente de alguns anos para cá, quando os cárceres se tornaram mais "porosos", isto é, mais abertos a vários setores sociais, como a imprensa, os operadores do direito, organizações sociais (igrejas, conselhos de comunidade) e assim por diante.

É cediço, no entanto, que a prisão surgiu como sucedâneo da pena de morte, apesar de já ter sido concebida de modo falho. Diante disso, a prisão tornou-se uma instituição dotada de características que lhe são muito peculiares, de tal modo que o seu sistema de funcionamento interno, por mais permeável que seja ao controle social, ainda guarda características que lhe são próprias.

Nesse particular, quando se fala em encarceramento feminino o primeiro passo foi o de separar os homens das mulheres, dando a elas um tratamento pretensamente

distinto. Assim, no seu (ir) regular desenvolvimento, a instituição da prisão adquiriu qualidades e contornos tipicamente masculinos, relegando o sexo feminino a uma conjuntura de invisibilidade, ainda mais quando passou a desrespeitar ou, quando menos, a não-observar as características, diferenças e necessidades que a mulher possui quando está a cumprir pena.

Diante desse cenário, a massa carcerária feminina obrigou-se ao longo dos anos a se adaptar a padrões masculinos de aprisionamento, ferindo de morte seus direitos enquanto mulheres presas, resultado de uma cultura institucional patriarcal, que pode ser vista, de início, na arquitetura e na infraestrutura das penitenciárias femininas, isso quando não são, simplesmente, construídos anexos aos cárceres masculinos, realizando-se uma simples adaptação destes às necessidades daquele determinado espaço, que de um momento para outro passa a alojar mulheres.

Desse modo, além de serem espaços de privação superlotados, sem condições de salubridade para os internos, excesso de presos provisórios, o problema se agrava ainda mais quando se trata de mulher estrangeira em cumprimento de pena.

Nesse contexto de negação de direitos, os aspectos culturais são constantemente violados, pois a indiferenciação forçada do cárcere não respeita as peculiaridades de cada apenada, tais como origem, língua, religião, forma de vestir e assim por diante. A prisão impõe, assim, uma cultura comum a todas as presas.

Há uma multiplicidade de aspectos que a prisão de mulheres, em especial a de estrangeiras, acaba por vulnerar. Nesse sentido, alguns deles são bastante visíveis e perceptíveis, a começar pelo problema da língua e da falta de informação sobre os seus mais elementares direitos enquanto presa.

2.1 O problema da barreira do idioma e da falta de comunicação

Embora não seja previsto como direito expresso na Lei de Execução Penal (LEP – Lei 7.210/84), a tradução de peças do processo penal e do de execução penal para o idioma natal é prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominado de Pacto de San Jose da Costa Rica. Este tratado, em seu art. 8º, nº 2, alínea "a", prevê que entre as garantias judiciais do preso estrangeiro está o de o "[...] acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal".

Igualmente, o Decreto nº 592/1992, que internalizou no ordenamento jurídico brasileiro o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966), dispõe que toda a pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a garantia de "a) ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada." (art. 14, § 3º, alínea a).

Não obstante tais preceitos sejam aplicáveis, em tese, ao processo de conhecimento, tais garantias são, por óbvio, extensíveis à execução penal, uma vez que se trata de um processo judicialiforme, misto de atividade jurisdicional e administrativa. Afinal, conhecer direitos em um contexto de encarceramento em uma cultura diferenciada é fundamental para possibilitar o seu exercício. Se a comunicação é truncada ou não é viabilizada, faltará à presa a necessária compreensão de como funciona o complexo

sistema de justiça criminal brasileiro, de forma que os aspectos culturais acabam sendo negados ou completamente amesquinhados.

Um exemplo desse cipoal jurídico-processual que muitas vezes baralha e causa perplexidade a presos (as) estrangeiros (as), nomeadamente aqueles (as) condenados (as) por tráfico internacional de drogas pela Justiça Comum Federal, tem-se no fato de que o seu recurso de apelação será apreciado, enquanto a execução penal tiver caráter provisório, pelo respectivo Tribunal Regional Federal. Paralelamente, a execução provisória, por força do que dispõe a súmula 192 do Superior Tribunal de Justiça, conjugada com os ditames da Resolução CNJ 113/2010, já pode estar tramitando no juízo estadual, que, se negar algum direito a esse (a) preso (a) estrangeiro (a) (*v.g.*, a progressão de regime) ensejará o aviamento de recurso de agravo em execução (LEP, art. 197), que será julgado por um tribunal estadual.

Outro exemplo desse confuso sistema jurídico processual é encontrável em entrevista dada ao site de notícias G1.com, em 24 de outubro de 2010, por Heidi Ann Cerneka, então vice-coordenadora nacional da Pastoral Carcerária, que vaticinou que há "[...] presos que falam um pouco de inglês e espanhol e isso facilita a comunicação. Mas tivemos uma chinesa presa com documentos falsos que ficou muda por três meses, até que a Pastoral conseguiu alguém que pudesse ajudá-la." (DUARTE, 2010).

Essa complexa situação demonstra como é difícil explicar a um preso alienígena os caminhos tortuosos do processo penal brasileiro, até mesmo na fase de execução da pena.

Nesse aspecto, interessante notar as recentes Regras de Mandela, de outubro de 2015 (Regras 54 e 55), que reforçam a necessidade de tradução de documentos também na seara da execução para que o/a presa/a estrangeiro/a tenha conhecimento sobre a legislação e os regulamentos concernentes à unidade prisional e ao sistema prisional em que está recolhido, nomeadamente com a disponibilização de tais regras nos principais idiomas utilizados, de acordo as necessidades da população prisional. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 30).

2.2 Religião

A liberdade de crença é assegurada pela CF em seu art. 5º, inciso VI. De seu lado, a LEP, como derivação dessa garantia constitucional, estabelece como direito da presa a assistência religiosa.

Todavia, nas prisões brasileiras as mulheres, na sua maior parte, são atendidas pela Pastoral Carcerária ou pelas Igrejas evangélicas. Esse cenário se torna mais difícil e complexo quando se têm presas que professam crenças não cristãs, entre elas aquelas de matriz africana e as muçulmanas, que dificilmente terão garantido o seu direito de liberdade de crença no interior de uma penitenciária feminina. A padronização de tratamento penal, que não respeita as diferenças religiosas, torna muito difícil – se não impossível – o exercício dessa liberdade no contexto do cumprimento da pena corporal.

Nesse norte, a reportagem acima citada identificou já naquela época "um grupo de muçulmanas que, para manter suas tradições, tentam conseguir refeições diferentes e horários para rezar." (DUARTE, 2010).

Isso sem falar em outras dificuldades que daí advêm para as que professam essa mesma fé, como, p. ex., a de jejuar durante o dia no período do Ramadã. Complica não apenas o exercício da garantia da crença, mas tumultua a própria rotina da organização penitenciária, que não é preparada ou capacitada para essas vicissitudes, em especial quando presas estrangeiras e brasileiras cumprem pena em um mesmo estabelecimento penal, contrariando a Regra 65, item 1 das vigentes Regras de Mandela. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 32).

2.3 Acompanhamento jurídico

Falta a boa parte das presas estrangeiras acompanhamento jurídico especializado por parte do Estado, como determina o art. 15 da LEP. A assistência jurídica, sobretudo com o trabalho que deveria ser desenvolvido mais eficazmente pelas Defensorias Públicas da União e dos Estados, ainda é muito incipiente e necessita de vários aperfeiçoamentos, resultando na total desinformação ou parca informação sobre como estão a tramitar seus pleitos, seus processos e sua situação jurídica, malferindo a Regra 119, itens 1 e 2 das Regras de Mandela. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 43).

Nesse particular, André Luiz de Almeida e Cunha, ex-Diretor de Políticas Penitenciárias do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), à época da reportagem, ressaltou que, ao receber um estrangeiro, o sistema informa ao consulado do país de origem da presa para fornecer a assistência jurídica a que ela faz jus. Todavia, "o problema é que alguns consulados não se manifestam e não fazem contato com a família do preso. Dessa forma é mais difícil o apoio de um advogado enviado por parentes para se comunicar com o apenado". (DUARTE, 2010).

Esse quadro se torna especialmente sensível se entre o Brasil e o país de origem da presa não existe qualquer tratado bi/multilateral acerca do cumprimento da pena.

2.4 Visita íntima e de familiares

Sob outro viés, quanto à visita íntima, a mulher sofre seguidamente com a ausência de seu marido/companheiro, que em boa parte dos casos a abandona durante o cumprimento da pena.

As mulheres também sofrem com os casos de "homossexualismo imposto", notadamente a partir de carências afetivas e da real ausência de liberdade para decidir sobre a escolha de seu par.

Por outro lado, no caso das presas estrangeiras, sentem elas a falta de contato e do apoio da família, que se encontra em outro país.

Segundo o Ministério da Justiça, o Brasil possui 12 (doze) Tratados Bilaterais de Transferência de Pessoas Condenadas, em vigor, e 3 (três) multilaterais, a saber:

> Angola: Celebrado em 03.05.2005 e promulgado pelo Decreto nº 8.316, de 24.09.2014.
>
> Argentina: Celebrado em 11.09.1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.875, de 23.07.2001.
>
> Bolívia: Celebrado em 26.07.2007 e promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20.06.2007.
>
> Canadá: Celebrado em 15.07.1992 e promulgado pelo Decreto nº 2.547, de 14.04.1998.

> Chile: Celebrado em 29.04.1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.002, de 26.03.1999.
>
> Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior: Celebrado em 26.07.2007 e promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20.06.2007. Países signatários: Arábia Saudita, Belize, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, El salvador, Equador, Estados Unidos, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, República Tcheca, Uruguai e Venezuela.
>
> Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP): Celebrado em 23..11.2005 e promulgado pelo Decreto nº 8.049, de 11.07.2013. Países: Angola, Brasil, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Timor Leste.
>
> Espanha: Celebrado em 04.05.1998 e promulgado pelo Decreto nº 2.576, de 30.04.1998.
>
> Mercosul: Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, celebrado em 16.12.2004 e Promulgado pelo Decreto nº 8.315, de 24.09.2014.
>
> Panamá: Celebrado em 10.08.2007 e promulgado pelo Decreto nº 8.050, de 11.07.2013
>
> Paraguai: Celebrado em 29.10.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.443, de 28.10.2002.
>
> Peru: Celebrado em 25.08.2003 e promulgado pelo Decreto nº 5.931, de 13.10.2006.
>
> Portugal: Celebrado em 25.08.2007 e promulgado pelo Decreto nº 5.767, de 02.05.2006.
>
> Reino dos Países Baixos: Celebrado em 23.01.2009 e promulgado pelo Decreto nº 7.906 de 04.02.2013.
>
> Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte: Celebrado em 29.01.2002 e promulgado pelo Decreto nº 4.107, de 28.01.2002. (BRASIL. Justiça e Cidadania, 2016).

A despeito desses tratados e da Regra 58, itens 11 e 2, das Regras de Mandela, ainda há uma distância entre o que pretendem garantir esses pactos e a dura realidade das presas estrangeiras no Brasil. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 31).

2.5 Trabalho

O trabalho das presas é assegurando pelos arts. 28 a 30 da LEP, sem prejuízo do que dispõem as atuais Regras de Mandela, 4, item 2, 95 a 103 (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b). Porém, no caso das mulheres, o trabalho que é disponibilizado pelo Estado é, geralmente, sujeito a padrões de formação e capacitação tidos como "apropriados" e "tipicamente femininos", como os ofícios de cabeleireira, manicure, cozinheira, treinamento para a realização de serviços domésticos em geral.

Mesmos nesses casos, o trabalho prisional da estrangeira em cumprimento de pena ainda encontra barreiras, dada a disposição do art. 98 da Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro), que trata do estrangeiro submetido a processo de expulsão.

Esse diploma foi invocado como uma das razões de decidir pela então Ministra Ellen Gracie para não conceder a ordem de *Habeas Corpus* nº 97.147/MT. Na ocasião, a Ministra foi acompanhada pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa.

Todavia, após pedido de vista do Ministro Peluso, este divergiu do voto da Ministra-Relatora e, em síntese, fundamentou sua decisão nos papéis que o trabalho prisional exerce – ou deveria exercer - na execução penal, bem como pelo fato de o decreto de expulsão, quando já emitido pelo Ministro de Estado da Justiça, gerar um tratamento discriminatório

> [...] no exercício de direitos relacionados com a execução de sua pena privativa de liberdade, isto é, ao gozo do livramento condicional, da progressão de regime prisional, da suspensão condicional da pena, dentre outros instrumentos jurídicos pertinentes. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2009).

O CNJ, durante a realização dos mutirões carcerários de 2009 a 2013, realizou visitas e inspeções em todas as unidades da federação e constatou como são escassas as ofertas de trabalhos no meio prisional, seja para homens, seja para mulheres. As observações contidas nos relatórios das diversas unidades da federação visitadas mostram que o Estado é o maior omisso em procurar ofertar trabalho aos (às) presos(as) de forma sistemática, de modo que o que predomina na maior parte das prisões brasileiras é o ócio. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2016).

Respeitante às presas estrangeiras, essas dificuldades mais se fazem notar pela dificuldade de idioma, diversidade cultural e quando progridem elas para os regimes semiaberto e aberto, ou obtém o livramento condicional, dificilmente conseguem ocupação lícita, quer porque não possuem cédula de identidade para estrangeiro, seja porque não conseguem obter a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), justamente pela sua própria condição de estrangeiras a cumprir pena privativa de liberdade, não possuírem residência no Brasil, somando-se a tudo isso a circunstância de que paralelamente à execução da pena ainda tramita o processo administrativo destinado a expulsá-la do país em virtude do cometimento do crime em território nacional.

2.6 Documentação

Os problemas para a obtenção de emprego residem nas dificuldades da obtenção da documentação para sua permanência legal no Brasil, antes de ultimado o processo de expulsão previsto no Estatuto do Estrangeiro.

Nesse sentido, alguns juízes federais ao longo do tempo vêm reconhecendo a possibilidade de que presos (as) estrangeiros (as), ainda em cumprimento de pena, obtenham a CTPS para que assim trabalhem licitamente em território brasileiro.

Exemplo disso ocorreu em Campinas, por decisão do Juízo da 24ª Vara Federal, que determinou a expedição de CTPS em prol de uma senegalesa condenada por tráfico internacional de drogas. Na ocasião, o magistrado ressaltou que "o princípio da igualdade deve ser observado com o fim de assegurar ao estrangeiro uma forma digna de cumprimento de pena e assegurando-lhe todas as garantias, pois sua condição jurídica não o desqualifica como sujeito de direitos". (ANGELOTTO JUNIOR, 2014).

Nessa linha, procurando suprir essa lacuna e de certa forma dando uma interpretação mais atualizada ao Estatuto do Estrangeiro, sobretudo em função do aumento do encarceramento de estrangeiros no Brasil, o Conselho Nacional de Imigração (CNImg) editou a Resolução Normativa nº 110, de 10 de abril de 2014, pela qual autorizou a "concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento

de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional. " (BRASIL. Conselho Nacional de Imigração, 2014).

Posteriormente, o Ministério da Justiça regulamentou a Resolução do CNImg por meio da Resolução nº 06, de 30 de janeiro de 2015, que autorizou a "concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no Território Nacional." (BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça, 2015).

Essas iniciativas procuraram se ajustar aos preceitos inscritos nas Regras 107 e 108 das Regras de Mandela. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 41).

2.7 Maternidade

O contato de presas estrangeiras com os filhos fica inviabilizado pela segregação em território brasileiro. Muito raramente os filhos de presas estrangeiras têm condições de vir ao Brasil para visitar suas mães ou parentes no cárcere, até mesmo porque a maioria das presas é de estrato social pobre em seus países de origem.

Andrea Dip (2014), baseada em trabalho desenvolvido pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), registra que as presas estrangeiras não têm com quem deixar os bebês, quando são presas já grávidas, pelo fato de o contato familiar ser complexo e a família não ter dinheiro para buscar essa criança estrangeira em cumprimento de pena", de sorte que a presa se vê obrigada a entregar seu filho para o abrigo.

A falta de contato dessa mulher presa com sua prole ocasiona a ruptura dos vínculos familiares, gerando transtornos psicológicos à mãe e à criança, o que desatende não apenas aos interesses da segregada, mas viola também e de modo muito especial os superiores interesses da criança, violando o comando do art. 227 da Constituição Federal e a Regra 106 das Regras de Mandela. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 41).

Por outro lado, procurando minorar as consequências do encarceramento feminino, em especial da presa gestante, a Lei nº 12.403, de 04 de maio de 2011, incialmente estabeleceu a possibilidade de concessão da prisão domiciliar a partir do sétimo mês para presas provisórias. Posteriormente, a Lei nº 13.257 de 08 de março de 2016, alterou a lei para contemplar simplesmente a presa gestante, independentemente da fase gestacional.

Embora, a legislação brasileira não retire a presa estrangeira do campo de sua aplicação, a possibilidade da prisão domiciliar nesses casos é praticamente nula, justamente porque ela não possui domicílio em território nacional. A alternativa que se coloca é a de acolhimento das crianças e das mães em instituições públicas ou privadas que concordem em recebê-las nesse período, o que dependente em muito da boa vontade do Estado-Juiz, das parcas estruturas do Estado-administração e da receptividade de ONG's que se dedicam à matéria.

O que se vê, portanto, é que, embora não se tenha inventado nada mais evoluído que a pena de prisão para aquelas pessoas que cometeram delitos considerados mais graves, de modo que devem elas cumprir a imposição que resulta da sentença penal condenatória, vive-se quadro de completa afronta aos mais comezinhos direitos da pessoa privada de liberdade – aqui, com destaque, para as mulheres estrangeiras -, a saber, o direito à integridade física e mental, educação, saúde, trabalho.

A reportagem do site de notícias G1, do ano de 2010, há pouco trazida à colação, reafirma o que foi dito no levantamento do Infopen realizado em 2014. Em 2010 já se vaticinava que:

> Destacam-se como problemas comumente vivenciados por pessoas estrangeiras presas: a dificuldade de obtenção de livramento condicional e de progressão de regime, dada a maior dificuldade dessas pessoas em atender às condições exigidas pela Lei de Execução Penal (como a obtenção de ocupação lícita, dentro de prazo razoável); a dificuldade em receber visitação e manter contato com a família; a carência à assistência consular; as dificuldades relacionadas à barreira linguística, como a falta de acompanhamento jurídico; o desconhecimento das regras disciplinares e do processo de execução penal. (BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional, 2014).

Nessa trilha, o multiculturalismo, conforme leciona Andrew Heywood (2010, p.95), caracteriza-se por

> [...] um firme apoio à diversidade no interior da comunidade, tomando como base o direito de diversos grupos culturais ao reconhecimento e ao respeito. Nesse sentido, o multiculturalismo reconhece como as crenças, os valores e os estilos de vida são importantes para que os indivíduos ou grupos desenvolvam o respeito por si próprios. Culturas diferentes merecem ser protegidas e fortalecidas, principalmente quando pertencem a grupo minoritários ou vulneráveis. Existem, porém, vários modelos conflitantes de sociedade multicultural que se baseiam, de maneiras variadas, nas ideias do liberalismo, do pluralismo e do cosmopolitismo.

Assim, se o multiculturalismo prevê o respeito à diversidade, a prisão, por seu turno, aniquila essa possibilidade na exata medida em que procura sempre homogeneizar comportamentos e expectativas de condutas. Essa última percepção é própria do que se denomina multiculturalismo conservador, que é aquele que, em síntese: "reconhece a possibilidade de que haja outras culturas, porém não realiza um esforço para que as mesmas sejam culturalmente valorizadas." (GANDIN; HYPOLITO, 2003, p. 7).

O sistema de justiça criminal, em especial na fase de execução penal, procura dar um aparente tratamento isonômico às condenadas e por aí, desde logo, acaba por consagrar violações no que tange às identidades pessoais e culturais das sentenciadas, embora a CF e a LEP assegurem a individualização da pena como princípio a ser sempre observado. Em realidade, tem-se mais um discurso formal de garantias de direitos, que não encontra eco na realidade cotidiana. O que se tem, ao fim e ao cabo, são tremendas desigualdades e profundas dissintonias entre os enunciados constitucionais e legais e a realidade do cárcere.

Pode-se aqui, ainda, raciocinar de maneira bastante abrangente para trazer à tona um aspecto que, para as presas estrangeiras, adquire um caráter ainda mais dramático, qual seja, a questão da passagem do tempo na prisão em um país estranho a partir dos ensinamentos de Ana Messuti, citada por María Soledad Carrozza.

Nessa direção, Ana Messuti (2008, p. 29-30) tem tentado compreender a prisão a partir da noção de tempo. Segundo Messuti:

> [...] así como hay una ruptura en el espacio señalada los muros de la prisión, también hay uma ruptura en el tiempo. La pena de prisión se diferencia de toda otra pena por la forma en que combina estos dos elementos: el tiempo y el espacio. Esta

> intersección entre tiempo y espacio marca el comienzo de una duración distinta, cualitativamente diversa. Y ello a pesar de que la pena se mide con la misma unidad que se utiliza para medir el tiempo social, el tiempo común.

María Soledad Carroza, lastreada em Ana Messuti, assinala que essa autora distingue duas qualidades do tempo: o *tempo social* ou *comum*, que transcorre num espaço social, fora das fronteiras que constrói a prisão, e um *tempo da pena*, que lhe é próprio, que a constitui e para a qual se identifica uma duração distinta. Esta diferença não é cronológica, não reside em sua extensão, senão em sua qualidade, na intensidade com que ela é vivida.

Para Ana Messuti (2008, p. 34-35):

> Al construyrse la prisión se pretende inmovibilizar el tiempo de la pena. Separarlo del tiempo social que transcurre en el espacio social. La prisión es una construcción en el espacio para calcular de determinada manera el tiempo. Al fluir del tiempo e opone la firmeza del espacio. El orden jurídico, mediante la prisión, intenta dominar el tiempo. Parecería que el tiempo en el que transcurre la vida social normal fuese un tiempo relativo, y que el tiempo de la pena, transcurre en la prisión, asumiera un carácter absoluto.

Postas essas considerações, percebe-se claramente que o transcurso do tempo na prisão para uma presa nacional já é objeto de toda sorte de temores e angústias. Isso mais se intensifica para a presa estrangeira, para qual o tempo de aprisionamento em território estrangeiro parece uma eternidade.

Por isso é que Olga Espinoza (2002, p. 52) reforça o sentido de que a prisão é "uma instituição totalizante e despersonalizadora, na qual a violência se converte em um instrumento de troca, em que prevalece a desconfiança e o único objetivo das pessoas é sair, fugir, atingir a liberdade".

Nessa linha de raciocínio, as Regra de Mandela, em especial as regras de aplicação geral (Regra; 2, itens 1 e 2) tem o objetivo de fazer observar as diversidades culturais, para além de afirmar o conceito de multiculturalismo, servindo decisivamente para atenuar as agruras do cárcere, pois aproximariam a presa estrangeira de vivências e aspectos que lhe são mais próximos.

4. A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA E VISÃO DE FUTURO

Como citado, alguns diplomas legais contemplam as particularidades de mulheres no cumprimento da pena em seus aspectos multiculturais, que vão desde a questão do problema do idioma chegando até a questão da maternidade. Porém, ainda há uma distância muito grande entre o plano normativo e a realidade enfrentada pelas mulheres presas, nomeadamente as estrangeiras.

Nesse diapasão, a recente tradução das regras de Bangkok pelo CNJ foi importante passo no Brasil para diminuir a distância entre os enunciados legais e a dura realidade vivida pelas presas, em especial as estrangeiras. (ZAMPIER, 2016).

Porém, o Judiciário brasileiro já havia se adiantado, em parte, ao editar a Resolução CNJ de nº 162, de 13 de novembro de 2012, que impôs aos juízes brasileiros a necessidade, por ocasião da prisão, de comunicar a representação diplomática do país de origem da mulher estrangeira ou ao Ministério das Relações Exteriores - na hipótese

de inexistência de representação diplomática no Brasil – com o intuito de fazer com que os representantes diplomáticos passem a assistir o seu nacional quando preso no Brasil, facilitando aspetos como tradução de documentos, contatos com os familiares no exterior e apoio para o cumprimento de eventual pena.

A Resolução em comento estimulou a criação de um cadastro de presos estrangeiros pelo Ministério da Justiça para fazer transitar as informações entre este órgão e o Poder Judiciário brasileiro, com vistas a agilizar o processo de expulsão previsto no Estatuto do Estrangeiro ou, ao menos, possibilitar a aplicação de tratados bi/multilaterais para o cumprimento da pena imposta no Brasil no país de origem.

Outro louvável projeto do CNJ foi a edição, em 2011, da "Cartilha da Mulher Presa" em português, inglês e espanhol, visando a informar as presas nacionais e estrangeiras sobre os seus direitos na órbita da execução penal.

Interessante inciativa foi também adotada pela Secretária de Administração Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo, que entendeu por bem reunir os presos estrangeiros homens em único estabelecimento prisional (em Itaí, interior do Estado) e, no caso das mulheres, na Penitenciária Feminina da Capital (PFC), o que facilita a aplicação e observância de diferentes aspectos jurídicos e culturais que envolvem o respectivo cumprimento de pena. (SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária, 2016).

A concentração de presas estrangeiras numa só unidade facilita o trabalho de reinserção e procura garantir a especialização de servidores penitenciários e dos demais dispositivos do sistema de justiça para esse particular público que cumpre a pena no Brasil.

Atualmente, as Regras de Mandela, que atualizaram as Regras de Tóquio de 1955, preveem no item 62 1 que "Presos estrangeiros devem ter acesso a recursos razoáveis para se comunicarem com os representantes diplomáticos e consulares do Estado ao qual pertencem. 2. Presos originários de Estados sem representação diplomática ou consular no país e refugiados ou apátridas devem ter acesso a recursos similares para se comunicarem com os representantes diplomáticos do Estado encarregados de seus interesses ou com qualquer autoridade nacional ou internacional que tenha como tarefa proteger tais indivíduos." (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, 2016b, p. 32).

Como se pode observar em linhas anteriores, não é a ausência de tratados internacionais ou de legislação nacional que não permite ou inviabiliza o cumprimento da pena e a necessidade de observação dos vários aspectos multiculturais nela envolvidos. O que existe, repise-se, é uma distância entre os parâmetros normativos e a realidade de cumprimento de penas nos cárceres nacionais por estrangeiras.

Sem dúvida alguma, a concretização dos direitos passa por sensibilização e por instar as autoridades administrativas a tornarem efetivas as particularidades que decorrem das diferenças. Do contrário, os direitos acima elencados serão sempre diretivas gerais e abstratas que dificilmente alcançarão concretude e imporão mudanças nas rotinas penitenciárias.

Talvez, o início disso tudo isso seja resgatar a individualização da pena prevista na CF e na LEP para todas as presas (nacionais e estrangeiras), pelo trabalho realizado pela Comissão Técnica de Classificação (CTC), que não deve ser uma simples norma programática despida de conteúdo eficaz.

Ainda que isso não seja plenamente possível, como prescreve e exige o art. 8º da LEP, poder-se-ia trabalhar a questão do encarceramento de presas estrangeiras a partir de suas origens geográficas e das suas múltiplas culturas. Nesse quadrante, o trabalho reunindo grupos específicos, ainda que numericamente não muito expressivos, parece ser um bom caminho a seguir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu ao longo do trabalho, os espaços de privação de liberdade são espaços de negação de aspectos multiculturais.

Há para a mulher, pela sua simples condição, uma sobrepena, porque geralmente é afastada da família e do convívio dos filhos, situação que se agrava com as presas estrangeiras.

No Brasil deve-se fazer um intenso trabalho no sentido de afirmar a prevalência de tratados internacionais e a CF que asseguram os direitos das mulheres, e em especial, para as presas estrangeiras. Do contrário, o discurso jurídico continuará distante da prática e será pouco efetivo.

Em que pese tal cenário, já se notam ações inclusivas no sentido de romper com essa lógica de exclusão e negação de aspectos multiculturais, seja por iniciativa do CNJ, seja por iniciativa de algumas Secretárias de Administração Penitenciária das unidades da federação, procurando dar as condições de possibilidade da aplicação das Regras de Mandela, aprovadas pela ONU em outubro de 2015.

Certamente, quanto menos despersonificante for a execução da pena e mais observadora das diversidades culturais for o seu cumprimento, mais sucesso se terá na reinserção social da apenada, que voltará ao seu país da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGELOTTO JUNIOR, Sergio. Presa estrangeira consegue autorização judicial para tirar a Carteira de Trabalho no Brasil. **JusBrasil,** Brasília, 2014. Disponível em: <http://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147722339/presa-estrangeira-consegue-autorizacao-judicial-para-tirar-a-carteira-de-trabalho-no-brasil>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa CNIg nº 110, de 10 de abril de 2014.** Autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, com fins a estabelecimento de igualdade de condições para cumprimento de penas por estrangeiros no Território Nacional. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=269310>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**: Relatórios. Brasília, 2016a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario/relatorios>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela:** Regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília, 2016a. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdbc4a1b02fa6e3944ba2.pdf>. Acesso. 13 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 162, de 13 de novembro de 2013.** Dispõe sobre a comunicação de prisão estrangeiro à missão diplomática de seu respectivo Estado de Origem. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n162-13-11-2012-presidncia.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Mulheres. Brasília, DF: Ministério da Justiça, jun. 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. Justiça e Cidadania. **Cooperação internacional:** transferência de pessoas condenadas. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/cooperacao-internacional/transferencia-de-pessoas-condenadas>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Portaria nº 6, de 30 de janeiro de 2015. Regulamenta a aplicação da Resolução Normativa nº 110/2014, do Conselho Nacional de Imigração, que autoriza a concessão de permanência de caráter provisório, a título especial, a estrangeiros que sejam réus em processos criminais ou estejam cumprindo pena no Território Nacional. **Diário Oficial de União,** Brasília, n. 22, 02 fev. 2015. Seção 1, p. 41. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=41&data=02/02/2015>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97147/MT.** Segunda Turma, Relator Min. Ellen Gracie, julgado em 04/08/2009. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712307/habeas-corpus-hc-97147-mt>. Acesso em: 12 out. 2016.

CUNHA, Manuela Ivone Pereira da. A prisão e suas novas redundâncias. **Direito e Justiça,** Lisboa, n. esp., p. 119-125, 2004. Disponível em: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/5226/3/A%20pris%C3%A3o%20e%20as%20suas%20novas%20redund%C3%A2ncias.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

DIP, Andrea. **Maternidade condenada**. São Paulo, 11 ago. 2014. Disponível em: <http://apublica.org/2014/08/maternidade-condenada/>. Acesso em: 12 out. 2016.

DUARTE, Nathália. Língua e hábitos culturais complicam a vida de presos estrangeiros. **G1 Notícias**, São Paulo, 24 jun. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/06/lingua-e-habitos-culturais-complicam-vida-de-presos-estrangeiros.html>. Acesso em: 11 out. 2016.

ESPINOZA, Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**. Pelotas, v.1, n. 1, p. 35-38, jan./dez. 2002. Disponível em: <http://docslide.com.br/documents/a-prisao-feminina-desde-um-olhar-criminologia-feminista.html>. Acesso em: 10 out. 2016.

FONTELES, Natália. Presas estrangeiras: contexto de violações ainda mais grave nas prisões brasileiras. **Adital: Notícias da América Latina e Caribe,** Fortaleza, 28 nov. 2014. Disponível em: <http://site.adital.com.br/site/noticia.php?lang=PT&prevlang=ES&cod=83475>. Acesso em 11 out. 2016.

GANDIN, Luís Armando; HYPOLITO, Álvaro Moreira. Dilemas do nosso tempo: globalização, multiculturalismo e conhecimento. Entrevista com Boaventura de Sousa Santos. **Currículo sem Fronteiras,** v. 3, n. 2, p. 5-23, jul./dez. 2003. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/documentos/curriculosemfronteiras.pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas**: do feminismo ao multiculturalismo. Trad. Janaína Marcoantonio, Mariane Janikain. São Paulo: Ática, 2010.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos vivos***:* análise sociológica de uma prisão de mulheres. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MESSUTI, Ana. **El tiempo como pena.** Buenos Aires: Ed. Ediar, 2008.

SÃO PAULO. Secretaria de Administração Penitenciária. **Penitenciária de Itaí abrigará presos estrangeiros.** São Paulo, 16 out. 2016. Disponível em: <http://www.sap.sp.gov.br/common/nota_imp/0001-0099/ni033.html>. Acesso em: 18 out. 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). **Reconhecer para libertar:** os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003 (Série Reinventar a emancipação social: para novos manifestos, v. 3).

SEGUIN, Elida. **Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica.** Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 2002.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo:** La politica del riconoscimento. Milan: Anabasi, 1993.

TAYLOR, Charles et al. **Multiculturalismo:** examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ZAMPIER, Deborah. **Regras de Bangkok jogam luz nas mazelas de gênero do sistema penal, diz autora.** CNJ: Notícias, Brasília, 12 jun. 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82802-regras-de-bangkok-jogam-luz-nas-mazelas-de-genero-do-sistema-penal-diz-autora>. Acesso em: 12 out. 2016.

RECEBIDO EM: 03/03/2017
APROVADO EM: 22/05/2017

O PASSADO ANULADO: OS REFLEXOS DA INADEQUADA JUSTIÇA TRANSICIONAL PARA A DEMOCRACIA BRASILEIRA

ANNULLED PAST: THE INADEQUATE TRANSITIONAL JUSTICE REFLEXES ON BRAZILIAN DEMOCRACY

Carla Dóro de Oliveira[1]

Doglas Cesar Lucas[2]

RESUMO: O trabalho busca analisar o processo transicional brasileiro pelo estudo das medidas adotadas pelo Estado durante a redemocratização. A partir disso, buscou-se reconhecer os aspectos positivos e negativos do processo justransicional, identificando de que forma sua incompletude influencia na democracia e na persistência de um cenário de violência no país. Na metodologia utilizou-se pesquisa bibliográfica numa abordagem qualitativa. Os resultados do trabalho apontam que medidas adotadas pelo Brasil, apesar de relevantes, são insuficientes para a consolidação de uma cultura democrática e de respeito aos direitos humanos no país, impondo-se, assim, a implementação da justiça transicional em todos os seus aspectos.

Palavras–chave: Democracia. Direitos Humanos. Ditadura. Justiça de Transição. Memória.

ABSTRACT: This work aims to analyze the Brazilian transitional process by studying the measures adopted by the Brazilian government during its democratization. From this, this paper tried to recognize the positives and negatives aspects of this process, identifying the points that deserve more attention. In the methodology, it was used bibliographic research, in a qualitative approach. Our results indicate that the measures taken until now, although relevant, are insufficient for the consolidation of democracy in our country. In this context, it is necessary to implement the transitional justice in all its aspects.

Keywords: Democracy. Dictatorship. Human Rights. Memory. Transitional Justice.

1 Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Bolsista da CAPES. carladorodeoliveira@gmail.com

2 Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi Roma Tre, Itália. Doutor em Direito pela UNISINOS e Mestre em Direito pela UFSC. Professor nos cursos de Graduação e de Mestrado em Direito da UNIJUÍ. Professor no Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Professor visitante do mestrado em direito da URI – Santo Ângelo. Avaliador MEC/INEP. Consulto Ad Hoc da Capes. Líder do Grupo de Pesquisa no CNPQ Fundamentos e concretização dos Direitos Humanos. doglasl@unijui.edu.br

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Há soldados armados / Amados ou não / Quase todos perdidos / De armas na mão / Nos quartéis lhes ensinam / Uma antiga lição / De morrer pela pátria / E viver sem razão.

Em setembro de 1968, Geraldo Vandré eternizou no coração dos brasileiros as angústias vividas nos anos de chumbo. No auge da repressão, num festival de canção no Maracanãzinho, Rio de Janeiro, o cantor fez surgir um hino contra a ditadura. Tratava-se da música "Para não dizer que não falei das flores" que, embora não tenha ganhado o festival, ganhou o coração dos ouvintes.

Dois anos antes disso tinha início a ditadura civil-militar brasileira que, durante mais de duas décadas, censurou, perseguiu, torturou e assassinou brasileiros e estrangeiros, levando o país ao caos político e econômico. Apenas em 1989 – vinte e nove anos depois da eleição de Jânio Quadros – os brasileiros puderam escolher seu presidente por meio do voto direto. No entanto, embora hoje nossa democracia formal possa ser considerada forte, vivemos tempos sombrios. A desigualdade social, a violação cotidiana dos direitos fundamentais dos cidadãos e a violência já não mais nos chocam. Assistimos incrédulos aos acontecimentos que abalam nosso país. Por isso, surge o questionamento: a redemocratização do país efetivamente democratizou as instituições públicas, trazendo melhoras no tratamento das questões envolvendo os direitos humanos?

Transcorridos mais de cinquenta anos desde o golpe que instaurou a ditadura militar brasileira o Brasil ainda vive situações de graves violações de direitos humanos. O processo transicional brasileiro, embora tenha avançado significativamente nos últimos anos, ainda se encontra em estado de abandono e, em comparação com os países vizinhos, estamos, sob muitos aspectos, atrasados e em débito com a nossa população.

Com isso em mente, o presente trabalho tem por objeto o estudo da justiça de transição, em seus variados aspectos, a fim de entender quais as medidas adotadas pelo Brasil a fim de superar a ditadura civil-militar, bem como os impactos dessas medidas na construção de uma cultura democrática e de respeito aos direitos humanos. Buscamos, a partir desse estudo, entender como o Brasil está lidando um capítulo tão traumático da sua história e quais os efeitos do regime ditatorial na democracia brasileira hoje.

1. ENQUANTO O HOMEM CHEGA À LUA, NO BRASIL, A DITADURA NOS APRESENTA O PORÃO

Imaginemos um país assolado por uma crise econômica persistente que mantinha a inflação em altos índices, assombrado pelo fantasma do comunismo num mundo polarizado pelo contexto da Guerra Fria, chefiado por um presidente que flertava perigosamente com a esquerda. Para completar o quadro, uma classe média conservadora e carola que, junto da Igreja Católica, exigia o extermínio do materialismo e do ateísmo da ideologia marxista. Pois foi nesse cenário que nasceu o golpe que instituiu a ditadura civil-militar no Brasil em 1964.

A década de 1960 trouxe consigo uma explosão de novidades ao redor do mundo: o programa espacial norte-americano lançou o homem à lua; a pílula anticoncepcional prometia a libertação feminina; surgiu a TV em cores; o rock mudava o cenário musical e um novo grupo ganhava notoriedade, eram *The Beatles*.

No Brasil, o presidente Jânio Quadros permaneceu por apenas oito meses no poder, renunciando em agosto de 1961. Seu vice, João Goulart, o Jango, causava arrepios na direita brasileira. Prometendo reformas de base, só conseguiu assumir a presidência após um acordo pelo qual o parlamentarismo foi instituído no país, a fim de refrear a atuação do novo chefe do Executivo. Apenas em 1963, Jango venceu o parlamentarismo e assumiu as rédeas do país. Em dezembro daquele ano o Brasil atingiu a maior inflação de sua história (79,9%) e teve o menor crescimento do Produto Interno Bruto (0,6%) desde o início dos cálculos (GASPARI, 2002).

Os rumores eram de que a esquerda, aliada a Jango, planejava um golpe para instituir o comunismo no país. A direita, no entanto, apoiada estrategicamente pela embaixada norte-americana no Brasil, na pessoa do embaixador Lincoln Gordon, alegava atuar de forma "preventiva". Se necessário, dariam o golpe para evitar outro golpe (GASPARI, op. cit.).

Apesar de o Partido Comunista Brasileiro (PCB), que reunia toda a esquerda nacional na época, afirmar que não pegaria em armas para lutar pelo socialismo no país, em março de 1964 tudo indicava que o golpe viria. Se não de esquerda, de direita (GASPARI, op. cit.).

No dia 13, Jango discursou no Comício da Central, ocasião na qual criticou o que chamou de "indústria do anticomunismo", posicionando-se, ainda, contrariamente ao uso de símbolos religiosos na campanha contra o seu programa de reformas de base (CODATO; OLIVEIRA, 2004). A classe média não se acovardou, respondendo com a Marcha da Família com Deus pela Liberdade, realizada no dia 19 de março em São Paulo. Sob a organização da União Cívica Feminina (UCF-SP), da Igreja Católica e do IPES,[3] a marcha reuniu mais de 500 mil pessoas (10% da população da cidade na época).[4] Esse evento proporcionou às Forças Armadas um requisito fundamental para a ditadura brasileira: o apoio da população.

Turbulento como foi, março tinha mais a oferecer. No dia 30, Jango fez seu último discurso na presidência. Na ocasião, disse: "Não queremos o Congresso fechado. [...] queremos o Congresso aberto. Queremos apenas que os congressistas sejam sensíveis às mínimas reivindicações populares" (GASPARI, 2002, p. 65). Foi a gota d'água. Jango acordou deposto.

O golpe teve início com o general Olympio Mourão que, no entanto, não desempenhou papel importante durante o regime que ajudou a instaurar. Jango, pressentindo o perigo, voou do Rio para Brasília no dia 1º de abril, e de lá para o Rio Grande do Sul, onde Brizola buscava oferecer resistência ao golpe, mas o apoio não veio (GASPARI, op. cit.).

3 Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais, fundado em 1961 e composto por empresários e militares.

4 O número de participantes não é exato, variando de trezentos mil a setecentos mil, conforme o documento consultado.

A 9 de abril, baixou-se o primeiro Ato Institucional de que se teria notícias, cassando mandatos e ampliando os poderes presidenciais. O AI-1 esclarecia à nação que a "revolução" que estava em andamento no país se dava no interesse do povo, visando "drenar o bolsão comunista". No dia 11 de abril Castello Branco tornou-se presidente da República.

Castello Branco desejava ser o único presidente durante a ditadura civil-militar brasileira, devolvendo a democracia ao país em 1966 por meio de eleições diretas (CHAGAS, 1985), mas suas esperanças não passavam de utopia. Com o decorrer do tempo, os atos institucionais se mostraram insuficientes e, em 1967, uma nova Constituição foi outorgada.

Assim, em outubro de 1965 baixa-se o Ato Institucional nº 2 (AI-2), instituindo um novo ciclo de cassações de mandatos parlamentares e extinguindo os partidos políticos a fim de enfraquecer a oposição (FAUSTO, 2001). O AI-2, para mais, transferiu para a Justiça Militar a competência para o julgamento dos crimes políticos. No ano de 1966, realizaram-se eleições indiretas para a Presidência da República. Costa e Silva, então Ministro da Guerra, foi o sucessor "natural" de Castello, tomando posse no cargo em março de 1967 (GASPARI, 2002).

O ano seguinte foi turbulento. Dentre vários acontecimentos, em setembro, um evento aparentemente insignificante serviu para legitimar o AI-5. O então deputado, Marcio Moreira Alves, pronunciou-se no Congresso num horário "no qual os parlamentares ocupam a tribuna para tratar de assuntos irrelevantes" (GASPARI, op. cit., p. 314). Foi um discurso sem repercussão, divulgado apenas em pequena nota na *Folha de São Paulo*. O ministro Lyra Tavares, no entanto, criou um monstro a partir dessa manifestação (GASPARI, op. cit.).

Para esquentar os ânimos, a esquerda começava a promover atentados para chamar a atenção da mídia e mandar um aviso para os militares: não aceitariam a ditadura sem lutar. Os militares, por sua vez, também estavam insatisfeitos. Com seus baixos salários, tinham de suportar todo o ódio da população e da oposição contra o regime ditatorial. "Os dois lados queriam provar que estourara uma revolução no Brasil, mas como ela não existia, contentavam-se em proclamar a existência do processo a que chamavam de 'guerra revolucionária'" (GASPARI, op. cit., p. 329). Disso tudo, percebe-se que o cenário político do país em 1968 era uma grande farsa, um teatro muito bem montando no qual a esquerda fingia atacar o regime militar e o governo fingia acreditar que a esquerda era, de fato, uma ameaça. Fingiram tão bem que acreditaram no próprio embuste. O resultado dessa encenação foi o AI-5.

Assim, a 13 de dezembro veio o AI-5, "o golpe dentro do golpe", fechando o Congresso Nacional. A partir de então se tornou comum a realização de "escuta telefônica, violação de correspondência e denúncias por informantes" (SKIDMORE, 2000, p. 232). Para mais, "estabeleceu-se na prática a censura aos meios de comunicação; a tortura passou a fazer parte integrante dos métodos de governo" (FAUSTO, 2001, p. 480). As disposições mais gravosas do ato referem-se à suspensão da garantia de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

No ano seguinte, as ações dos grupos de luta armada se intensificaram e incluíram assaltos a bancos e sequestro de autoridades. A ideia era arrecadar dinheiro para as

ações; demonstrar que as cidades capitalistas não eram invencíveis e, finalmente, negociar a troca das importantes personalidades sequestradas por presos políticos (SKIDMORE, 2000).

Se, inicialmente, os grupos armados assustaram o governo, eles foram rapidamente silenciados ante a forte repressão estatal e, em meados de 1970, já não tinham mais força para resistir. Isso porque, dados indicam que o número de militantes envolvidos no terrorismo girava em torno de oitocentos e mesmo nas estimativas mais pessimistas, como a do coronel Ustra, não passava 1650 pessoas (GASPARI, op. cit.). Assim, recorrendo à tortura e outras práticas criminosas, o Exército dizimou tais grupos com incrível rapidez (SKIDMORE, op. cit.).

Vários foram os motivos que levaram os militares a, lentamente, deixar o governo. Nessa lógica, cumpre dar espaço à participação das mulheres no cenário político nacional nas décadas de 1960 e 1970. Isso porque é muito comum nos depararmos com histórias das militantes de esquerda que lutaram contra a repressão. Embora essas sejam importantes, buscamos, por meio desse trabalho, trazer uma nova perspectiva. Nossa abordagem parte da atuação da mulher no apoio à deposição do Jango, que deu início à ditadura, e percorre o caminho trilhado por elas até chegarem à oposição pacífica ao regime ditatorial, quando as mães e esposas dos presos políticos e exilados passaram a exigir o retorno da democracia.

Os grupos femininos existiam nas principais cidades brasileiras. No Rio de Janeiro, a Campanha da Mulher pela Democracia (CAMDE) surgiu em junho de 1962. Em São Paulo, a União Cívica Feminina (UCF-SP) surgiu no mesmo ano, tendo sido registrada em março de 1963, ano em que também foi fundada a Liga da Mulher Democrata (LIMDE), em Belo Horizonte (SESTINI, 2007). No Rio Grande do Sul, em 1964 foi organizada a Ação Democrática Feminina Gaúcha (ADFG) (CHAVES, 2014), dentre outras espalhadas pelo país.

De acordo com Janaína Martins Cordeiro (2007), as entidades femininas fundadas na década de 1960 foram essenciais para a formação da opinião pública a respeito da importância do "resguardo" das liberdades democráticas em função da ameaça comunista que supostamente rondava o país.

Esses grupos femininos, reunidos para lutar pela família, pela Pátria e pela democracia, eram compostos por mulheres que – diferentemente das militantes de esquerda – não romperam com o estereótipo feminino da época. Apesar assumirem um local no espaço público, sustentavam um discurso conservador, pautado no catolicismo, reforçando a ideia de que atuavam na condição de mães, de esposas, de donas-de-casa com a finalidade de resguardar os "valores da família brasileira". Sua participação nos grupos femininos era encarada como uma luta "apartidária" e até mesmo "apolítica". Tais mulheres, assumindo o papel socialmente imposto, aceitavam a submissão de seus maridos, ficando até mesmo agradecidas quando eles lhes "permitiam" participar dessa importante luta "pela democracia" (CORDEIRO, 2008).

Deve-se observar que, embora as mulheres tenham apoiado o golpe, em 1964 – em sua maioria mulheres católicas conservadoras, mães e esposas – e após o golpe as mulheres tenham contribuído na luta da esquerda contra a ditadura – geralmente se observa a participação de mulheres jovens, economicamente ativas e/ou estudantes – não foi apenas dessas duas formas que se deu a participação das mulheres no cenário político

do Brasil ditatorial. Muitas mulheres, especialmente mães, esposas, irmãs e filhas de presos políticos, atuaram na resistência pacífica ao regime, por meio de manifestações e protestos, a exemplo do Movimento Feminino pela Anistia (RIDENTI, 1990).

Até porque, se a elite da sociedade brasileira sempre gozou da complacência dos órgãos estatais quando da apuração e punição de seus crimes, tudo mudou durante a ditadura. Os órgãos da repressão não tiveram complacência com os "filhos da elite". Conforme Skidmore (op. cit., p. 246), nos porões da ditadura "elite e não-elite tinham o mesmo tratamento". E foi graças a isso que, aos poucos, Igreja, OAB e as famílias de classe média passaram a lutar contra o governo militar e as violações aos direitos humanos.

Assim, diferentes grupos passaram a atuar na luta em prol da anistia. De acordo com Jessie Jane Vieira de Sousa (2011), o Movimento Feminino pela Anistia (MFA) foi um dos precursores na luta pela anistia. O MFA, surgido em 1975 sob a liderança de Terezinha Zerbini, objetivava mobilizar a opinião pública em defesa dos presos políticos e pelo retorno dos exilados, a partir de uma anistia ampla e geral. No entanto, essa posição de protagonismo das mulheres na resistência ao regime não encontra significativo espaço nas narrativas históricas.

Apesar de o projeto de anistia lançado pelo Executivo ter saído vitorioso, a mobilização da população por meio das organizações civis como o MFA não foi em vão, pois o projeto apoiado pelo governo venceu por uma pequena margem de votos graças aos votos dos "senadores biônicos", que eram indicados pelo governo ditatorial e que compunham um terço do Senado (GONÇALVES, 2009). Ademais, a união da sociedade em torno de uma mesma bandeira demonstrou a força da população e serviu para acelerar a redemocratização do país.

Além disso, a Igreja e a OAB também foram importantes na reabertura do regime. Conforme o Projeto *Brasil: nunca mais* (1985), não se pode negar que a Igreja Católica foi importante apoiadora da intervenção militar na década de 1960. No entanto, isso começou a mudar em 1968 por inúmeras razões, dentre as quais podemos citar a repressão policial excessiva, a decretação do AI-5 e o início da formação das Comunidades Eclesiais de Base.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também foi favorável à deposição do então presidente João Goulart e à intervenção militar, tendo levado considerável tempo para mudar de conduta. Ainda assim, reagiu (SKIDMORE, op. cit.).

A mudança se deu, igualmente, em decorrência do cenário político mundial. Aos poucos, as organizações de proteção e defesa dos direitos humanos voltaram sua atenção às atrocidades cometidas pelos agentes do estado no Brasil e até o Vaticano passou a condenar os maus-tratos aos quais os presos políticos eram submetidos. Paralelamente, a OAB e os advogados dos presos políticos passaram a lutar contra as ilegalidades cometidas pelas forças policiais e pelos órgãos da justiça, buscando assegurar os direitos dos seus clientes (SKIDMORE, op. cit.).

O que não se pode deixar de lado é que o trabalho da Igreja Católica, da Ordem dos Advogados do Brasil e da sociedade civil – em prol da bandeira da anistia –, foram fundamentais para a abertura do regime ditatorial, uma vez que deixaram claro às autoridades militares que o povo, como um todo, desejava o retorno da

democracia e das liberdades civis e não mais toleraria a continuidade das Forças Armadas no poder.

2. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: UM PROCESSO INACABADO

A justiça de transição se refere às medidas adotadas por um país visando à construção de uma cultura democrática após um período de restrição de direitos individuais. Nesse sentido, Paul Van Zyl (2011, p. 47) esclarece: "pode-se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos".

Para que se torne completo, o processo transicional deve passar por quatro etapas distintas: "(i) a reparação, (ii) o fornecimento da verdade e a construção da memória, (iii) a regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante à lei e (iv) a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos" (ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 215). Cada qual desempenha relevante e indispensável papel na construção de uma democracia fundada em bases seguras, servindo para devolver às vítimas do regime um espaço digno para que possam reconstruir suas vidas.

A primeira dimensão da justiça transicional, a reparação, diz respeito tanto à indenização pelos danos materiais causados às vítimas das violações de direitos humanos, quanto à assistência psicológica e medidas de cunho simbólico, tais como memoriais e monumentos (VAN ZYL, 2011). Um aspecto deve ser trabalhado paralelamente ao outro, conciliando-se a reparação pecuniária com a moral. No entanto, no Brasil houve, até pouco tempo, inegável preferência pelo modelo pecuniário de reparação o que acarreta um "menosprezo pelos avanços transicionais arduamente conquistados até aqui e o desrespeito em relação aos perseguidos políticos que passam a ser vistos, [...] como 'caçadores de tesouros' às custas do dinheiro público" (BAGGIO, 2011, p. 254).

Quanto ao aspecto reparatório, a justiça de transição tem como desafio permitir o reconhecimento das vítimas da repressão, do seu modo de vida e de suas convicções, uma vez que, desse modo, estaria permitindo "aos sujeitos outrora desrespeitados a (re)construção de uma imagem positiva de si mesmos" (BAGGIO, 2011, p. 258). Dita circunstância se faz crucial em face de um regime que classificou como "terroristas" aqueles que se opuseram ao Governo, os quais, em larga maioria – segundo dados da obra *Brasil: Nunca Mais*[5] – foram presos por crimes como militância em organização partidária proibida e que, até hoje, são vistos por parcela da população brasileira como criminosos.

Esse quadro tem apresentado melhoras, principalmente após a aprovação da Lei n.º 10.559/2002, também chamada de nova Lei de Anistia. Regulamentando o artigo oitavo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), referido diploma legal estabeleceu outras medidas de reparação, além da pecuniária, às vítimas do regime ditatorial e instituiu a Comissão de Anistia no âmbito do Ministério da Justiça, a partir do qual foram implantadas as Caravanas da Anistia.

[5] De acordo com a obra citada, relativamente ao tipo de acusação a que eram acusados os réus, em primeiro lugar estava a militância em organização partidária proibida (4.935 casos), em segundo lugar e somente com 1.464 casos aparecia a acusação de participação em ação violenta ou armada.

Por meio desse projeto, a Comissão de Anistia se deslocou pelos mais diversos Estados brasileiros atuando em espaços públicos e comunitários na concessão de anistias (SILVA FILHO, 2015). O trabalho dessas Caravanas da Anistia foi fundamental para a reconstrução da memória e da verdade, mas, principalmente, para a valorização da vítima. A partir das Caravanas o Estado vence a barreira da "amnésia" imposta pela Lei de Anistia de 1979 e admite, finalmente, seus erros. Outro aspecto que torna ainda mais significativo o trabalho das Caravanas da Anistia é o fato de que, durante as sessões, o anistiando tem a oportunidade de dar seu testemunho sobre os horrores vividos durante a repressão.

Medidas como essa dão força ao processo transicional no país, credibilizam a imagem do anistiado político e, fator relevante, quebram o silêncio imposto pela Lei de Anistia, trazendo ao debate a questão das violações aos direitos humanos cometidas durante a ditadura. Aliás, um modelo reparatório que vai além da reparação pecuniária ajuda a desconstruir a imagem pejorativa dos anistiados.

Um importante estudo analisou os números da Base de Dados da Justiça de Transição (TJDB) e demonstrou que as anistias não desempenham um papel de todo negativo na justiça transicional desde que combinadas com outras medidas. Que, ademais, a adoção isolada das Comissões da Verdade pode gerar resultados contraproducentes, e que o "seu sucesso depende da combinação das comissões de verdade com os julgamentos e as anistias" (OLSEN; PAYNE; REITER, 2011, p. 561).

Tais dados reforçam a ideia de que uma justiça de transição lastreada apenas em um sistema reparatório que privilegia a reparação pecuniária e em Comissões da Verdade – tardiamente instauradas – não é suficiente para o avanço dos direitos humanos e o fortalecimento da democracia.

Isso significa que "as anistias poderão vir antes e serem depois afastadas para que ocorram os julgamentos (como no caso argentino), ou que as anistias convivam com a realização de alguns julgamentos (como no caso chileno e uruguaio)" (SILVA FILHO, 2015, p. 66). Logo, frisa-se que em dado momento histórico, as anistias podem surgir como a única forma de um governo ditatorial "deixar" o poder. Ademais, que isso não pode servir de obstáculo para que essas anistias não sejam nunca contestadas. Para além, que nem sempre uma lei de anistia precisa ser revogada ou anulada para que a responsabilização dos agentes públicos que cometeram crimes de lesa-humanidade possa acontecer. Inadmissível é a absoluta negativa, por parte do Estado, dessa dimensão da justiça transicional.

Quanto aos julgamentos, Van Zyl (2011, p. 49-50) esclarece que eles "podem servir para evitar futuros crimes, dar consolo às vítimas, pensar um novo grupo de normas e dar impulso ao processo de reformar as instituições governamentais, agregando-lhes confiança". O que se deve considerar é que a responsabilização dos agentes repressores é somente uma das dimensões da justiça transicional e não pode, de modo algum, ser encarada como o aspecto mais relevante, devendo vir aliada dos demais âmbitos do processo transicional.

Igualmente, a estagnação das instituições públicas desde a ditadura civil-militar contribui para a continuidade da violação dos direitos individuais. O que se nota no caso brasileiro é que, até hoje, o Poder Judiciário é conservador, o Exército brasileiro ainda não reconhece a violação sistemática aos direitos humanos durante o regime

militar e, por fim, a violência permanece sendo o *modus operandi* das instituições de Segurança Pública no país.

Para demonstrar os efeitos da falta da reforma das instituições públicas no Brasil, imperioso apresentar os dados colhidos pela organização não governamental Anistia Internacional (AI) nos Informes 2014/2015 sobre "O estado dos direitos humanos no mundo". Na pesquisa, a AI traz informações relativas à violação dos direitos humanos nos mais diversos países onde atua. O informe é dividido por país, sendo que, logo na introdução relativa ao Brasil, registra-se que "prosseguiram as denúncias de graves violações dos direitos humanos, como os homicídios cometidos pela polícia e a tortura ou outros maus-tratos de pessoas detidas" (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 72). Segundo o relatório, nas manifestações ocorridas no ano de 2013, "a Polícia Militar (PM) recorreu com frequência à força excessiva e desnecessária para dispersar manifestantes" (ANISTIA INTERNACIONAL, 2015, p. 73).

Isso ajuda a demonstrar que a impunidade e a falta de uma reforma nas instituições públicas brasileiras após a ditadura contribuem para uma cultura de violência em nosso país. Os órgãos da segurança pública, em vez de fazer cessar a violência com que tratavam os presos políticos, apenas mudaram de foco. Agora, o "inimigo estatal" é o pobre, o negro e o insubordinado. Portanto, a falta de uma transição adequada "se reflete na continuidade da extrema violência empregada pelas forças de segurança pública no país, e em especial da tortura como método de investigação criminal" (SILVA FILHO, 2011, p. 282).

Como já foi dito, a justiça de transição se faz de diferentes aspectos e é quando essas dimensões são trabalhadas em conjunto que se aumentam as chances de obtenção de avanços significativos na valorização dos direitos humanos e no fortalecimento da democracia. Nesse sentido, uma transição inacabada "contribui para que a democracia não se desenvolva, para que ela fique isolada em um discurso democrático ao qual corresponde, em verdade, uma prática autoritária" (SILVA FILHO, 2011, pp. 282-283).

3. O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE ONTEM É A BALA PERDIDA DE HOJE: POR QUE A DEMOCRACIA BRASILEIRA NÃO SAI DO DISCURSO?

Nas palavras de Alain Touraine (1996, p. 252) "a ausência de regime autoritário não é democracia". Isso porque a simples mudança nas regras do jogo nem sempre transforma, de fato, a forma como se joga. Embora sejamos herdeiros das promessas da modernidade e tenhamos nos comprometido na luta por igualdade e justiça, hoje acumulamos um grande espólio de dívidas. Nessa senda, para Touraine (op. cit., p. 247),

> A abolição do monopólio militar e a instauração de eleições livres não justificam, por si só, que se fale em democracia. As desigualdades sociais aumentam; os direitos do homem são, muitas vezes, violados; e falta quase sempre, na maior parte dos países do continente, a consciência de cidadania.

A realidade social brasileira não dá espaço ao desenvolvimento de grande parte da população, que passa a viver à margem da sociedade, excluída, ou, o que é pior, esquecida. Nessa lógica, o direito não pacifica, apenas estimula a violência, e a delinquência aumenta a cada dia, pois surge como uma forma de tornar visíveis os invisíveis.

Por isso, afirma Touraine (op. cit., p. 248), "na América Latina, não haverá democracia ou desenvolvimento sem uma luta ativa contra as desigualdades que crescem a cada dia com a inflação". No Brasil, conforme Streck e Morais (2010, p. 86), "os 20% mais ricos concentram 32 vezes mais renda do que os 20% mais pobres. Cerca de 40% das famílias brasileiras vivem com renda anual inferior a US$ 1,5 mil". Como acreditar que, nesse cenário, podemos falar em igualdade e em exercício da cidadania? Para mais, vivemos aquilo que Paulo Sérgio Pinheiro (1997) chama de "autoritarismo socialmente implantado", que pode ser notado nos "microdespotismos" da vida diária, manifestados pelo racismo, o machismo e o elitismo.

Nesse contexto, a classe média vive uma paranoia: o fantasma da violência lhe assusta, embora seja ela a população menos afetada por essa violência (TOURAINE, 1996). Isso porque, conforme Pinheiro (1997, p. 44), "o principal alvo da arbitrariedade policial são os mais vulneráveis e indefesos da sociedade brasileira: o pobre, o trabalhador rural e sindicalistas, grupos minoritários, crianças e adolescentes abandonados, muitos vivendo nas ruas". Essa violência não atinge, portanto, as classes mais abastadas. A violência "dos marginais", por sua vez, acaba ficando restrita às áreas mais pobres, às favelas, aos guetos. Apenas um percentual reduzido atinge o "restante" da população.

Isso tudo reforça a ideia de que a simples democratização "formal", a promulgação de uma nova Constituição e a realização de eleições diretas, embora sejam importantes, são insuficientes para que se possa indicar que uma democracia está, de fato, consolidada. "A democratização impõe uma intervenção política, uma gestão negociada das mudanças econômicas e sociais e, sobretudo, uma vontade firme de dar a prioridade à luta contra as desigualdades que destroem a sociedade nacional" (TOURAINE, 1996, p. 249).

Conforme Zaverucha (2010), uma democracia pode ser considerada consolidada quando é tão legítima e profunda que a probabilidade de ser golpeada é muito pequena. No Brasil, do contrário, ameaças de golpes são ouvidas a todo o momento. Nesse cenário, o Exército mantém sua posição de poder e prestígio, desempenhando um papel de superioridade em relação às polícias civil e militar, o que contribui para que a busca por segurança nacional prevaleça sobre a segurança pública, incentivando as forças de segurança a aturem sob a lógica do "inimigo interno".

Desde a redemocratização tivemos quatro presidentes eleitos pelo voto popular: Fernando Collor de Mello, Fernando Henrique Cardoso, Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff. Desses quatro, dois não completaram o seu mandato, tendo sofrido *impeachment*. Longe de buscar compreender os méritos do processo de impedimento dos presidentes Collor e Dilma, fica evidente de que algo anda fora dos eixos em nossa democracia.

Esse quadro vem a ressaltar a falta de uma tradição democrática em nosso país: não sabemos como praticar a democracia. Escolhemos nossos presidentes como se escolhêssemos um "herói", um "salvador da pátria" e, uma vez acabadas as eleições, esquecemo-nos de seguir participando da política nacional. Somos uma descrição perfeita daquilo que O'Donnell (1991) chama de *democracia delegativa*. Quando o país segue rumos inesperados, então, lamentamos a falta de um "governo forte", de um presidente que tenha "pulso firme".

Sob essa ótica, reportamo-nos à obra de François Ost (1999), *O tempo do direito*, na qual o autor analisa o tempo enquanto instituição social, e o direito enquanto agente instituinte do social. De acordo com o autor, o direito institui o próprio tempo, servido como um "guardião da memória". Para que seja, de fato, agente instituinte do social, o direito precisa trabalhar pensando em um tempo metamórfico, que concilie memória e esquecimento, perdão e requestionamento. Sem esses quatro aspectos, não há como se construir um futuro viável.

Desse modo, tanto a memória quanto o esquecimento possuem duas faces, uma positiva e outra negativa. Nesse sentido, o caminho entre memória e promessa passa necessariamente pelo perdão e pelo esquecimento. No entanto, há variados tipos de esquecimento: o esquecimento-falsário, que reconta a história oficial para beneficiar o ponto de vista do vencedor; o esquecimento-recalcamento, que obriga a uma amnésia coletiva, tenta apagar os fatos, silenciar a história; e, finalmente, o esquecimento-apaziguamento, necessário para que os sujeitos possam seguir suas vidas, acreditar em um futuro melhor, um esquecimento imprescindível à saúde mental e psíquica dos indivíduos (OST, 1999).

Parece-nos que em nosso país vivemos constantemente sob o véu do esquecimento-recalcamento, visão sustentada por Maria Rita Kehl (2005). Para a autora, o ressentimento é uma mescla de afetos que faz de tudo para não ser notado, que "não ousa dizer o seu nome" (KEHL, op. cit., p. 163), pois ressentir-se é sinal de fraqueza moral. No entanto, o indivíduo que carrega consigo um ressentimento camuflado, "dominado", é normalmente tido como puro, nobre de espírito. O ressentido pode ser descrito como um sujeito nostálgico, um vingativo não assumido, que persiste no sofrimento enquanto responsabiliza um terceiro por sua dor, numa tentativa de afastar sua culpa inconsciente (KEHL, op. cit.).

A partir disso, pode-se afirmar que o ressentimento social é uma característica das sociedades democráticas, uma vez que nelas o Estado passa a ser considerado o avalista das promessas de igualdade, surgindo como uma figura de autoridade – quase como um pai – que deve proteger, mas também punir, os seus cidadãos. Entretanto, ante a percepção da injustiça, os sujeitos sentem-se frustrados e, portanto, ressentidos, transferindo suas frustrações para o Estado. Assim, a sociedade moderna tornou-se o local perfeito para a ascensão do ressentimento, uma vez que, ao substituir a coerção externa pela consciência moral, transferiu para o indivíduo a tarefa de controle de suas ações e acabou por ocasionar, assim, o sentimento de ressentimento quando de suas frustrações (KEHL, op. cit.).

Em nossa realidade, então, o ressentido, apesar de ver e sentir a desigualdade, não almeja uma revolução, pois se sente desconfortável com a desordem e contenta-se no papel de vítima, assumindo uma "revolta submissa". Isso porque o ressentido se identifica com o opressor ao partilharem ideias comuns. Assim, o ressentido não quer "desalojar" o opressor do seu lugar, gostaria na realidade de ocupar o mesmo local (KEHL, op. cit.).

Nesse cenário, a insatisfação se torna um ressentimento coletivo na medida em que a democracia não garante a igualdade, como já sustentamos, mas evidencia a nocividade da injustiça. Por tudo isso, diante das promessas quebradas da democracia que não consegue cumprir com todos os ideais por ela defendidos, e ao transferir para o

Estado todas as responsabilidades por essa falha, acaba fazendo com que os cidadãos não se coloquem no lugar de sujeito ativo e, portanto, culpem um terceiro pelos seus próprios fracassos.

Assim, Kehl (2005) demonstra que, em certos casos, lembrar é tão importante quanto esquecer, na medida em que o esquecimento gera recalque e, portanto, repetição. Assim, a autora se propõe a compreender qual destino poderíamos dar à memória a fim de que não nos tornemos uma sociedade de ressentidos, nem de recalcados. Nessa lógica, um trabalho de memória com a participação de um terceiro, enquanto testemunha do fato, pode desempenhar importante papel na sua superação. Isso porque, ao incluir o terceiro cria-se um espaço de diálogo a partir da abertura para novas significações e para a valorização da vítima, uma vez que permite que ela seja ouvida. O testemunho, a memória, permitem a inscrição do evento no campo simbólico e assim, a violência (o sofrimento, a dor) ao ser reproduzida pela fala (ou pelo símbolo), substitui a violência real, podendo ser assimilada e, portanto, superada.

Nessa lógica, Ost (1999) destaca que a memória é requisito indispensável para que a sociedade adquira identidade. A memória é importante, pois "não existe força instituinte que não se apoie em formas instituídas" (OST, op. cit., p. 77). Como nos palimpsestos, sempre estamos construindo o novo em cima do antigo. No direito não há criação, mas adaptação. Logo, "a fundação é sempre ao mesmo tempo o prosseguir de uma tradição, da mesma forma que a conservação ou a reiteração da promessa é, inevitavelmente, reformulação e transformação dessa última" (OST, op. cit., p. 77). Assim, podemos enxergar o golpe de 1964 como o prosseguir de uma tradição autoritária, que dá preferência à centralização do poder.

O povo brasileiro, na pressa em perdoar para não parecer ressentido, esconde seu ressentimento na política do esquecimento. Não passamos nada a limpo, não valorizamos nossa história e nunca encontramos nossa verdadeira identidade. Preferimos assumir os estereótipos com os quais os "mais fortes" nos identificam, numa busca submissa pelo reconhecimento, numa atitude que denota nosso "complexo de inferioridade". Para mais, rejeitamos veementemente qualquer vinculação com nossos fundadores, os portugueses, com os primeiros donos dessa terra, os indígenas, ou mesmo com os negros, e assim sentimo-nos órfãos. Essa orfandade simbólica nos transformou em uma sociedade que está sempre em busca de uma autoridade paterna, uma sociedade submissa (KEHL, op. cit.), o que explica o nosso anseio por presidentes com "pulso firme".

A constatação das debilidades da democracia brasileira, por outro lado, não se trata de uma atitude ressentida, mas de um trabalho contra a repetição produzida pelo recalque, trata-se de condição para a mudança. Nessa lógica, precisamos "assumir o passado, para o melhor e para o pior, a fim de lhe dar um futuro" (OST, op. cit., p. 177). Mas, não basta que tenhamos memória, é preciso que saibamos lidar com ela.

Nesse sentido, precisamos pensar num "tempo metamórfico", que assuma suas responsabilidades na construção de um futuro possível. François Ost (op. cit.) explica que os contratos, pela cláusula do *pacta sunt servanda*, não se permitem revisar. Uma promessa feita é tida como uma proposta imutável, devendo ser mantida a todo custo. No entanto, advoga o autor, é preferível que o contrato seja renegociado pelas partes a fim de que seja, de fato, cumprido, em vez de causar a sucumbência de um dos contratantes em razão da onerosidade excessiva que dele possa resultar. Assim, o tempo,

em vez de "engessar" o direito (ou o contrato), acaba moldando-o, atuando como aquilo que o autor chama de "tempo metamórfico" a fim de construir um futuro possível, uma promessa que se possa concretizar.

4. PARA ONDE VAMOS? AS RECOMENDAÇÕES DA COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE E A CHANCE DE UM RECOMEÇO COM A ADPF 320

Parece-nos, felizmente, que ainda podemos trilhar esse caminho que passa pela memória e pelo perdão, para que alcancemos a possibilidade de futuro promissor num "tempo metamórfico". Isso porque, motivado por uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Poder Executivo instalou, em 2011, uma comissão da verdade no país.

A Comissão Nacional da Verdade foi criada pela Lei n.º 12.528/2011 com a finalidade de examinar e esclarecer "as graves violações de direitos humanos praticadas no período fixado no artigo oitavo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a fim de efetivar o direito à memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional" (artigo 1.º). Apesar de tardiamente instalada, o trabalho realizado pela CNV foi e continuará sendo de extrema importância, ainda mais em um país como o Brasil, onde a falta de uma justiça de transição adequada reflete negativamente na consolidação de nossa democracia.

A CNV, ao inaugurar um novo âmbito da justiça transicional no país, criou um espaço centrado nas vítimas, um local de reconhecimento, onde os mais prejudicados pela ditadura tiveram voz e, mais importante, foram ouvidos. A memória, assim, adquire aspecto relevante, tornando-se "a principal arma contra a repetição" (SILVA FILHO, 2011, p. 300).

O país deve, dessa maneira, adotar e fazer seguir as recomendações sugeridas pela CNV, posto que a busca pela verdade e pela memória se mostra como apenas um dos aspectos da justiça de transição e não pode, jamais, se esgotar em si mesmo, sobrepondo-se aos demais – como à justiça e a reforma das instituições, por exemplo. Assim certamente o Brasil caminhará rumo à consolidação de sua democracia e ao fortalecimento dos direitos humanos.

Mais recentemente, por sua vez, o STF está tendo mais uma chance de se manifestar sobre a Lei de Anistia brasileira.[6] Isso porque o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em maio de 2014, interpôs a ADPF n.º 320, sustentando o não cumprimento, pelo Estado brasileiro, da decisão proferida pela Corte IDH no Caso "Gomes Lund e Outros Vs. República Federativa do Brasil", mesmo após o transcurso de mais de três anos da prolação do acórdão. Caso a Suprema Corte venha a decidir conforme o entendimento

[6] A Lei de Anistia foi objeto análise na ADPF n.º 153, julgada em 2010 pelo STF, na qual o Conselho da OAB requeria a interpretação conforme a Constituição do § 1.º do art. 1.º da Lei. O pedido da OAB foi negado pela maioria dos ministros e, em função disso, o julgamento dos crimes cometidos pelos agentes estatais durante a ditadura civil-militar brasileira ainda está obstado. No ano de 2011, a referida lei foi objeto de análise pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no conhecido "Caso Araguaia". Em sua decisão a Corte julgou que a Lei da Anistia brasileira contraria o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos e determinou ao país que iniciasse as investigações sobre os crimes contra a humanidade aqui cometidos no período ditatorial.

da Corte IDH, um novo e importante passo será dado rumo ao fortalecimento dos direitos humanos no país.

Diante de todo o exposto, devemos ter em mente que inexistem medidas mágicas de efeitos imediatos no cenário político e econômico. Precisamos olhar para o passado para enxergar o futuro, para entendermos que nosso presente é uma repetição de nossa história e para aprendermos com os nossos erros a construir um futuro melhor. Precisamos compreender que a substituição de presidentes não modifica as práticas partidárias e que uma nova constituinte ou uma intervenção militar não resolverão todos os nossos problemas. Não há "salvador da pátria". O nosso herói não chegará. Será preciso que saibamos exercer nossa cidadania a fim de construirmos o novo a partir dos pressupostos constitucionais hoje estabelecidos. Essa é a tarefa necessária para manutenção e para a consolidação da democracia no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando pensamos em um momento marcante da história, de imediato, esse fato nos leva a outros acontecimentos que se somaram para que chegássemos onde hoje estamos. Assim, é impossível pensar a democracia no Brasil sem olharmos para trás, sem que esse exercício intelectual nos leve ao passado. Mas será que esse passado, de fato, passou? Quais as marcas de ontem, da ditadura civil-militar, na experiência democrática hoje? Essas indagações compuseram a bússola que direcionou o presente trabalho. Partindo disso, buscamos fazer uma análise do período ditatorial e do processo transicional brasileiro para que possamos refletir sobre o autoritarismo que impera em nossa sociedade.

Assim como temos que enfrentar nossos medos para superá-los, também precisamos enfrentar e esclarecer os crimes cometidos no país durante a ditadura civil-militar brasileira para deixarmos para trás esse capítulo tão nefasto de nossa história. O esquecimento só pode acontecer em decorrência do luto, e para que possamos viver o luto, temos que enterrar nossos cadáveres. Só conseguiremos, no entanto, sepultar esse passado quando ele for finalmente desvendado, quando sua história for enfim contada, quando a verdade for reconstruída.

No Brasil, a justiça de transição anda a passos lentos: quase para. Inicialmente valorizando-se a reparação pecuniária, o Estado esqueceu os demais aspectos do processo transicional, o que acabou transformando os anistiados em figuras mal vistas pela população, com frequência chamados pela mídia de caçadores de tesouros em busca da "bolsa-ditadura". Mais recentemente, com as Caravanas da Anistia e a instalação e o relatório da CNV, a reparação moral e a busca pela verdade e pela memória também tiveram seu espaço no processo de transição brasileiro.

No entanto, a segurança pública continua atuando com extrema violência em nosso país, escolhendo os "criminosos" conforme estereótipos muito bem categorizados: se durante a ditadura o alvo era o militante, o "subversivo"; hoje é o negro, o jovem pobre da periferia. A reforma das instituições é medida imperativa para que possamos mudar esse cenário.

Para mais, um aspecto da justiça transicional completamente negligenciado pelo Brasil é a responsabilização dos agentes públicos no âmbito civil, administrativo e

penal. Apesar de o relatório da CNV ter indicado nominalmente os agentes do Estado envolvidos na perpetração de crimes durante a ditadura, recomendando a apuração dos fatos no âmbito judicial, a interpretação que o STF dá à Lei da Anistia acaba por impedir a persecução penal. A impunidade, então, permeia o seio de nossa democracia e transmite uma mensagem clara: no Brasil, a lei não se aplica igualmente a todos.

Assim, quando em comparação com os demais países estudados ao longo desse trabalho, fica evidente que o Brasil escolheu uma trajetória diferente, privilegiando a amnésia, a impunidade, a corrupção e a violência. Parece-nos que essa transição política mal-acabada tem efeitos diretos na democracia vivida pelos brasileiros: o legado da ditadura pode ser visto claramente no atual cenário político que hoje vivemos, no qual impera a corrupção, a impunidade e a indiferença com os direitos individuais e com os princípios democráticos.

No presente trabalho, foi possível constatar que somente quando os aspectos da justiça transicional são trabalhados em conjunto é que se obtêm progressos efetivos na valorização dos direitos humanos e no fortalecimento da democracia. Portanto, a luta pela implementação do processo transicional no país é medida que se impõe.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. As dimensões da justiça de transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça. In: ____; PAYNE, Leigh A. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 212-248. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acesso em: 17 maio 2015.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Informe 2014/2015**: O estado dos direitos humanos no mundo. Rio de Janeiro: AI, 2015.

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO. **Brasil**: Nunca Mais. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

BAGGIO, Roberta Camineiro. Anistia e reconhecimento: o processo de (des)integração social da transição política brasileira. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 250-277. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. **Comissão Nacional da Verdade**. v. 1 Brasília: CNV, 2014.

____. Lei n.º 12.528, de 18 de novembro de 2011. Cria a Comissão Nacional da Verdade no âmbito da Casa Civil da Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm>. Acesso em 03 set. 2015.

CHAGAS, Carlos. **A Guerra das Estrelas (1964/1984)**: os bastidores das sucessões presidenciais. Porto Alegre: L&PM, 1985.

CHAVES, Eduardo dos Santos. Mulheres de direita: a "vigília anticomunista" das gaúchas da ADFG. **Revista Aedos**, Porto Alegre, RS, v. 6, n. 15, pp. 34-49, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/aedos/article/view/50969/32259>. Acesso em: 03 jan. 2017.

CODATO, Adriano Nervo; OLIVEIRA, Marcus Roberto de. A marcha, o terço e o livro: catolicismo e ação política na conjuntura do golpe de 1964. **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 24, n. 47, p. 271-302, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbh/v24n47/a11v2447.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2017.

CORDEIRO, Janaína Martins. "A nação que se salvou a si mesma". Entre memória e história, a campanha da mulher pela democracia (1962-1972). In: SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA, 24., 2007, INFORMAR CIDADE. pp. 1-9. Disponível em: <http://anais.anpuh.org/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S24.0307.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2017.

____. Femininas e formidáveis: o público e o privado na militância política da Campanha da Mulher pela Democracia (CAMDE). **Revista Gênero**, Niterói, RJ, v. 8, n. 2, pp. 174-201, 2008. Disponível em: http://www.revistagenero.uff.br/index.php/revistagenero/article/view/180/118. Acesso em: 02 jan. 2017.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 9. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001.

GASPARI, Elio. **A ditadura envergonhada**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GONÇALVES, Danyelle Nilin. Os múltiplos sentidos de anistia. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, Brasília, DF, 2009, n. 01, pp. 272-95, jan.-jun. 2009. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B67064208-D044-437B-9F24-96E0B-26CB372%7D>. Acesso em: 07 jun. 2015.

KEHL, Maria Rita. O ressentimento camuflado da sociedade brasileira. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, SP, v. 1, n. 71, pp. 163-80, mar. 2005. Disponível em: <http://novosestudos.org.br/v1/files/uploads/contents/105/20080627_o_ressentimento_camuflado.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2016.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Revista Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, v. 3, n. 31, pp. 25-40, out. 1991. Disponível em: <http://novosestudos.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/65/20080624_democracia_delegativa.pdf>. Acesso em: 18 set. 2016.

OLSEN, Tricia D.; PAYNE, Leigh A.; REITER, Andrew G. As implicações políticas dos processos de anistia. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 542-571. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acesso em: 17 maio 2015.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1999.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. Violência, crime e sistemas policiais em países de novas democracias. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 9, n. 1, pp. 43-52, maio 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v9n1/v09n1a03>. Acesso em: 28 nov. 2016.

RIDENTI, Marcelo Siqueira. As mulheres na política brasileira: os anos de chumbo. **Revista Tempo Social**, São Paulo, v. 2, n. 2, pp. 113-128, jul./dez. 1990. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/84806>. Acesso em: 05 jul. 2016.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de transição**: da ditadura civil-militar ao debate justransicional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

____. Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Órfã.). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 278-307. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acesso em: 17 maio 2015.

SKIDMORE, Thomas. **Uma História do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

SOUSA, Jessie Jane Vieira de. Anistia no Brasil: um processo político em disputa. In: PAYNE, Leigh A.; ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. (Orgs). **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva comparada. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford University, Latin American Centre, 2011. pp. 188-210. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=17&sid=4>. Acesso em 17 maio. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução: Guilherme João de Freitas Ferreira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VAN ZYL, Paul. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. In: REÁTEGUI, Félix. (Org.). **Justiça de Transição**: manual para a América Latina. Brasília: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Nova Iorque, Centro Internacional para Justiça de Transição, 2011. pp. 47-71.

Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/verdade/resistencia/a_pdf/manual_justica_transicao_america_latina.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. Relações civil-militares: o legado autoritário da Constituição brasileira de 1988. In: SAFATLE, Vladimir; TELES, Edson (Orgs.). **O que resta da ditadura**: a exceção brasileira. São Paulo: Boitempo, 2010. pp. 41-76.

RECEBIDO EM: 16/01/2017
APROVADO EM: 19/04/2017

O POLO SUL E O RISCO AMBIENTAL: PARA ALÉM DE 2041

SOUTH POLE AND THE ENVIRONMENTAL RISK: FOR 2041 BEYOND

Haiany Serraggio de Souza[1]

Cleide Calgaro[2]

RESUMO: O presente trabalho pretende estudar o atual ordenamento jurídico responsável por reger a situação do Polo Sul e o Tratado da Antártida. Válido até 2041, tal tratado tem o objetivo de incentivar a preservação e o desenvolvimento científico local, através de pesquisas sem fins lucrativos. A grande questão é, o que ocorrerá com a região quando o tratado perder a vigência? O método aqui aplicado é analítico. Dentre diversas teorias, desde a internacionalização do polo por setores, à sua preservação, tanto a região ártica, como a antártica chamam atenção no que diz respeito às vantagens econômicas, como, por exemplo, pela mineração, extração de petróleo e gás natural. Existe muito interesse econômico debaixo das calotas polares. Assim, o trabalho mostra a importância da preservação, não só do Polo Sul, como também do Polo Norte, colocando em questão a perspectiva tanto econômica, quanto ambiental. Estas regiões são conhecidas popularmente por serem o "ar-condicionado" do planeta terra. Levando isso em consideração, é preciso que haja uma política rígida de preservação local, a fim de evitar diversos problemas, sejam eles de caráter social, ambiental ou de segurança pública. Deve-se, então, adotar um novo olhar para a região, que não seja baseado na sede de enriquecimento, mas sim, na busca por um equilíbrio entre a natureza, o progresso científico e a intervenção humana.

PALAVRAS-CHAVE: Polo Sul; Riscos Ambientais; Tratados Internacionais; Meio Ambiente; Novos Direitos.

ABSTRACT: This paper aims to study the current legal system responsible for governing the South Pole of the situation and the Antarctic Treaty. Valid until 2041, such a treaty is intended to encourage the preservation and local scientific development through non-profit research. The big question is, what will happen to the region

1 Acadêmica do Curso de Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS). Bolsista Voluntária do Grupo Metamorfose Jurídica. hsouza1@ucs.br

2 Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - (UNISINOS). Pós-Doutorado em Filosofia e Pós-Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestre em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Professora do Curso de Direito na Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora no Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". ccalgaro@ucs.br

when the treaty lose validity? The method applied here is analytical. Among several theories, from the international polo by sectors, its preservation, both the Arctic region, such as Antarctic draw attention about the economic benefits, for example, by mining, oil and natural gas extraction. There is much economic interest under the polar ice caps. Thus, the work shows the importance of preserving not only the South Pole, as well as the North Pole, calling into question the prospect both economically and environmentally. These regions are known popularly for being the "air conditioning" of the planet. Taking this into consideration, there must be a strict policy of site preservation to avoid various problems, whether social, environmental or public security. One should then take a fresh look at the region, which is not based at the headquarters of enrichment, but in the search for a balance between nature, scientific progress and human intervention.

KEYWORDS: South Pole; Environmental Risks; International treaties; Environment; New Rights.

INTRODUÇÃO

No presente trabalho busca-se ponderar as alternativas político-jurídicas, a partir do término da vigência do Tratado da Antártida (2041) e da moratória de exploração mineral no continente branco (2048), estabelecida pelo Protocolo de Madri. Assim, faz-se um estudo das atuais normas vigentes que regulamentam o continente antártico e estuda-se qual a melhor alternativa para o futuro deste. Observa-se a farta demanda da sociedade em relação às fontes de energia dos combustíveis fósseis e seus derivados, analisando as consequências trazidas pela superexploração dos recursos e os impactos ambientais causados pelo proveito desregrado dos mesmos, uma constante no continente Ártico, polo que não é protegido por um tratado efetivo de preservação ambiental, tampouco pela moratória da exploração mineral do Protocolo de Madri.

Advindo e fomentado a partir do Primeiro e Segundo Ano da Geofísica Internacional, o Tratado da Antártida, a fim de regulamentar a situação no Polo Sul. Aplicado a partir do Meridiano de 60º de Latitude ao Sul do Planeta Terra, linha que não incide faixas de terra, mas abrange plataformas de gelo, o tratado, em vigor desde 1961 e se estenderá até 2041.

Com a notável e eminente necessidade de preservar a região, surge o Tratado, que reserva o continente à contribuição científica através da liberdade de pesquisa, predisposta nos artigos segundo e terceiro, além da imprescindibilidade de convivência pacífica dentre todos os países que lá desenvolvem atividades de estudo e pesquisa.

Através de seis tópicos, organizados de modo a facilitar a compreensão do leitor, busca-se caracterizar o paradigma pertinente à região do Polo Sul, no tocante ao seu futuro, a partir do término da vigência do referido tratado, bem como, da moratória de exploração mineral no continente.

A metodologia empregada fora a pesquisa bibliográfica, bem como, a analítica, através da verificação dos ordenamentos jurídicos hoje responsáveis pela regulamentação dos mares e oceanos, como o Tratado da Antártida, o Protocolo de Madri e a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (CNUDM).

1. A ORIGEM DO TRATADO DA ANTÁRTIDA

> É preciso conceber as variantes internacionais que influenciaram a atual situação político-jurídica do Continente, como um processo global de transformação das relações internacionais. (SANTOS, 2004, p.42)

O Tratado da Antártida, celebrado em Washington, nos Estados Unidos, em 1959,[3] surgiu a partir da necessidade de uma política que regesse o Continente Branco, com a finalidade de preservá-lo. Este fora alavancado a partir de uma série de pesquisas realizadas nos Anos Polares, o primeiro de 1882 a 1883 e o segundo entre 1932 e 1933, e no Ano Geofísico Internacional, embora sua origem deu-se através de reivindicações territoriais feitas pelos países costeiros legitimados, que provocaram polêmica e resultaram na necessidade de uma política concreta para normatizar o governo da região.

A verdade é que o Ano Internacional da Geofísica não iniciou o processo diplomático que eventualmente se tornou o tratado. É mais correto dizer que ele tenha sido resposta a esse processo, mas não o contrário (BULKELEY, 2010. p.10). Ainda assim, deve-se ressaltar que Ano Internacional da Geofísica resultou em grandes contribuições, colaborando com o sucesso das negociações pertinentes ao tratado.

A crença de que o Ano Internacional da Geofísica originou o tratado pode ser contraposta pelo simples fato de que a proliferação de programas internacionais das ciências, desde a Segunda Guerra Mundial, não resultou na pacificação de grande parte do Planeta Terra (BULKELEY, 2010. p.11). Os processos que realmente levaram ao Tratado da Antártida foram complexos e demorados, um tanto quanto partidários, mas nunca estritamente sob o controle daqueles que propuseram tais mudanças (BULKELEY, 2010. p. 11).

Conclui-se que as origens do acordo remetem às negociações que foram feitas durante décadas, e que resultaram na política que hoje rege a região a partir do meridiano de 60° de latitude Sul.[4] Foi um processo longo, envolvendo muitas tentativas de acordos que dispusessem sobre o ambiente antártico, para, então, chegar ao "denominador comum" que hoje é o Tratado da Antártida. Mesmo não sendo aderido por todos os países, nota-se um profundo respeito pelo mesmo no tocante à comunidade internacional. Um processo lento, substancialmente costurado aos Anos Polares e ao Ano Internacional da Geofísica, mas que, de fato, envolveu outros fatores, tais como o contexto de negociações e as reivindicações territoriais, que contribuíram para arbitrar a atual estrutura do Tratado.

2. CARACTERÍSTICAS DO TRATADO

O Tratado da Antártida foi originalmente assinado por doze países, em 1.º de dezembro de 1959. São eles: União Soviética, Japão, Nova Zelândia, África do Sul,

---

3 Estados Unidos da América, Washington. Tratado da Antártida. 1.º de dezembro de 1959. Promulgado pelo Decreto n.º 75.963 de 11 de julho de 1975 no Brasil.

4 Estados Unidos da América, Washington. Tratado da Antártida. Artigo 6.º 1.º de dezembro de 1959. Promulgado pelo Decreto n.º 75.963 de 11 de julho de 1975 no Brasil.

Chile, Austrália, Bélgica, Estados Unidos, França, Argentina, Grã-Bretanha e Noruega. (SANTOS, 2004, p. 36).

Com o passar do tempo e, também, a partir do Protocolo de Proteção Ambiental do Tratado da Antártida (também chamado de Protocolo de Madrid), o número de países aderentes fora aumentando. Atualmente o Tratado é aderido por mais de cinquenta países, o que nos mostra o sucesso das negociações a ele pertinentes, no tocante aos acordos internacionais.

Celebrado em 1959, entrando em vigor em 1961, após a ratificação do *Clube dos Doze*, nome dado aos países originalmente signatários do Tratado, carrega consigo inúmeras críticas, pontuando o caráter elitista na escolha dos países signatários e a falta de justificativa para tal, o estabelecimento de categorias privilegiadas dentre todos os Estados-membros, entre membros originários e membros de consulta e categorias não privilegiadas, como partes aderentes e não aderentes ao tratado.

Ainda assim, é importante destacar os aspectos positivos do referido acordo, que preza pela conservação do continente antártico em sua redação. É preciso lembrar que os reais motivos que levaram à criação do tratado foram tanto pacíficos como territorialistas, mas resultaram em uma política pacifista, a favor de um continente voltado à preservação e liberdade de pesquisa científica.

a. Pacificidade, Cooperação e liberdade de pesquisa

O tratado preza, primordialmente, pelos fins de liberdade científica e pela pacificidade e cooperação. Assim, a área deverá servir estritamente a estes fins, proibindo, terminantemente, atividades de natureza militar e de extração de recursos naturais, que possuam finalidade econômica.

Mediante o incentivo à liberdade de pesquisa científica, artigos primeiro e segundo, tem-se um elo que liga e fundamenta a cooperação entre todos os países-membros que lá desenvolvem suas atividades de pesquisa, que reforça a condição de cooperação entre os países enquanto estiverem no continente antártico. Disposto em seu artigo terceiro, traz em sua redação original:

> 1. A fim de promover a cooperação internacional para a pesquisa científica na Antártida, como previsto no artigo II do presente Tratado, as Partes Contratantes concordam, sempre que possível e praticável, em que:
>
> a) a informação relativa a planos para programas científicos, na Antártida, será permutada a fim de permitir a máxima economia e eficiência das operações;
>
> b) o pessoal científico na Antártida, será permutado entre expedições e estações;
>
> c) as observações e resultados científicos obtidos na Antártida serão permutados e tornados livremente utilizáveis.
>
> 2. Na implementação deste artigo, será dado todo o estímulo ao estabelecimento de relações de trabalho cooperativo com as agências especializadas das Nações Unidas e com outras organizações internacionais que tenham interesse ou técnico na Antártida. (BRASIL, 2016).

Notável é o objetivo do tratado em costurar a aproximação entre todos os países-membros, privilegiados, ou não, mas que lá desenvolvem suas atividades de pesquisa,

por meio da cooperação entre todos. Observa-se o caráter pacifista do tratado. Todavia, havendo qualquer conflito entre as partes, e que, por elas não possa ser solucionado, ambas se submetem ao foro da Corte Internacional de Justiça, para que esta possa resolver o conflito, predisposto no artigo onze.[5]

b. Congelamento das pretensões territoriais

O Tratado da Antártida congela todas as pretensões territoriais feitas anteriormente à sua entrada em vigor. Significa dizer que os países territorialistas, ou seja, países que advogam de frações antárticas, não tiveram seu pedido aprovado ou rejeitado.

Tais reivindicações simplesmente "pararam no tempo" e não se discute a legitimidade do país territorialista para arrogar respectiva fração. As reivindicações não se materializaram, tampouco foram revogadas (SANTOS, 2004, p. 38). Alguns dos países a reivindicar território antártico são: Grã-Bretanha, Nova Zelândia, França, Austrália, Noruega, Chile e Argentina, em ordem cronológica, desde o ano de 1908 a 1940. Após este período, o Tratado entrou em vigência, impossibilitando que se formalizassem novas pretensões.

3. O DIREITO DO MAR E A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

A seguir analisa-se as questões pertinentes ao direito do mar e a Convenção das Nações Unidas (CNUDM).

a. A origem da Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (CNUDM)

A partir da metade do século XX, a Lei do Mar tomou tamanha importância, o que lhe garantiu o status de lei internacional. O tempo colaborou, ao passo que as técnicas de exploração dos mares e oceanos foram se aprimorando, com o desenvolvimento da tecnologia e, também, pelo contexto histórico do início da Guerra Fria, onde os oceanos eram transformados em campos de batalha. Destaca-se a convenção internacional de Genebra, 1958, que ajudou a negociar e modernizar a lei que regia os oceanos (JOYNER, 2009, p.14). Estas discussões produziram quatro convenções separadas para regulamentar o mar territorial e a zona contígua, os altos-mares, a pesca e a preservação das fontes vivas nos altos-mares e a plataforma continental.

Em 1996, todas as convenções já haviam entrado em vigor. Entretanto, esses acordos logo se tornaram ultrapassados (JOYNER, 2009, pp. 14-17), em decorrência de avanços no campo da tecnologia e condições econômicas e políticas do respectivo contexto. Concluiu-se que era preciso uma nova base legal para controlar os oceanos.

---

5 1. Se surgir qualquer controvérsia entre duas ou mais Partes Contratantes, a respeito da interpretação ou aplicação do presente Tratado, estas Partes Contratantes se consultarão entre si para que o dissídio se resolva por negociação, investigação, medição conciliação, arbitramento, decisão judicial ou outro meio pacífico de sua escolha.

2. Qualquer controvérsia dessa natureza, que não possa ser resolvida por aqueles meios, será levada à Corte Internacional de Justiça, com o consentimento, em cada caso, de todas as Partes interessadas. Porém se não for obtido um consenso a respeito do encaminhamento da controvérsia à Corte Internacional, as Partes em litígio não se eximirão da responsabilidade de continuar a procurar resolvê-la por qualquer dos vários meios pacíficos referidos no Parágrafo 1 deste artigo.

A conferência das Nações Unidas sobre a Lei do Mar, de 1937 a 1982, revisou e atualizou a Convenção de Genebra. Resultando, no ano de 1982, na criação da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), ou *Law Of The Sea Convention* (LOSC). Esse acordo, de caráter multilateral, passou a vigorar em novembro de 1994.

A Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar tem cunho de Lei Internacional e é responsável, então, por reger os mares e oceanos do Planeta. O que faz esse ordenamento estritamente ligado à Antártida é o fato do continente congelado ser rodeado pelo Oceano, e a base legal que lhe compete é a Lei do Mar.

b. A CNUDM e o Polo Sul

No que tange aos limites territoriais marítimos, o Estado Costeiro e a definição de linhas de base são fatores críticos para determinar se as regras da extensão da Plataforma Continental na lei dos oceanos podem, ou não, ser aplicadas ao continente antártico. Por definição, um estado costeiro refere-se a um território específico com bordas reconhecidas junto a um oceano e que exerce características de soberania e independência sob seu território. (BRASIL, 2016).

Sabe-se que algumas das partes do referido Tratado, como a Argentina, Austrália, Chile, Nova Zelândia, Noruega e Reino Unido reivindicaram pedidos de porções do continente antes da vigência do Tratado. É aí que existe o conflito: será que alguma dessas porções reivindicadas se qualifica como extensão da Plataforma Continental dos Estados costeiros ou seriam territórios que se submetem à jurisdição internacional da Lei do Mar e ao Tratado da Antártida?

Enquanto vigorar o Tratado, esta pergunta permanecerá sem resposta. Até lá, os Estados territorialistas mantêm a legitimidade de seus pedidos, cabendo ao Tratado mantê-las intocadas e indiscutidas até o término de sua vigência.

No caso dos sete países territorialistas aderentes do Tratado, as reivindicações abrangem para além do continente, espaço compreendido pelo oceano. Seis deles estendem seus pedidos para além de 60º Sul, o âmbito jurisdicional legal do tratado. Estas pretensões territoriais são congeladas até 2041, ano que expira a vigência do Tratado da Antártida (JOYNER, 2009, p.16).

De fato, a década de 2040 será decisiva para o futuro do continente branco. Assim como o Tratado da Antártida, que se finda em 2041, o Protocolo ao Tratado da Antártida Sobre Proteção ao Meio Ambiente também terá sua vigência concluída na década, em 2048; o protocolo, que proíbe a extração dos recursos não-renováveis por cinquenta anos (1998-2048), também tem seu tempo de validade.

Em ambas as convenções, tanto do Tratado da Antártida, quanto o Protocolo ao Tratado da Antártida Sobre Proteção ao Meio Ambiente, observa-se o caráter protetivo marcante no que diz respeito à preservação ambiental local e proibição da exploração de recursos não renováveis, elos fundamentais para que se possa manter o equilíbrio ambiental da região.

Ainda que a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar (CNUDM) venha a ser aplicada após o término da vigência do Tratado da Antártida e do Protocolo de Madri, esta não tem o mesmo cuidado ambiental que os outros regulamentos do Polo Sul em atual vigência, que resguardam a região como Patrimônio Comum da

Humanidade, o que não ocorre no ambiente ártico, rompendo a doutrina tradicional do Direito Internacional, superando o conceito de *res communis*. (SANTOS, 2007, p. 52).

Mesmo que a CNUDM reconheça e promova, em sua redação, a "utilização equitativa e eficiente dos seus recursos, a conservação dos recursos vivos e o estudo, a proteção e a preservação do meio marinho" (BRASIL, 2016), esta não é tão rígida quanto às normas em atual vigência no Polo Sul. Um reflexo disso é a internacionalização que vem sofrendo o continente ártico.

4. SITUAÇÃO POLÍTICO-JURÍDICA DA REGIÃO ÁRTICA

No tocante ao Polo Norte, regido pela CNUDM, vê-se reivindicações de estados costeiros, tais como os Estados Unidos, Rússia e Canadá, que fundamentam seus pedidos sobre o direito de extensão do limite da Plataforma Continental, previsto no Artigo 76 da Convenção, que define a Plataforma Continental e abre possibilidade de estendê-la para até 350 milhas marítimas a contar das linhas de base. (BRASIL, 2016). O artigo, que regulamenta a extensão da zona sob a qual o país costeiro exerce soberania, permite-lhe a exploração dos recursos não renováveis, tais como petróleo e gás natural, bem como a utilização (e preservação) dos recursos vivos.

Ainda que a Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar se assente sobre os princípios de preservação do meio ambiente marinho, ela abre espaço para o exercício de soberania dos países nas suas plataformas continentais, lhes garantindo "direitos de soberania para fins de exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo" (BRASIL, 2016). É inevitável que os países costeiros, soberanos de suas águas, venham a explorá-las. A prática da exploração relaciona-se com uma gama de problemas ambientais, não só para a região explorada, mas para o meio-ambiente do planeta como um todo.

c. A Comissão dos Limites da Plataforma Continental

A comissão encarregada de julgar a legitimidade dos pedidos de extensão da plataforma continental é a Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLCP). Tal Comissão é formada por 21 profissionais das áreas da geologia, geofísica e hidrologia e fora estabelecida para evitar a discordância dentre os demais países. Todos os Estados são obrigados a notificar os limites externos da plataforma continental à Comissão nas suas reivindicações, ou seja, um limite que não exceda as 350 milhas permitidas.

Após ser notificada do pedido de extensão, a Comissão deverá fazer suas recomendações para fixar os "seus" limites da plataforma continental. Tais recomendações feitas devem ser estritamente seguidas:

> Informações sobre os limites da plataforma continental, além das duzentas milhas marítimas das linhas de base a partir das quais se mede a largura do mar territorial, devem ser submetidas pelo estado costeiro à Comissão de Limites da Plataforma Continental, estabelecida de conformidade com o anexo II, com base numa representação geográfica equitativa. A Comissão fará recomendações aos Estados costeiros sobre questões relacionadas com o estabelecimento dos limites exteriores da sua plataforma continental. Os limites da plataforma continental

> estabelecidos pelo Estado costeiro com base nessas recomendações serão definitivos e obrigatórios. (BRASIL, 2016).

Caso o Estado costeiro não esteja de acordo com as alegações da CLPC (Comission on the Limits of the Continental Shelf – CLCS), este deverá revisar o pedido de extensão e reenviá-lo à Comissão, nas conformidades do artigo oitavo, anexo dois. Assim, a Comissão dará um novo posicionamento sobre o pedido, que pode ser novamente revisado pelo Estado costeiro, um jogo de "ping-pong"[6] entre o Estado Costeiro e a Comissão.

Entretanto, há um prazo para requerer a extensão da plataforma continental para cada país membro da CNUDM, que começa a ser contado a partir da data de ratificação do acordo e estende-se por dez anos. Quanto aos países que não fazem parte da convenção, como é o caso dos Estados Unidos, nenhum prazo lhes é estabelecido, uma falta de sincronia no que tange a prioridades e estabelecimento de prazos em relação aos países membros.

Compara-se este processo a um *jogo de cartas,*[7] onde nem mesmo os jogadores são conhecedores das regras (ou seja, não se sabe os critérios usados para aprovar a extensão da plataforma continental, ou reprová-la), muito menos o valor de suas cartas (se o território que lhes pertence é ou não é cabível de extensão para além das duzentas milhas, se o país é, de fato, legitimado). Neste jogo, a qualquer momento a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito do Mar pode (ou não) conferir a um país o direito de extensão.

Como o processo para conceder extensão da plataforma continental é sigiloso, fica difícil estabelecer um parâmetro para saber por que esta é concedida a um país e não é para outros. Não há como fazer nenhum tipo de analogia neste processo. Como consequência, os países que enviam seus pedidos à Comissão podem se firmar em suposições equivocadas quanto à classificação do terreno submerso. Isso leva ao reenvio do pedido, tendo um custo elevado e um tempo maior para ser feito. Isso traz dúvida e insegurança aos países membros da CNUDM que tiveram seus pedidos negados devido à confidencialidade da Comissão, aos dados usados para embasar o pedido e, de fato, por toda a análise racional para conceder um pedido a outro país, levantando dúvidas acerca da integridade e imparcialidade do processo. Além disso, pelo fato da Comissão aceitar somente dois pedidos por ano, especula-se que ela subsistirá por um tempo considerável, aproximadamente até 2035 (POTTS; SCHOFIELD, 2008, p.166).

OS RISCOS AMBIENTAIS DAS REGIÕES POLARES

No momento seguinte, estuda-se os principais riscos ambientais para as regiões polares.

a. Acidificação oceânica na Antártida:

Felizmente as questões ambientais e científicas vêm ganhado importância desde

---

6 Definição de Alexander Proless em: PROLESS, Alexander. **The Legal Regime of the Arctic Ocean**. ZaöRV 68, 2008, pp. 672-682.

7 Expressão retirada do livro de POTTS T.; SCHOFIELD, C. **Current Legal Developments The Arctic**, The International Journal of Marine and Coastal Law 23, 2008, pp. 161-167.

o final do século XX, quando comparadas à dimensão econômica-territorial. Ainda assim, elas não deixam de ser um problema para o meio-ambiente polar. Tampouco o fato de ganharem destaque no último século às acalenta de alguma forma.

Efeitos-cascata são cada vez mais conhecidos em decorrência da intervenção do homem na natureza. Um exemplo concreto é a acidificação que os mares e oceanos vêm sofrendo pela absorção de toneladas de gás carbônico. A ligação deste fato com o Oceano Antártico é o fato de este ser o oceano mais ácido de todos pelas suas condições climáticas, ou seja, é o primeiro a sofrer os impactos da acidificação, causando sérios danos aos organismos vivos cujo nicho ecológico é a Antártida. A base da cadeia alimentar antártica é o *krill*,[8] que, em virtude da acidificação oceânica, sofre um processo de corrosão, fragilizando seu organismo, análogo à uma osteoporose em humanos.

Ainda que a acidificação dos oceanos não seja uma problemática de ligação direta da intervenção do homem nos mares e oceanos, ela traduz muito bem a ideia de desequilíbrio ambiental. A desregrada emissão de gás carbônico surpreendentemente acabou por afetar mares e oceanos, com efeitos muito maiores que a "simples" acidificação das águas salgadas.

b. Poluição pela extração e vazamento de petróleo e gás natural:

Diferentemente da acidificação oceânica, a poluição pela extração de petróleo está estritamente ligada à intervenção do homem no meio-ambiente marítimo. Ao contrário do gás carbônico, o petróleo é um combustível fóssil altamente poluidor, produzido naturalmente durante centenas de milhares de anos, através da decomposição de matéria prima orgânica.

As atividades de exploração, perfuração e produção são inerentemente invasivas ao meio ambiente, podendo afetar negativamente os ecossistemas, a cultura local e a saúde humana, e as alterações físicas do meio ambiente podem, muitas vezes, ser maiores do que aquelas decorrentes de um grande derramamento de óleo. Os principais impactos potenciais são a destruição de ecossistemas, a contaminação química da atmosfera e da água, os danos de longo prazo a populações animais (particularmente a pássaros migratórios e mamíferos marinhos), os riscos para a saúde e para a segurança de trabalhadores e o deslocamento de comunidades locais e/ou indígenas. (SANTOS, 2012, p.157).

A extração dos combustíveis fósseis além de ser uma prática de risco, acarreta em consequências, muitas vezes irreparáveis para o meio-ambiente. Um exemplo disso são as mudanças que o ecossistema marítimo vem sofrendo com a exploração dos recursos dele provenientes, tais como o petróleo e gás natural.

Por trás do vazamento de petróleo existem consequências irremediáveis, que se alastram desde a poluição de regiões litorâneas, a danos imediatos e de longo prazo, como a morte de aves, a partir do momento que o petróleo se adere às camadas de pena, impossibilitando seu voo e destruindo a impermeabilização natural do animal. Isso interfere em grande escala, a partir do momento que impede certas aves de realizar sua

[8] Pequeno crustáceo e larva transparente de natureza planctônica (esp. Euphasia superba) dos mares frios, que constitui o alimento principal das baleias-azuis. (DICIONÁRIO ONLINE, 2016)

migração. O potencial poluente do petróleo danifica e fragiliza o complexo ecossistema marinho de forma difusa.

Teme-se que a partir do término de vigência das medidas protetivas do ambiente marítimo da Antártida esta área seja destinada à superexploração dos recursos que abriga. Por um lado, a sociedade do hiperconsumo demanda, cada vez mais, matéria prima para satisfazer a diligência de bens de consumo, tendo os derivados do petróleo e gás natural como base de produção de bens em circulação no mercado, que vão desde a fabricação de uma sacola plástica, à um batom, por exemplo. Por outro lado, a gritante necessidade de conscientização de preservação do meio-ambiente. Até quando as matérias-primas não renováveis serão convenientes à exploração? Até onde vai a capacidade da natureza para suportar tamanho impacto, tanto da ação do homem no meio-ambiente, quanto das demandas hiperconsumidoras da sociedade atual?

Ainda, o vazamento de petróleo pode acarretar em problema na sintetização de gás carbônico pelas algas marinhas, a partir do momento que as manchas de petróleo passam a bloquear luz solar, impedindo a fotossíntese. A partir disso, um efeito cascata: peixes morrem, não somente pela intoxicação com petróleo, mas também, pela falta de oxigênio na superfície oceânica. Sendo uma das bases da cadeia alimentar, esse efeito cascata prejudica, não só a flora, mas também a fauna marinha contaminada pelo vazamento, sendo, assim, relevante a um nicho ecológico inteiro.

5. IMPORTÂNCIA DO TRATADO PARA ALÉM DAS QUESTÕES PURAMENTE AMBIENTAIS

Tendo em vista o período de vigência, tanto do tratado, quanto da moratória de exploração da região antártica, ambas se findando na década de 2040, é inevitável indagar-se a respeito do futuro do continente gelado. Assim, questiona-se: qual o melhor desenlace para a região polar? Sua internacionalização? Prorrogação dos acordos vigentes que protegem a região? Ou, ainda, seria prudente reconhecê-la como patrimônio comum da humanidade?

Ainda que advogar a partilha do polo baseie-se nas teorias de internacionalização, porventura, talvez não seja a melhor alternativa. O caráter protetivo do Tratado funciona como a atual base de boa convivência entre os países membros, também assegurando direitos iguais a todas as partes que lá desenvolvem atividades de pesquisa. Assim, além de impedir novas reivindicações, o tratado mantém a cordialidade entre os países. Independentemente das vantagens econômicas às quais o local se reserva, os princípios da pacificidade e da liberdade de pesquisa serão cruciais, pelo menos até a década de 2040.

Após o prazo de validade do referido acordo, não mais será cobrada uma boa postura de um país perante ao outro. A política de boa vizinhança, muitas vezes travestida pela busca de conhecimento científico, poderá morrer. A tendência à reivindicação do continente gelado é tão forte quanto economicamente vantajosa. Países como o Chile e Argentina reivindicaram setores antárticos no passado, pedido que é reconhecido por alguns Estados, mas não é reconhecido por outros. Assim, subentende-se que, com o fim do tratado, muito se debaterá a respeito da legitimidade de reivindicações territoriais pertinentes à região.

Entretanto, até o momento, todos os pedidos de extensão da Plataforma Continental devem ser respeitados e encontram-se congelados, indiscutidos pela comunidade internacional, no que diz respeito à legitimidade do país territorialista. Com a expiração dos acordos internacionais, teme-se que a intocada região se torne alvo de uma disputa territorial em busca de vantagens econômicas, alvo da avidez humana.

Favoráveis, ou não, à internacionalização do polo, a questão que se levanta é a relevância de dar continuidade ao tratado. Mesmo que a preservação não traga aparentes "vantagens econômicas", deve-se lembrar a pertinência de uma política que opte por conservar a área, evitando inúmeros problemas de nível social, ambiental e econômico, a partir da degradação ambiental dos mesmos.

Um reflexo de significativo dano econômico, decorrente do descuidado com as condições naturais da região podem ser vistos em um futuro não tão distante. Uma vez que o derretimento das calotas polares implica no aumento do nível do mar, levando em conta que as metrópoles do planeta se encontram ao nível do mar, a preocupação é que estas grandes cidades, bem como pequenas ilhas deixem de existir a partir do momento que ficarem submersas, cobertas pela água do mar. Este cenário leva-nos a um problema de segurança pública, a partir do momento em que grandes metrópoles submergem-se pela água do mar.

Ainda, há a premissa de que, até mesmo as bases de pesquisa científica camuflam-se de boas intenções. Sob o véu de busca do conhecimento científico, escondem-se interesses políticos e atividades militares. (SILVA, 1987, p. 47).

CONCLUSÃO

Com o presente estudo, conclui-se que é preciso adotar um novo olhar às zonas polares, tanto no Ártico, quanto na Antártida. Estas regiões abrigam muito mais que recursos e riquezas naturais passíveis de exploração e vantagens econômicas, mas sim, suntuosa combinação entre o equilíbrio da fauna e flora, que não pode ser negligenciado. É a partir do descuido proposital de tal riqueza natural que o ecossistema perde e, com ele, perdemos de igual forma.

Vive-se num contexto onde a preservação ambiental não é rigorosamente respeitada e isso se traduz em uma série de problemas que são desencadeados, em sua maioria, pela ação do homem. É com a prática descuidada de transformação de matéria-prima em bens úteis ao consumo desregrado, que surgem consequências deveras irreversíveis.

A necessidade de se investir em uma política sólida que regulamente as regiões polares, de fato, é iminente. O primeiro passo para viabilizar esta questão seria o reconhecimento destas zonas como *patrimônio comum da humanidade*.

Uma vez que o Tratado da Antártida se constitui de dois órgãos, sendo um governamental e outro não, mas que ambos acordam em destinar a região à busca de conhecimento científico e cooperação entre países membros, ele poderia ser considerado uma organização internacional, que, teoricamente, se opõe às teorias territorialistas. (VIEIRA, 2006, p. 65).

A relevância dos polos para o equilíbrio global da temperatura, além da importância da fauna e flora, dos arquivos climáticos que contam a história do planeta terra através

do testemunho de gelo deve ser, de fato, protegida através de um ordenamento jurídico sem um prazo para se findar.

Assim, conclui-se que, mesmo que a exploração das regiões polares seja deveras oportuna à economia dos países territorialistas e à sociedade hiperconsumidora como um todo, a preservação dessas zonas através de um ordenamento jurídico a elas comum, contribuiria para o meio-ambiente, enquanto bem e garantia fundamental, numa escala global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tratado da Antártida. Decreto n.º 75.967 de julho de 1975. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D75963.htm>. Acesso em: 07 fev. 2016.

____. Decreto n.º 1.530 de 22 de junho de 1995.

BULKELEY, R. **The political origins of the Antarctic Treaty**. *Invited Reflections on the Antarctic Treaty. Polar Record.* 38 Lonsdale Road, Oxford, OX2 7EW. v. 16. pp. 9-11. 2009.

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DO MAR. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com/2015/07/cnudm.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2016.

DICIONÁRIO ON LINE. *krill.* Disponível em: <http://www.dicio.com.br/krill/>. Acesso em: 07 fev. de 2016.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. 2. ed. Tradução: Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Tratado da Antártida**, 1959.

FERNANDES, G. P.; KERNTOPF, M. G.; LEMOS, I. C. S. **Superexploração de Recursos Naturais:** implicações para a sociobiodiversidade, a bioprospecção e a etnomedicina. Campo Grande, v. 17, n. 2, pp. 95-105, 2013.

FERREIRA, Felipe Rodrigues Gomes. **O Sistema do Tratado da Antártica:** evolução do regime e seu impacto na política externa brasileira. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/609-Sistema_do_tratado_da_Antartica_O.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2016.

JOYNER, CHRISTOPHER C. **The Antarctic Treaty and the law of the sea:** fifty years on. Invited Reflections on the Antarctic Treaty. Georgetown University, Washington, (DC), pp.14-17, 2009.

KLINK, A; et. al. **Antártica, 2048:** mudanças climáticas e equilíbrio global. São Paulo: Marina Books, 2014. 143 p.

POTTS T.; SCHOFIELD, C. Current Legal Developments the Arctic. **The International Journal of Marine and Coastal Law,** 23, pp. 161-167, 2008,.

PROLESS, Alexander. **The Legal Regime of the Arctic Ocean**. ZaöRV, n. 68, pp. 672-682, 2008.

ROTHWELL, D. R. Sovereignty and the Antarctic Treaty**. Invited Reflections on the Antarctic Treaty**. Austrália. pp. 17-20, 2009.

SANTOS, L. E. F. dos. **O Pensamento Político-Jurídico e o Brasil na Antártida**. Curitiba: Juruá, 2004. 164 p.

____. **O Regime Jurídico do Ártico**. Caxias do Sul: EDUCS, 2007. 129 p.

SANTOS, Patrícia Vieira dos. Impactos Ambientais Causados Pela Perfuração de Petróleo, Sergipe, v. 1, n. 15, pp. 153-163, out. 2012.

SILVA, Maria Cristina Lima Ribeiro. **Contribuição ao estudo da Antártica no sistema de relações internacionais**. 1987. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, 1987.

VIEIRA, Friederick Brum. O Tratado da Antártica: Perspectivas Territorialista e Internacionalista Cadernos PROLAM/USP, ano 5, v. 2, 2006. Disponível em: < http://www.usp.br/prolam/downloads/2006_2_2.pdf>. Acesso em: 12 abril 2016.

RECEBIDO EM: 02/12/2016
APROVADO EM: 22/040/2017

ANÁLISE DO POPULISMO NA DEMOCRACIA: ENTRE AS EMOÇÕES E O RACIONALISMO

ANALYSIS OF POPULISM IN DEMOCRACY: BETWEEN EMOTIONS AND RATIONALISM

Andrey Lucas Macedo Corrêa[1]

Alexandre Walmott Borges[2]

Karina Almeida Guimarães Pinh[3]

RESUMO: Pretende-se, partindo da premissa da incidência das emoções no estudo da teoria democrática, sobretudo no contexto atual de escalada do populismo em movimentos radicais (em ambos os polos políticos: esquerda e direita), analisar a influência das emoções diante da conjuntura político-institucional atual pautada na racionalidade pública. A pergunta que move a elaboração do texto é: "as paixões e emoções deveriam exercer algum papel na legitimidade da política democrática?" Para responder essa questão é analisado o papel das emoções no cenário político contemporâneo (destacadamente no ambiente europeu) em especial no que tange aos movimentos que utilizam discursos populistas. Como resultado, busca-se um replanejamento das dimensões e possibilidades da democracia deliberativa, abandonando teorias tradicionais quanto à racionalidade pública contrapondo-a à teoria agonística da democracia almejando uma compreensão crítica da teoria deliberativa democrática que leve em consideração o estudo das emoções como um dos seus pilares.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; emoções; populismo; racionalidade.

ABSTRACT: It is intended, on the premise of the impact of emotions in the study of democratic theory, especially in the current context populism climbing in radical

1 Bacharelando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia-UFU com período de mobilidade internacional na Universidade de Coimbra-Portugal. Bolsista de iniciação científica do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq e bolsista de mobilidade internacional pela UFU. Pesquisador no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra – CES/UC e pesquisador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU. andreylucas93@hotmail.com

2 Professor Associado da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, Professor do programa de mestrado em Direito, Uberlândia, MG, Brasil; Professor Visitante da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita - UNESP, programa de mestrado em Direito, Franca, SP, Brasil. Mestre e Doutor em Direito do Estado pela UFSC; Doutorando em História Social pela UFU; Especialista em História e Filosofia da Ciência. Coordenador do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU. walmott@gmail.com

3 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio/Brasil. Especialista em Direito Constitucional-Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ/Brasil. Mestranda em Ciências Jurídico-políticas com menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra - Portugal. Pesquisadora do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados – LAECC/PPGD-UFU pinhao.karina@gmail.com

movements (in both political poles: left and right) to analyze the influence of emotions on the political and institutional environment current guided by a public rationality. The question that moves the work is: "the passions and emotions should play a role in the legitimacy of democratic politics?" To answer this question, we analyze the role of emotions in the contemporary political scene (notably in the European environment) in particular about the movements that using populist speeches. As a result, we seek a redesign of the dimensions and possibilities of deliberative democracy, abandoning traditional theories about the public rationality in opposition to the agonistic theory of democracy aiming for a critical understanding of democratic deliberative theory that considers the study of emotions as one of its pillars.

KEYWORDS: democracy; emotions; populism; rationality.

INTRODUÇÃO

Pretende-se, partindo da premissa da incidência das emoções no estudo da teoria democrática, sobretudo no contexto atual de escalada do populismo e de movimentos radicais (em ambos os polos políticos: esquerda e direita), analisar a influência das emoções diante da conjuntura político-institucional atual pautada na racionalidade pública. A pergunta que move a elaboração do texto é: "as paixões e as emoções deveriam exercer algum papel na legitimidade da política democrática?". Para responder essa questão assinalamos o papel das emoções no cenário político contemporâneo (destacadamente no ambiente europeu) em especial no que tange aos movimentos com retóricas populistas. Em seguida, é realizado um questionamento em busca de uma "solução" para essa relação fora dos limites da democracia representativa, perpassando pela análise de propostas de democracia direta. O presente trabalho assinala que, no contexto teórico das ciências sociais e políticas, as emoções nunca desempenharam papel relevante, isso ocorre pelo domínio, desde a "fundação" do Estado Moderno, de uma racionalidade avalorativa como sendo a base para a organização social. Entende-se que existe um desenvolvimento da ideia de democracia representativa para democracia deliberativa. Nesse segundo modelo existiria um grau maior de deliberação entre os cidadãos, mas dentro da lógica liberal-racional. Essa ideia é sustentada por Mouffe (2000, p. 81) como sendo uma resposta do sistema frente aos desafios da sociedade atual, no entanto, essa ideia apenas significa uma ressurreição da proposta grega antiga, não representando uma verdadeira oxigenação do debate nem mesmo soluções para os conflitos emergentes (COHEN, 2003, pp. 342-361).

Como resultado busca-se um replanejamento das dimensões e possibilidades da democracia deliberativa, abandonando teorias tradicionais quanto à racionalidade pública, em especial a teoria de John Rawls (1971), contrapondo-a com a teoria agonística da democracia de Mouffe (1993) em busca de uma compreensão mais dialógica da teoria deliberativa democrática com relação ao papel desempenhado pelas emoções. Para melhor abordagem do tema, o trabalho começa por analisar o contexto político dos movimentos populistas contemporâneos na Europa, analisando esses movimentos frente às teorias de racionalidade pública liberal de Rawls, contrapondo esse ponto de vista com a teoria da democracia agonística de Mouffe

e, por fim, discorre-se sobre a importância intrínseca do estudo das emoções frente à conjuntura política democrática. Todo esse trabalho permeado pela análise das emoções em ambos os contextos, demonstrando a necessidade de expandir o foco de compreensão do Estado e da Democracia frente ao contexto social contemporâneo.

Por fim, o trabalho busca demonstrar que carecemos de uma teoria político-institucional que parta do ser humano real e não de uma utopia racionalista criada. Comprova-se o fértil debate sobre a temática na busca de uma racionalidade não universal e que considere as emoções como inerentes ao ser, não podendo ser dele dissociada. Apresenta-se que Boaventura de Sousa Santos caminha, pautado nas epistemologias do sul, no sentido de uma razão quente.

1. POVO E POPULISMO NA ATUALIDADE

É fundamental analisar o panorama político europeu de escalada de movimentos políticos com concepções radicais. Essa percepção abrange os dois opostos do diagrama político, ou seja, emergem movimentos de esquerda e direita com ideias extremistas[4]. Em ambas as situações um fator apresenta-se como marca comum, o populismo, que carrega consigo, intrinsecamente, uma vasta dimensão de carga emocional, em especial a raiva e o medo conforme se apresentará adiante, ao analisarmos os movimentos radicais[5] presentes em ambos os polos políticos.

Busca-se analisar detidamente cada uma das dimensões políticas emergentes, a começar pelo radicalismo de movimentos e partidos de esquerda. Esses atores sociais apresentam como característica o protesto contra a democracia representativa e contra o modelo financeiro vigente. Os grandes movimentos dessa categoria seriam o *Indignados* na Espanha e o *Ocuppy,* que permeou vários países pelo globo, mas que teve seu centro em Nova York, em âmbito partidário talvez o exemplo mais pulsante dessa realidade seja o *Podemos* na Espanha. A percepção desses movimentos centraliza-se no fato de que a comunidade política "posta" já não responde6 aos anseios de seu sujeito político, o povo. Esses movimentos de contestação utilizam a bandeira da radicalização da democracia, contestando os pilares da democracia representativa em defesa de um modelo direto de democracia, uma "democracia real".

4 É claro que visões radicais sempre existiram e sempre existirão. Analisando o caso clássico da Revolução Francesa, observa-se que existiam forças políticas para além do parlamento francês, que, assim como hoje, acreditam que a melhor organização social não deve estar embasada em representação mas sim em deliberação, por isso se furtavam de atuar na lógica representativa posta.

5 A utilização autolegitimante da expressão "Povo" não é exclusiva dos movimentos políticos radicais, no entanto, buscamos analisar essa dimensão detidamente tendo em vista que elas representam a luta contra o sistema posto, enquanto as demais dimensões mais moderadas, estão totalmente inseridas no modelo posto que apresenta grande grau de deslegitimidade.

6 Uma pergunta que extrapolaria o presente trabalho seria a análise de se em algum momento histórico a classe política posta representou os anseios de seu sujeito político, e, dessa forma, as recentes insurgências seriam provocadas por motivos além do simples descontentamento representativo e financeiro.

Por outro lado, os movimentos (especialmente partidários)[7] de extrema direita[8] com viés populistas, apesar de apresentarem objetivos ideológicos diametralmente opostos às organizações/partidos de extrema esquerda, carregam em sua base de pensamento o povo como combustível para defender a refundação de uma identidade (nacional ou regional[9]), em contrapartida a posições globais. No entanto, essa identidade é permeada do discurso xenofóbico, apresentando forte viés nacionalista, é utilizada uma visão do mundo "pré-globalização"[10] a qual representaria um modelo de sociedade melhor. Por outro lado, esses movimentos de extrema "direita" apresentam (em regra) oposição ao atual modelo financeiro neoliberal, o qual relacionam como sendo uma consequência do fluxo migratório das últimas décadas.

Para uma definição de "populismo" e de "povo" abordamos que o conceito apresenta características múltiplas e nem sempre inequívocas:

Es sabido además que el populismo es un fenómeno que tiene orígenes antiguos y geografías variadas. El mismo término lo certifica: desde la Rusia zarista con intelectuales en favor de la redención política de los mujiks, o el norteamericano *People's Party* que abogaba por una democracia auténtica en la que el pueblo pudiera participar directamente, hasta en Latinoamérica, dónde el termino se emplea desde los años treinta del siglo XX para designar a los partidos o movimientos con fuertes rasgos personalistas (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 296)

Da mesma maneira a expressão "povo" é igualmente múltipla em significados, a depender das circunstâncias e do "aparelhamento" do termo, sendo comumente entendido, por exemplo, como: a nação, o eleitorado, os cidadãos, os trabalhadores do campo, os trabalhadores da cidade etc. (BONAVIDES, 2002, pp. 81-94; CANOVAN, People, Politicians and Populism, 1984; 1999, pp. 2-16; TAGGART, 2000) . Dessa forma, o conceito de "povo" assim como o conceito de "populismo" apresenta-se caracterizado com grande trasnversalidade e elasticidade, demonstrando em vários momentos um caráter "autolegitimante".

Dessa forma, é patente que o termo "povo" reveste-se forte conteúdo emocional. Enquanto os movimentos de extrema direita, utilizando da retórica do medo, promovem um apelo pela "segurança" do "povo" frente às ameaças (em grande parte externas) como a imigração por exemplo, os movimentos questionadores utilizam do mesmo termo "autolegitimante" para promover o rechaço contra a corrupção e a atual forma de organização política. Diante disso, observa-e que ambos os movimentos, com

7 É interessante analisar que os movimentos de extrema direita tendem a se organizar em formas partidárias, enquanto os movimentos de extrema esquerda buscam, em maioria, uma organização não-partidária. Talvez a resposta para esse questionamento resida no grau de ruptura ou reforma do *status quo* combatido.

8 Os principais exemplos desses partidos de extrema direita na Europa seriam: a Frente Nacional Francesa, o UKIP britânico, a Liga Norte Italiana, o Amanhecer Dourado na Grécia, o Partido da Liberdade da Áustria, o Partido Popular Suíço entre outros. Cf.: COSSARINI; ALONSO, 2015. p. 295.

9 No caso da União Europeia é bem verdade que alguns movimentos de extrema esquerda repudiam a construção do ambiente europeu, nesse ponto, por uma análise superficial, poderia se dizer que os interesses dos grupos convergem, no entanto, basta uma análise mais profunda para perceber que o centros de pensamentos são opostos, nos grupos de extrema direita existe forte rechaço às políticas de imigrantes por exemplo, promovendo uma exacerbação do nacionalismo, algo que não ocorre nos movimentos de extrema esquerda.

10 A definição da pré-globalização, no entanto, apresenta um enorme equívoco, tendo em vista que o processo de globalização não é uma característica do tempo de formação dos Estados modernos. O fenômeno da formação dos Estados apenas catalisou o processo de globalização.

ideologias praticamente antagônicas, utilizam-se dos mesmos "veículos emocionais" (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 296) para justificarem seus discursos.

2. O PAPEL DAS EMOÇÕES NA LEGITIMIDADE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Pautado nesses dois fenômenos políticos (povo e populismo) passamos a analisar o papel das emoções[11] na esfera política e a legitimidade do modelo democrático posto, o representativo. Os principais sentimentos que influem na esfera política são o fracasso, o medo, a ira, e o descontentamento, sendo fundamental a análise desses sentimentos frente a esses novos atores sociais diante da política atual "tradicional".

Em primeiro lugar é importante ressaltar que na construção do discurso político dominante e basilar do Estado Moderno europeu as emoções foram ignoradas. Essa exclusão (intencional) decorre do caráter valorativo das emoções, em contrapartida à uma racionalidade (dita) avalorativa. No entanto, emergem movimentos desde o fim do século XX que trazem o debate sobre as emoções para Ciência Política, desde dimensões que as consideram na formação de identidades coletivas e de vínculos sociais (AHMED, 2004), o papel dessas no processo de tomada de decisões políticas e morais (NUSSBAUM, **The therapy of desire:** theory and practice in helleniscti ethics, 1994; 2001; MULDOON, 2008) e também sobre o papel das emoções para o bom funcionamento da razão (DE SOUSA, 1987). Além disso, existem antropólogos e sociólogos que consideram que as emoções não devem ser entendidas como estados psicológicos, mas sim como práticas sociais e culturais (HOCHSCHILD, 1983; KATZ, 1999).

Deve ficar claro que o objetivo na análise das emoções não é buscar uma dimensão valorativa das mesmas, analisando-as individualmente seja frente aos movimentos políticos. Entende-se o caráter intrínseco das emoções em toda organização político social, dessa forma, a negação desse fator como sendo relevante gera uma dimensão de análise político-social falsa. Diante disso, segundo as palavras de Craig Calhuon, deve-se "colocar as emoções em seu lugar" (CALHUON, 2001, pp. 28-29), buscando uma análise que busca transcender (sem reproduzir) o dualismo entre bom/mal presente no estudo superficial sobre as emoções.

Após essa análise, iniciamos a análise com enfoque em duas emoções específicas, a raiva e o medo. Essas duas emoções são atemporais, estão presentes em várias dimensões da história humana e é transversal à organização em sociedade. No século XXI essas duas emoções estão presentes tanto no norte-global quanto no sul-global, revelando verdadeiro caráter de universalidade:[12]

---

11 No âmbito da discussão conceitual-filosófica é importante apresentar a diferenciação entre "sentimento" e "emoção" trazida por Han. Para o autor, os conceitos apresentam diferenças nos graus de narratividade e de temporalidade. Os sentimentos carregam consigo maior grau de narratividade e de temporalidade, permite uma narração, enquanto as emoções não, essas são mais perenes, de curta duração. Cf.: (HAN, 2014, pp. 65-75)

12 O termo é aqui utilizado tendo em vista que, mesmo em sociedades em que o medo e a raiva estejam em um nível diferente de compreensão diferente da lógica ocidental, como no Tibete, esses povos são vítimas de discursos de raiva por outros povos. Dessa forma, seja por ser opressor ou oprimido o medo e a raiva afetam quaisquer organizações humanas.

De manera particular a raíz de los ataques terroristas en 2001 y la así llamada "guerra contra el terror, el miedo se ha convertido en el eje de análisis de diferentes cuestiones de alcance internacional, como la inmigración, el terrorismo y hasta las enfermedades globais (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 298).

Dessa forma, os ataques terroristas de 2001 catalisaram o papel do medo a nível global. Além dessa perspectiva do norte-global, o medo encontra grande matéria e subsídio no debate sobre a segurança pública, em especial nos países do sul global, esse discurso, em que pese "autolegitimante", gera enorme influência na lógica estatal de políticas públicas dos países afetados, o que, em grande parte, reflete-se em diversos âmbitos a nível global.

Além do medo, a raiva encontra papel de centralismo quanto à análise político-social. A raiva[13] apresenta uma dimensão dupla de análise, segundo Martha Nussbaum a referida emoção pode representar uma rebelião (uma paixão) contra a injustiça e opressão e pode representar uma perda da racionalidade com forte poder destrutivo (NUSSBAUM, The therapy of desire: theory and practice in helleniscti ethics, 1994, p. 403) .

Diante dessa definição questiona-se: por a raiva significar um sentimento de indivíduos e grupos frente a injustiça e opressão, seria possível analisar a genealogia da raiva para encontrar uma ideia sobre a natureza da injustiça e da opressão em si? Da mesma forma, a raiva pode motivar uma ação política, então seu estudo poderia oferecer novas dimensões sobre o caráter dos movimentos e lutas? Muitos autores comprovam que a raiva contra as injustiças fornecem importante (e até vital) energia para muitos movimentos sociais e políticos, o valor dessa emoção seria por sua capacidade de comunicar e transmitir o sentido da injustiça de forma mais direta, e, ao mesmo tempo, com bases questionadoras frente à legitimidade dos poderes políticos dominantes (LYMAN, 2004, p. 133). No entanto, pela imediata relação (sobretudo cultural) dessa emoção apenas em sua segunda vertente, qual seja, a destrutiva, essa encontra-se totalmente reduzida como foco de análise política. Quando se analisa a dimensão da racionalidade moderna (sobretudo de base Rawlseniana) percebe-se que a exclusão dessa e de outras emoções é intencional, busca-se uma racionalidade pautada no diálogo na busca pelo "bem comum", dessa forma, não há espaço para qualquer análise quanto às emoções.

3. A RACIONALIDADE EM RAWLS FRENTE À ABORDAGEM DAS EMOÇÕES E O CONTRAPONTO COM A TEORIA AGONÍSTICA DEMOCRÁTICA DE MOUFFE

Passamos a analisar a visão da teoria liberal clássica sobre as emoções. Como marco inicial apresenta-se a observação de Ramon Máiz (2010, p. 16), segundo a qual, para a ótica liberal clássica, as emoções são consideradas uma ameaça, uma perspectiva externa ao "pensamento[14]", que o cega, prejudica o juízo.

Para analisar esse contexto, discorre-se sobre a estrutura da democracia consolidada atualmente, que é fruto do liberalismo político que, ao seu passo, assenta sua base em dimensões normativas de justiça. Dessa forma, existem dois pilares para o

13 Como sinônimo de ira, ódio, cólera.

14 No sentido de pensamento racional.

pensamento liberal: o primeiro é a clara distinção entre público e privado e a segunda é a prevalência do justo sobre o bom[15]. Nessa dimensão, o conflito moral torna-se evidente, tendo em vista a composição da sociedade de grupos e indivíduos heterógenos. Para a lógica liberal, esse conflito não se questiona, pois considera-se que existiriam ferramentas para articular as diferenças em prol de uma convivência possível.

Para John Rawls a coexistência entre as divergências de pensamento não apresentam uma questão apenas referente à convivência, mas sim a um acordo racional entre os indivíduos e grupos em uma sociedade. A chave para esse acordo racional seria a ideia de uma "razão pública", que não corresponde a uma divisão entre as esferas públicas e privadas, é de certa forma, uma interseção. Para Rawls a distinção entre público e não-público não coincide com a distinção entre público e privado, dessa forma, incorreto é se referir a uma razão privada, o que existe, verdadeiramente, é uma razão pública. O que serve igualmente de argumento para a exclusão das emoções na teoria política liberal, tendo em vista que os indivíduos carregam as emoções, não a coletividade. No entanto, a teoria de Rawls apresenta uma dicotomia falaciosa da separação entre os indivíduos e a coletividade que eles compõem (RAWLS, 1993, p. 255). Em consequência, para Rawls, o jogo democrático depende da capacidade dos cidadãos de serem e agirem razoavelmente. De acordo com o autor, a legitimidade moral das decisões também residiriam no fato dessas serem passíveis de aceitação por cidadãos razoáveis. Dessa forma, para Rawls, existe uma intrínseca relação entre a racionalidade e a razoabilidade, estando as decisões imersas em uma lógica racional e dialógica, em um debate que deveria ter como base a existência de indivíduos livres e iguais[16]. Além disso, segundo Cossarini e Alonso os requisitos de razoabilidade seriam:

Solo son razonables aquellos ciudadanos que coinciden en señalar que ninguna doctrina comprehensiva, ninguna perspectiva moral o religiosa global suministra una condición definidora para participar o una razón para la aceptabilidad de los argumentos en el espacio público (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 302).

Essa ideia de Rawls sobre um acordo razoável e racional entre cidadãos razoáveis serviu e serve de base para a maioria das teorias referentes à democracia deliberativa/representativa. Dessa forma, a participação no processo deliberativo deveria implicar necessariamente em uma "desativação" das emoções o que ocorreria por filtros próprios da dinâmica deliberativa, excluindo as emoções dos debates e esfera pública, mantendo a "razão pública" com alto grau de "pureza". Assinala-se ainda que esse pensamento baseado em Rawls encontra vários partidários que buscam ressignificar alguns de seus conceitos, mas mantendo a lógica racionalista da teoria. Entre os exemplos dessa postura destaca-se Habermas (1984) com sua teoria da ação comunicativa, dessa forma, confirma-se a ideia de que a racionalidade que permeia as estruturas sociais atuais são as de matriz liberal, que continua a ser "aperfeiçoada" e reproduzida por uma vasta gama de autores.

As emoções (quaisquer que sejam) apresentam-se intrínsecas aos indivíduos que compõem todas as dimensões políticas, muitas vezes essas emoções surgem como

15 E aqui fica claro o porquê da exclusão das emoções nessa teoria, tendo em vista sua categorização valorativa.

16 Ambos os conceitos na lógica clássica, inaugurada pela Revolução Francesa.

suspeita da forma "racional" pela qual as decisões políticas são tomadas. Além disso, conforme visto, as emoções são em muitos casos fundacionais de movimentos políticos, dessa forma é impossível exigir que os cidadãos participem da vida/estrutura política deixando de lado essas e outras emoções.

Buscando um contraponto à dimensão racionalista liberal, bem como a abordagem das emoções sobre um novo marco teórico, passamos a analisar a teoria agonística da democracia proposta por Chantal Mouffe. Justificamos a predileção de se utilizar a teoria de Mouffe invés a outros autores por esta apresentar uma teoria que contrapõe os principais pontos da visão habermasiana, que, conforme analisado, apresenta forte matriz liberal.

Aos modelos deliberativos liberais, a autora apresenta a ideia e o projeto de uma "democracia radical e plural", entendida como uma "radicalização da tradição democrática moderna" mediante "a extensão e o aprofundamento da revolução democrática" (MOUFFE, Radical Democracy or Liberal Democracy, 1996, p. 22) . No centro dessa teoria, afirma-se a ideia de que a política e a democracia são indissociáveis do conflito, não podendo este ser eliminado por nenhum "processo racional de negociação" (MOUFFE, Le politique et ses enjeux, 1994, p. 217) , quer seja o modelo deliberativo/comunicativo de Habermas, quer sejam as dimensões clássicas defendidas por Rawls.

Para Mouffe, o modelo de democracia deliberativa na matriz liberal apresenta ponto final (teleológico) centrado no discurso de que todo o procedimento[17] tenderia necessariamente ao consenso, e ai residiria sua maior falha. Em contrapartida, a autora apresenta uma dimensão pluralista que ultrapassa a mera perspectiva normativa, abordando também uma perspectiva empírica, como formas de organização social e valores que seriam, por natureza, conflituosos (MOUFFE, **The return of the political,** 1993, p. 127) . A autora apresenta uma dimensão Schimittiana ao entender que todas as instituições/organizações são caracterizadas como relações de antagonismo, com a influência de diversas forças em conflito, sendo esse conflito intrínseco à qualquer organização político ou social, não podendo ser eliminado (SCHMITT, 2015). Para a autora mostra-se inconciliável uma dimensão racional nos modelos sociais, essa dimensão de consenso não é possível pois a dimensão política da sociedade está intrinsecamente relacionada com o "poder", que pressupõe uma linguagem de dominação,[18] violência e coerção. A linguagem política deve deixar lastro para a indecisão e se adapta melhor a ambientes de conflito e antagonismo.

Buscando romper o paradigma racionalista liberal, Mouffe apresenta a proposta de uma "democracia agonística".[19] Busca-se analisar essa teoria para responder se ela apresenta uma alternativa ao modelo deliberativo e se propõe um novo papel para as emoções no sistema social. A proposta de "democracia agonística" de Mouffe passa necessariamente por:

---

17 Interessante que no modelo racionalista liberal apenas pode existir um procedimento e não um processo por este significar necessariamente uma perspectiva de conflito o que não ocorre na deliberação entre os "cidadãos razoáveis".

18 Nas palavras de Nietzsche, "vontade de potência" (NIETZSCHE, 2008, p. 36)

19 A título de estudo morfológico e para elucidar o leitor, a palavra agonista vem do grego e refere-se ao engajamento ao conflito, à competição.

1) asumir el carácter sustantivo de nuestros principios, es decir los principios liberal-democráticos que sostiene nuestros Estados de derecho, Estos no se conciben fruto de ningún acuerdo universal ni hipotético, sino resultado de circunstancias contingentes, es decir de la expresión fáctica de unas relaciones de poder hegemónicas en un momento determinado; 2) negar la posibilidad misma de cualquier acuerdo racional y de cualquier valor epistémico del procedimiento y los resultados y 3) la convivencia en una comunidad solo puede ser entendida como la recreación de las condiciones para el agonismo. De acuerdo con Mouffe cualquier construcción de una identidad democrática "nosotros" debe construirse sobre la delimitación de un "ellos", que no debe ser interpretado como un enemigo a batir, sino como un adversario, al que se respeta, pero con el que se discrepa (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 306)

Dessa forma, segundo Mouffe o pluralismo existente nas sociedades deve ser reorganizado para acomodar essa realidade conflituosa, a essa reorganização a autora define como "cidadania radical". Mouffe apresenta que essa construção social seria mantida, não por uma ideia substantiva de "bem comum", mas por um reconhecimento de valores éticos e políticos comuns (MOUFFE, The return of the political, 1993, p. 67) Em lugar de buscar-se acordos e consensos frutos de sofisticados argumentos racionais, o futuro da democracia passaria por potencializar formas democráticas da individualidade pautada na prática de debate. Dessa forma, as ideias da autora seriam ferramentas para uma radicalização da democracia, pelo debate e pela participação. Além disso, um dos pontos mais interessantes é que a autora enxerga o tema das emoções sob ótica diversa do racionalismo, não compreendendo-as como distorções ao acordo, mas como ferramentas e fatores que devem ser levados em consideração ao debate, da mesma forma a ideia de populismo, que não é enxergada como uma patologia ao sistema democrático, mas apenas como um modo de expressão da democracia.

Com relação à dimensão principiológica, Mouffe apresenta um conceito de cidadania que não se baseia estritamente na análise ponderada dos princípios liberais clássicos (liberdade e igualdade), mas sim na criação de um "nós", que representa uma identidade hegemônica pautada em uma visão radical[20] dos princípios da liberdade e igualdade, com capacidade suficiente para desafiar as relações de dominação existentes no sistema atual (MOUFFE, The return of the political, 1993, pp. 69-73) .

Mouffe avança ao desvelar o véu de "legalismo" e consenso do racionalismo liberal, no entanto, em seu modelo de ruptura para a construção de uma cidadania plural radical a autora esbarra em incoerências com os modelos combatidos. Em nível normativo, o "agonismo" não oferece uma solução muito destoante da proposta de Rawls, por, segundo o entendimento adotado, manter uma profunda identificação com a base principiológica do liberalismo. No entanto, a maior crítica suscitada está no fato de que a teoria de Mouffe apresenta uma dimensão de "domesticação do conflito" para sua conversão ao "agonismo". No que tange às emoções o debate é semelhante, não se ignora o papel das mesmas como na lógica racionalista liberal, mas busca-se, a partir de uma constatação de existência e importância, modos de neutralizar as emoções. A principal

[20] Para a autora a cidadania extrapola uma dimensão legal, é um status de identificação política.

crítica tecida a Mouffe trata da manutenção da necessidade de um consenso mínimo,[21] dessa forma, a proposta da autora reflete-se como um "pluralismo de razoáveis", estes com menor nível de coesão exigido por Rawls mas com uma base comum necessária para a coesão social, qual seja uma unidade ético-política. Além disso, a autora associa os conceitos de razoável com adversário e não-razoável com inimigo, essa associação representa a possibilidade de não se respeitar as formas não razoáveis, pois todas elas seriam formas de reprodução de discursos de dominação, pois a razoabilidade para a construção do conceito de "nós" deve se pautar no respeito ao Estado de Direito e a consequente exclusão de todos os grupos que não compartilham esses valores (MOUFFE, **The return of the political,** 1993, pp. 70-71**.)** .

Dessa forma, percebe-se que para Mouffe, existe apenas a possibilidade de uma democracia agonística entre pessoas que compartilham um centro comum de interesses e pensamentos, enquanto em Rawls a teoria é geral, mas impõe ao ser uma dimensão racional que, ao contrário da teoria do autor, não é intrínseca à realidade humana nem mesmo alcançável. Conclui-se nessa análise que ambas as teorias apresentam problemas insuperáveis, em um momento ou outro entram no campo da projeção inalcançável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após realizar a análise sobre os modelos mais influentes no tocante à teoria democrática e submete-los a análise com relação à temática do populismo e das emoções, busca-se um enfoque nas hipóteses apresentadas. Para tal, em um primeiro momento, analisa-se a relação entre as razões e as emoções.

Segundo o trabalho, resta clara a relação intrínseca das emoções com a dimensão política, tendo em vista que aquelas estão presentes tanto na natureza humana quanto nas organizações político-sociais. As emoções tais como medo e raiva estão ligadas à gênese de movimentos sociais, significando um combustível fundamental para a ação política. Dessa forma, a legitimidade do regime democrático está intimamente relacionada com as emoções. A ótica racionalista que permeia o pensamento liberal vigente nos Estados de direito propõem um modelo de organização sócio-política que não levam em consideração as emoções, por considerá-las prejudiciais à construção de uma racionalidade avalorativa pautada por indivíduos razoáveis, esses que não deixariam que suas perspectivas individuais perpassem para a realidade pública, diante disso, configura-se uma relação de não-existência das emoções. Enquanto isso, a teoria de democracia radical proposta por Mouffe parte de premissa diversa no que tange as emoções, considerando-as intrínsecas às organizações políticas permeadas pelo confronto, no entanto, tendo em vista que as emoções podem interferir no consenso mínimo que deve permear a sociedade democrática "agonística", elas devem ser contornadas. Dessa forma, para Mouffe, as emoções assumem uma dimensão de não-relevância, ou melhor, um processo de domesticação das emoções para a existência do modelo teórico proposto pela autora.

[21] Esse consenso não é, segundo entendimento adotado, mínimo, pois exige a existência de um consenso assentado sobre instituições que constituem a democracia e sobre valores éticos e políticos nas associações políticas.

Diante dessas conclusões, aponta-se a incapacidade dos dois modelos analisados de englobarem as emoções em seus sistemas. O máximo alcançado está no modelo de "democracia agonística" que consideram as emoções como intrínsecas e basilares nos processos sociais, mas que, por sua natureza instável devem ser domesticadas para o sucesso do modelo[22].

Avançando para a análise do populismo,[23] ambos os modelos falham em englobar essa nova conjuntura política em seus sistemas. O modelo racionalista de Rawls se transforma em uma dita "democracia deliberativa", que aprofunda as relações entre os cidadãos e exige maior grau de razoabilidade no discurso, algo que nem os movimentos questionadores de extrema esquerda, nem os movimentos de extrema direita, que utilizam do discurso populista estão dispostos a aceitar. Enquanto isso, o modelo de democracia agonística de Mouffe trata da questão de forma preocupante. A autora propõe um modelo que exige uma razoabilidade mínima,[24] os movimentos populistas radicais (tanto de esquerda quanto de direita) carregam uma crítica contra grande parte do sistema posto e defendem alterações profundas no modelo político vigente. Nessa dimensão, a teoria de radicalização da democracia de Mouffe, por mais que mantenha uma dimensão pautada em princípios liberais, atende grande parte dos anseios dos movimentos de protesto (esquerda), mas não responde aos anseios dos movimentos populistas de extrema direita. Para solucionar essa divergência a proposta da autora é a exclusão da comunidade desses movimentos, justamente pela incapacidade de encaixá-los no sistema. Essa decisão apresentada eleva em demasia o grau de abstrativismo e subjetivismo da teoria de Mouffe:

El resultado, por tanto, no es una sociedad armónica, sino la persistencia y el auge de profundas y agudas divisiones. (...) En nuestras actuales sociedades pluralistas, el consenso sustantivo parece por lo pronto inalcanzable. Sin embargo, el rechazo del universalismo y el consenso no debe desembocar en una concepción de la política que arroje de la comunidad política – no ya del diálogo – a los ciudadanos no razonables. (COSSARINI & ALONSO, 2015, p. 312)

Dessa forma conclui-se qualquer que seja o modelo político adotado, a coexistência de grupos de ruptura radicais deve encontrar um limite na dimensão institucional, como a vedação aos discursos de ódio frente à liberdade de expressão ou os sistemas para garantir a ordem democrática, sob pena de incorrer-se em dimensões político-ideológicas que deturpam qualquer sistema que preze-se democrático.

Boaventura, apesar de não apresentar um modelo, aponta um caminho para uma nova perspectiva de razão, apontando uma estrutura social que deve, como transição e continuamente, passar por um processo de emancipação social. Para o autor as emoções devem assumir seu lugar, passando não pela negação da razão estruturante (razão fria), mas a complementando:

22 É bem semelhante à posição das ciências sociais frente às dimensões biológicas do ser humano, conforme exposto por Richard Dawkins (1974)

23 Que, conforme visto, é um conceito intimamente relacionado com as emoções.

24 Conforme exposto durante o texto, a diferença mais clara entre o modelo de Rawls e de Mouffe reside no grau de razoabilidade na dimensão da cidadania.

Hay una dimensión emocional en el conocimiento que nosotros manejamos muy mal, y entonces debemos ver lo que distingue las dos corrientes de nuestra vida, tanto en las sociedades como en los individuos: la corriente fría y la corriente caliente. Todos tenemos las dos: la corriente fría es la conciencia de los obstáculos, la corriente caliente es la voluntad de sobrepasarlos. Las culturas se distinguen por la primacía que dan a la corriente fría o a la corriente caliente. Pienso que la corriente fría es absolutamente necesaria para que uno no se engañe, y también la corriente caliente es muy importante para no desistir fácilmente (SANTOS, 2006, p. 49)

Outro viés de análise vital a ser estudado, não como alternativa, mas como evidenciador das falhas nas teorias políticas existentes no que tange a natureza do "ser político" nas sociedades vem de Richard Dawkins, com sua teoria do "gene egoísta" (DAWKINS, 1974) que apresenta um forte subsídio para entender as relações sociais, ao compreender dimensões evolutivas à nível genético e social, apresentando uma nova perspectiva de análise para o "egoísmo" nas sociedades humanas para além de qualquer racionalidade liberal. Para o autor o sentido de cooperação estaria ligado a uma dimensão de recompensas e expectativas, o que, de certa forma, transpõe o centro de debate sobre as organizações sociais para um polo diverso do racionalismo moderno. Apesar da análise proposta por Darwin, e, consequentemente por Dawkins, não permear necessariamente a política, vislumbra-se que o reconhecimento das "leis" da seleção natural, que tem como base, em regra, o egoísmo e a tomada de vantagem sobre o próximo para a reprodução apresenta um marco importante sobre quais os caminhos que a organização humana em sociedade não deve seguir. Quaisquer dimensões sociais e institucionais que sugiram uma lógica de seleção natural, tais como os regimes fascistas e nazistas, o capitalismo e suas "leis" de mercado, entre tantos outros são obstáculos fundamentais na construção de uma sociedade altruísta:

"With savages, the weak in body or mind are soon eliminated; and those that survive commonly exhibit a vigorous state of health. We civilized men, on the other hand, do our utmost to check the process of elimination; we build asylums for the imbecile, the maimed, and the sick; we institute poor-laws; and our medical men exert their utmost skill to save the life of everyone to the last moment. There is reason to believe that vaccination has preserved thousands, who from a weak constitution would formerly have succumbed to small-pox. Thus, the weak members of civilized societies propagate their kind. No one who has attended to the breeding of domestic animals will doubt that this must be highly injurious to the race of man. It is surprising how soon a want of care, or care wrongly directed, leads to the degeneration of a domestic race; but excepting in the case of man himself, hardly any one is so ignorant as to allow his worst animals to breed. The aid which we feel impelled to give to the helpless is mainly an incidental result of the instinct of sympathy, which was originally acquired as part of the social instincts, but subsequently rendered, in the manner previously indicated, more tender and more widely diffused. Nor could we check our sympathy, if so urged by hard reason, without deterioration in the noblest part of our nature (DARWIN, 1999).

Dessa forma, qualquer modelo de organização da sociedade que se proponha solidário deve sempre refletir se as organizações sociais e as instituições estão permeadas ou não de características das "leis" de seleção natural. Essas mesmas "leis" nos forneceram uma capacidade cerebral para pensar para além da dominação e eliminação intrínseca que ocorre na natureza. Assim como a seleção natural, as emoções são um fato, estão

intrínsecas. A criação de modelos que entendam essas dimensões como sendo falsas estão fadados a se distanciar da organização social. Não oferecem respostas, mas são importantes pressupostos para se pensar o novo. A ciência política, o direito e a sociologia devem ser alastradas pela realidade e, a partir dela, construir o novo: um modelo político em que as emoções sejam entendidas, sem ser instrumentalizadas, sejam inseridas sem serem "domesticadas", sejam entendidas como a realidade e não como a degeneração do ser humano intrinsicamente racional. Os modelos de organização atual, fortemente permeados pela vitória do mais forte e avantajado adjetivando este com a alcunha de racional encontra dupla dimensão de falsidade do que uma sociedade altruísta significa, seja por seguir as "leis" de seleção natural, seja por encaixar o homem em uma racionalidade desprovida de emoções à qual ele nunca poderá pertencer.

Mouffe encaminha sua teoria de democracia agonística em um sentido de eliminação, não dos mais fracos, mas dos não alinhados ideologicamente com o modelo, abrindo uma brecha extremamente subjetiva para a re-reprodução dos modelos de dominação e extermínio que são características indeléveis das organizações sociais humanas, aproximando-a da seleção natural e afastando-a da reciprocidade e altruísmo que talvez seja a chave para pensar o "novo" a nível social e institucional. Rawls, por outro lado, constrói a partir do falso, ou seja, um ser humano racional, desprovido de emoções, essas que são consideradas pelo autor como obstáculos intransponíveis para a razoabilidade, e, por isso, ignoradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AHMED, S. (2004). **The cultural politics of emotion**. New York: Routledge.

BONAVIDES, P. (2002). **Ciência Política**, 10 ed., São Paulo: Editora Malheiros.

CALHUON, C. (2001). Putting emotions in their place. In Goodwin, **Passionate politics:** emotions and social movements (pp. 45-57). Chicago: Chicago University Press.

CANOVAN, M. (1984). People, Politicians and Populism. **Government and Opposition**, 19, 312-327. Retrieved from Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1477-7053.1984.tb01048.x/abstract

CANOVAN, M. (1999). Trust the people! Populism and the Two Faces of Democracy. **Political Studies**, 47, pp. 2-16. Retrieved from Disponível em: http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-9248.00184/pdf

COHEN, J. (2003). Deliberation and democratic legitimacy. In D. Matravers, & J. Pike, **Debates in Contemporary Political Philosophy:** An Anthology, pp. 342-361. London: Routledge.

COSSARINI, P., & ALONSO, R. G. (2015, abril/junho). El papel de las emociones en la teoría democrática. Desafíos para un uso público de la razón en tiempos de populismo. **Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)**, 168, pp. 291-315.

DARWIN, C. (1999). **The Descent of Man.** Gutemberg E-Books. Retrieved Março 01, 2016, from http://www.gutenberg.org/cache/epub/2300/pg2300-images.html

DAWKINS, R. (1974). **The Selfish Gene**. Oxford: Oxford University Press.

DE SOUSA, R. (1987). **The Rationality of Emotion.** Cambridge: MIT Press.

HABERMAS, J. (1984). **The theory of communicative action**, v. 1. Reason and the rationalizalion of society.). Boston: Beacon Press.

HAN, B.-C. (2014). **Psicopolitica.** Barcelona: Herder Editorial.

HOCHSCHILD, A. R. (1983). **The Maneged Heart: Commercialization of Human Feeling.** Berkeley: University of California Press.

KATZ, J. (1999). **How Emotions Work.** Chicago: University of Chicago Press.

LACLAU, E. (2005). **La Razon Populista.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Economica.

LYMAN, P. (2004). The Domestication of Anger: The Use and Abuse of Anger in Politics. **European Journal of Social Theory,** pp. 133-147. Retrieved from disponível em: http://est.sagepub.com/content/7/2/133.abstract

MAÍZ, R. (2010). La hazaña de la razón: la exclusion fundacional de las emociones en la teoría política moderna. **Revista de Estudios Político,** 149, pp. 11-45.

*MOU**FFE, C. (1993).** **The return of the politic**al. Londres: Verso.

MOUFFE, C. (1994). **Le politique et ses enjeux**. Paris: La découverte/MAUSS.

MOUFFE, C. (1996). Radical Democracy or Liberal Democracy. In D. TREND, **Radical Democracy:** Identity, Citizenship, and the State (pp. 19-26). New York: Routledge.

MOUFFE, C. (2000). **The Democracy Paradox**. London : Verso.

MOUFFE, C. (2007). **Práticas artísticas y democracia agonística.** Barcelona: MACBA/ UAB.

MULDOON, P. (2008). The moral legitimacy of anger. **European Journal of Social Theory,** 299-314.

NIETZSCHE, F. (2008). **Para além do bem e do mal**. Lisboa: Guimarães.

NUSSBAUM, M. (1994). **The therapy of desire:** theory and practice in helleniscti ethics. Princeton: Princeton University Press.

NUSSBAUM, M. (2001). **Upheavals of Thought:** The inteligence of Emotions. Cambridge: Cambridge University Press.

RAWLS, J. (1971). **A Theory of Justice**. Cambridge: Harvard University Press.

RAWLS, J. (1993). **Political liberalism.** New York: Columbia University Press.

RAWLS, J. (1993). **Political Liberalism**. New York: Columbia University Press.

SANTOS, B. d. (2006). Una nueva cultura política emancipatoria. In **Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires). Buenos Aires.**

SCHMITT, C. (2015). **O conceito do político.** Lisboa: Edições 70.

TAGGART, P. (2000). **Populism (**Vol. III). Buckingham: Open University Press.

RECEBIDO EM: 28/11/2016
APROVADO EM: 29/03/2017

REFUGIADOS, RESPONSABILIDADE E GOVERNANÇA

REFUGEES, RESPONSIBILITY AND GOVERNANCE

Raul Felix Barbosa[1]

Viviane Mozine Rodrigues[2]

RESUMO: Neste estudo analisamos a distribuição de responsabilidade dos estados em relação aos refugiados. Defendemos uma distribuição equitativa e um padrão regulatório para compensar as desigualdades geradas pelo sistema atual. Atualmente, os países do Sul global acolhem a maior parte dos refugiados do mundo. O que é uma incongruência, pois estes países são mais pobres. Discutimos a necessidade de uma governança global dos refugiados e uma responsabilidade compartilhada e igualitária.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Governança; Direitos Humanos; Migrações.

ABSTRACT: In this study, we analyze the distribution of responsibility of States for refugees. We argue an equitable distribution and a regulatory standard to compensate for the inequalities generated by the current system. Currently, the global South countries host most of the world"s refugees. What is an incongruity, as these countries are poorer? We discuss the need for a global governance of refugees and a shared and equal responsibility.

KEYWORDS: Refugees; Governance; Human rights; Migrations.

INTRODUÇÃO

A importância moral de oferecer asilo aos refugiados tem sido um ponto de acordo entre os teóricos políticos durante um largo debate sobre a moralidade dos controles de imigração nos últimos anos. Mesmo estudiosos que defendem o direito dos estados de controlar suas fronteiras ao movimento humano normalmente aceitam que este critério é limitado por obrigações aos refugiados, aos quais estados estão moralmente obrigados a admitir no seu território (MILLER, 2008; WALZER, 2003; WELLMANN; COLE, 2011).

Em contraste, o asilo é uma questão prática altamente controversa para os estados e muitas vezes tratado como inseparável da imigração em geral. Ao longo das últimas duas décadas, os refugiados que procuram proteção nos estados do Norte têm sido

1 Mestrando em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pesquisador do Núcleo de Apoio ao Refugiado do Espírito Santo e do Laboratório de Estudos do Movimento Migratório. raul.felix1@yahoo.com.ar

2 Exonomista, mestra em Planejamento Regional e Gestão de Cidades e Doutora em Ciências Sociais – PUC/SP. vmozine@terra.com.br

confrontados com uma enxurrada de medidas destinadas a impedir a sua chegada, incluindo controles de vistos e sanções, e até mesmo os esforços para interceptá-los em alto mar[3] (GIBNEY, 2004). Os refugiados afortunados o suficiente para chegar até países que podem protegê-los são frequentemente sujeitos a detenção por longos períodos e a vida em campos de refugiados.

Há várias razões para esta lacuna entre o princípio e a prática, a maioria, obviamente, questões políticas onde o estrangeiro é o bode expiatório juntamente a migração econômica. Mas outro fator chave, porém subestimado, é a percepção em muitos países de que a atribuição de responsabilidade entre os estados sobre os refugiados do mundo é injusta. As medidas que visam impedir a chegada dos imigrantes atualmente utilizadas pelos estados do Norte resultam em enormes desigualdades na distribuição de refugiados.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), cerca de dois terços dos refugiados do mundo estão no Sul global, em países em que apresentam baixo Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). O Secretário-Geral da ONU destacou recentemente o fato de que "o fardo de ajudar as pessoas deslocadas à força em todo o mundo é nitidamente desigual [...] [com] os países pobres hospedando muito mais pessoas deslocadas do que os mais ricos" (ONU, 2011, p. 1).

Estas desigualdades não só conduziram alguns estados do Sul a justificar a recusa de entrada de mais refugiados, como contribuíram para a proteção de má qualidade para os refugiados que chegam aos estados sobrecarregados. Nesses casos, esses imigrantes são mais propensos a serem acolhidos em grandes campos e muitas vezes inseguros, onde as suas liberdades básicas estão em risco (LOESCHER; MILNER, 2005).

Ao mesmo tempo, é pouco provável que os estados do Norte abandonem as medidas restritivas, porque acreditam que isso iria levá-los a assumir uma parcela desproporcional dos refugiados do mundo. O desmantelamento das medidas certamente daria origem a um padrão diferente de distribuição dos refugiados, uma vez que novas opções de destino para os refugiados surgiriam. Mas como grandes números de refugiados provavelmente convergiram para os países mais ricos do mundo, novas desigualdades arbitrárias substituiriam as antigas. Nestas circunstâncias, estados do Norte teriam razões legítimas para contestar o novo regime.

Enquanto os teóricos políticos têm considerado as reivindicações morais de refugiados e requerentes de asilo em estados individuais com alguma profundidade, eles têm ignorado a questão de que uma justa distribuição dos refugiados entre os estados seria semelhante. Com poucas exceções (CARENS, 2013), a sua contribuição para questões de justiça entre os estados foi confinada a chamadas um tanto superficiais de medidas para "distribuir os refugiados de boa fé de forma justa" (MILLER, 2011, p. 2033) e para criar sistemas que distribuem os refugiados "em acordo com a capacidade de cada Estado em ajudar" (MILLER, 2011, p. 2033). Pouco progresso até agora foi alcançado em examinar o caráter de desigualdade interestatal, apesar de seu impacto evidente na segurança dos refugiados e sua centralidade para as discussões políticas contemporâneas.

[3] Os atos administrativos do governo de Donald Trump nos EUA em janeiro de 2017 e as atividades da Frontex (agência de fronteiras da União Europeia), ilustram essa situação.

Neste artigo, pretendo analisar essa deficiência. Defendo que uma justa distribuição dos refugiados entre os estados é um objetivo normativo importante e busco repensar os fundamentos normativos do regime global de refugiados. Acredito que, como o desmantelamento de medidas de não chegada não é suficiente para garantir uma justa distribuição dos refugiados entre os estados, uma explicação convincente de que as responsabilidades devem ser compartilhadas entre estados é necessária.

Para este fim, faço três reivindicações aqui. Em primeiro lugar, eu argumento que a definição de "refugiado" deve ser ampliada para além daqueles sujeitos que sofrem perseguição para incluir danos da ação ou omissão por parte dos estados que ponham em causa as necessidades de segurança pessoal ou de subsistência. Segundo, defendo que as atribuições de uma parte dos refugiados para os estados devem basear-se em suas capacidades de integração relativas à população, o produto interno bruto (PIB) e população de refugiados existente. Finalmente, argumento que a justiça distributiva entre os estados deve ser equilibrada com os legítimos interesses dos refugiados no país de destino e o dever dos estados em garantir que eles serão assentados em lugares onde eles possam se integrar.

A discussão nesta parte procede como se segue. Eu começo na primeira parte com uma curta análise das principais características da atual distribuição de refugiados entre estados. Avanço na seção seguinte para considerar as características de uma definição normativamente adequada de um refugiado, argumentando que as tentativas para restringir a designação de "refugiado" para aqueles que enfrentam perseguição estatal não são convincentes.

Na seção três, exploro a controversa questão de como determinar a participação de cada Estado na distribuição dos refugiados, argumentando que o uso de indicadores como PIB e tamanho da população são úteis. Na quarta e última seção, considero com alguma profundidade a questão do que é devido aos refugiados como refugiados. Nesta seção, argumento que aos refugiados é devido mais que um lugar seguro de asilo; os estados têm a responsabilidade de se esforçar para recebê-los nos países onde eles são suscetíveis de se integrar com sucesso. Nessa abordagem, sugiro, exige um sistema internacional que envolve um misto de compensação financeira e redistribuição dos refugiados.

1. O CONTEXTO INTERNACIONAL

Antes de avançar no debate sobre alguns dos desafios éticos da construção de um sistema de distribuição de responsabilidade dos refugiados mais equitativo, é importante esclarecer como funciona a atual distribuição. Como observei anteriormente, uma característica marcante da população de refugiados do mundo é que ela está em sua maioria reunida em estados mais pobres do globo.

De acordo com o relatório de tendências globais do ACNUR (2013), os países em desenvolvimento acolhem mais de 80% de todos os refugiados do mundo (cerca de 8,5 milhões de refugiados), número que é 10% maior do que há uma década. Os dez países que mais recebem refugiados foram em ordem: Paquistão, Irã, Alemanha, Quênia, Síria, Etiópia, Chade, Jordânia, China e Turquia. A Alemanha é o único Estado rico que aparece na lista. Em 2012, os quarenta e nove países menos desenvolvidos deram asilo a 2,5 milhões de refugiados ou 24% do total global (ACNUR, 2013).

Uma possível maneira de justificar essas desigualdades é através da distinção entre os encargos dos países do Sul e do Norte, considerando que os primeiros provêm um acolhimento temporário, enquanto os últimos assumem o trabalho mais oneroso de incorporar os refugiados às suas sociedades. Este contraste parece ser corroborado pelo fato de que muitos dos refugiados do Sul encontram-se em campos de refugiados, ou seja, lugares temporários de residência a partir do qual os refugiados possam voltar para casa depois de um curto período de conflito ou prosseguir para o reassentamento em um terceiro país.

No entanto, esta distinção se desfaz na prática. A vida em um campo de refugiados raramente se limita a um curto espaço de tempo. Os conflitos arrastam-se há muitos anos e o fracasso dos estados de oferecer locais de reinstalação suficientes resultaram em uma situação em que cerca de 54% dos refugiados do mundo tem vivido em campos ou sem condições seguras de asilo por mais de cinco anos (ACNUR, 2013). Assim, enquanto uma distinção de papéis entre estados de acolhimento temporário e de reassentamento não pode ser uma característica de um esquema justo de redistribuição, esta distinção não pode ser legitima devido às desigualdades existentes entre os estados.

Esta distribuição desigual de proteção dos refugiados não surgiu por acaso. Ela reflete o domínio de uma poderosa norma legal internacional para a distribuição de responsabilidades sobre os refugiados entre os estados: o *non refoulement*. Este princípio, que está consagrado na Convenção de Genebra sobre Refugiados de 1951, exige que os estados não devolvam (de qualquer forma) um refugiado para um país que iria persegui-lo. Isso significa, com efeito, que a responsabilidade sobre os refugiados é distribuída entre os estados com base na proximidade: os estados têm obrigações para com os refugiados que chegam ou estão dentro de seus limites territoriais (GIBNEY, 2004).

Mas, mais importante, eles não têm nenhuma obrigação legal de prestar assistência ou proteção aos refugiados para além das suas fronteiras territoriais (especificamente, quando eles não estão sob a sua jurisdição). O Brasil é, portanto, obrigado a conceder refúgio aos refugiados que desembarcam no aeroporto de Guarulhos, por exemplo, mas não tem nenhuma obrigação sobre os refugiados que fluem através das fronteiras terrestres da Síria ou confinados em campos em Burundi. Não há dever de ligação entre os estados para ajudar um outro Estado que se encontra sobrecarregado (GOODWIN-GILL, 1996).

Este princípio na distribuição de responsabilidades exacerba as desigualdades. Como a maioria dos refugiados é oriunda do Sul, são os países do Sul que carregam o peso da responsabilidade, pois, são ao menos em primeira instância o local de primeiro assentamento. Além disso, essas desigualdades são cimentadas pelas medidas que os estados do Norte global usam para impedir que os refugiados entrem no seu território, como os regimes de vistos rigorosos, interceptações e sanções. Estas práticas criam um cordão sanitário em torno de países mais ricos do mundo, mantendo a maioria dos refugiados confinados ao Sul (CHIMNI, 1998; GIBNEY, 2004).

As consequências para os refugiados que procuram asilo fora dos países mais pobres e muitas vezes mais inseguros do Sul são profundas. A dificuldade em alcançar os países do Norte, onde a esperança de encontrar um local de asilo seguro pode alimentar cadeias de contrabandistas de seres humanos e atravessadores, tornando as

viagens mais perigosas, uma vez que rotas mais seguras de entrada são muitas vezes inviáveis. Essas barreiras de entrada tendem a criar estruturas de seleção em relação aos futuros requerentes de asilo, selecionando os mais ágeis (jovens e adultos) e os desacompanhados (solteiros ou famílias sem crianças) e ainda os que dispõem de meios financeiros para pagar os contrabandistas (BLINDER, 2015; VAN HEAR, 2014). Assim, as desigualdades na distribuição de asilo entre os estados fornecem uma restrição poderosa sobre a capacidade dos refugiados em busca de asilo, onde eles poderiam efetivamente encontrar segurança.

Uma maneira óbvia de lidar com as desigualdades existentes entre estados e desigualdades de acesso seria simplesmente (o Norte) desfazer as suas medidas de não chegada. De fato, alguns estudiosos defendem essa medida com o argumento de que estas práticas burlam o princípio do *non-refoulement* e não ajudam aos países do Sul, já sobrecarregados (CHIMNI, 1998). Na ausência das barreiras e restrições que existem atualmente, novos padrões na distribuição global de refugiados se abririam e os encargos sobre estados do Sul seriam reduzidos uma vez que os refugiados teriam outras opções de onde busca asilo.

No entanto, esta mudança pouco contribuiria para garantir que os estados receberiam a sua "justa parte" dos refugiados, porque os novos padrões de assentamento de refugiados não seriam suscetíveis de monitorizar as diferenças relevantes entre os estados. Se algum critério (como o PIB ou a densidade populacional) que não a escolha dos refugiados pelo destino, for relevante para determinar resultados justos, novas distribuições desiguais poderiam surgir. O melhor que pode ser dito é que o conjunto de estados que enfrentam números desproporcionais de refugiados seria agora maior, visto que os estados do Norte se tornaram de mais fácil acesso.

O fato, de um regime mais justo não pode ser garantido através do desmantelamento das medidas de não chegada, o que ilustra a importância de uma explicação convincente de que forma as responsabilidades entre os estados para a proteção dos refugiados devem ser distribuídas. No que se segue, examinarei três desafios. Começo com a necessidade de definir claramente quem deve ser considerado um refugiado e, portanto, elegível para o asilo.

2. QUEM É UM REFUGIADO?

O processo de pensar sistematicamente sobre as responsabilidades de refugiados deve começar com a exploração sobre quem deve ser considerado um refugiado — e, portanto, deve receber asilo — para fins de qualquer esquema de distribuição. Esta questão pode parecer supérflua, dado que temos uma definição legal internacionalmente aceita sobre quem é um refugiado.

Nos termos da Convenção de 1951 sobre refugiados, assinado pela maioria dos estados, um refugiado é alguém fora do seu país de origem, que enfrenta um bem fundamentado medo de perseguição por motivos de raça, religião, opinião política, nacionalidade e filiação a um determinado grupo social. No entanto, quando os teóricos normativos discutem quem é um refugiado, eles tendem a não usar esta definição. Em vez disso, eles adotam uma abordagem mais abrangente, que inclui as vítimas de violência de um tipo mais generalizado e indiscriminado; o tipo de danos que resultam da

guerra, desastres naturais ou a violência estrutural associada com o empobrecimento contínuo.

Por exemplo, em um reconhecido estudo de Andrew Shacknove, argumenta que os refugiados são "em essência, as pessoas cujas necessidades básicas não são protegidas por seu país de origem, que não possuem outra opção que não recorrer à reparação internacional das suas necessidades, e são situadas de forma a que a restituição internacional é possível" (1985, p. 277). A definição de Shacknove, desta forma, reconhece como o refugiado surgiu a partir de uma ruptura do "vínculo político" — ou o contrato social — entre o indivíduo e o Estado, no centro do governo legítimo (1985, p. 275). Ele argumenta que esta ruptura pode ocorrer por causa da perseguição. Mas também poderia resultar de qualquer falha de um Estado em garantir as necessidades básicas das pessoas sob a sua proteção. Com o colapso do vínculo, ele acredita, é um dever da sociedade internacional para fornecer proteção (asilo) para o indivíduo em questão.

Outros, como David Miller (2008), David Owen (2010), Alex Betts (2013) e Matthew Gibney (2004) fornecem definições de refugiados semelhantes e expansivas. Em vez de enfatizar as razões pelas quais os direitos humanos de um indivíduo foram violados (por exemplo, a perseguição) na determinação do Refugiado, estes estudiosos têm visto o núcleo moral da condição de refugiado simplesmente na necessidade de proteção. Como Betts (2013, p. 19) observa, "a atribuição de asilo não deve basear-se em privilegiar as causas particulares de deslocamento [...], mas sim no limiar subjacente dos direitos humanos".

De acordo com estes estudos, proponho definir o refugiado aqui como alguém que requer a proteção substituta de um novo Estado porque seus direitos humanos não podem ou não são protegidos por seu Estado de filiação ou de residência habitual. Mas essa definição inclusiva não é incontroversa, porque ele molda em formas desafiadoras o tamanho do conjunto de pessoas que precisam ser distribuídas entre os estados. Existiam cerca de 17,2 milhões de refugiados no mundo em 2012. Se, no entanto, usamos uma definição mais ampla (inclusive de outros tipos de migrantes forçados), como os teóricos normativos fazem, o número pode subir para até 35,8 milhões de pessoas (ACNUR, 2013).

Como os estados são muitas vezes relutantes em aceitar até mesmo os refugiados amparados pela Convenção de 1951, é importante explorar os fundamentos normativos para uma definição de refugiado ainda mais inclusiva antes de refletir sobre os critérios que determinam a distribuição entre os estados. Para este fim, avalio a adequação dos três argumentos normativos que têm sido feitos por estudiosos para abranger no termo "refugiado", outras categorias de migrantes forçados não previstas na Convenção de 1951.

O primeiro argumento é de que o refugiado contemplado pela Convenção de 1951 é distintivo porque ele é mais ameaçado do que outros grupos de migrantes forçados. Uma característica-chave da ONU para refugiados é que ele não é simplesmente uma vítima da insegurança geral, mas é especificamente perseguido por motivos de raça, religião, etc. O especialista em direito internacional James Hathaway tem defendido esta posição. Ele argumentou que devemos prestar atenção especial aos refugiados da Convenção, porque eles são menos propensos do que outros migrantes forçados a encontrar proteção em seu país de origem. De acordo com Hathaway, o fato de sua

marginalização social (isto é, eles são perseguidos por motivos de raça, religião, etc.) faz com que o refugiado da Convenção de Genebra seja "o mais merecedor dos merecedores" entre os migrantes forçados (HATHAWAY, 1997, p. 86).

Mas este argumento parece fraco. Imaginemos a Síria contemporânea e duas pessoas vão para a porta da casa de uma terceira pessoa para fazer uso do seu abrigo de bomba: um é um jornalista que se manifestou contra o regime de Al-Assad e está fugindo do governo; o outro é um professor da Síria, fugindo da luta entre forças do governo e rebeldes. O dono do abrigo anti-bombas só pode admitir uma pessoa para a proteção em sua casa? Ambos estão em sério risco, um é vítima de perseguição, o outro de luta indiscriminada. Se adotarmos a posição de Hathaway, temos razão para abrigar o jornalista e afastar o professor, porque eles diferem em suas perspectivas de receber ajuda em algum momento no futuro. Mas essa perspectiva teórica poderia condenar a morte ao professor que está em meio aos confrontos.

O que é moralmente relevante para decidir quem precisa de proteção como refugiado, não é certamente, se alguém é provável de nunca estar em uma situação onde será capaz de buscar apoio dentro de seu próprio estado. É se eles vão estar nessa situação antes de sua vida ou interesses fundamentais serem irremediavelmente danificados. Muitos migrantes forçados não deixaram suas sociedades que estão implodindo devido ao conflito civil ou estão sendo devastadas por empobrecimento econômico. Essas sociedades são incapazes de fornecer-lhes proteção ou abrigo quando eles precisam. Dada a sua atual necessidade urgente, o fato de que essas sociedades podem ser capazes de ajudar essas pessoas em algum momento no futuro, é discutível. Invertendo o dito por Keynes: no curto prazo, eles podem ser mortos.

A segunda alegação é que os danos enfrentados pelo refugiado da Convenção de 1951 são mais socialmente consequentes do que aqueles associados com os outros migrantes forçados. Neste argumento, o que é relevante não é o mal da perseguição ao indivíduo refugiado, mas os danos que são gerados para a sociedade como um todo pela perseguição. A analogia apropriada para o refugiado da Convenção sobre essa matéria é vítima de crimes de ódio (HATHAWAY, 1997).

Os crimes de ódio são crimes por motivos de raça, sexo, outras características atribuídas, etc. Eles são tratados, em muitos estados, de forma diferente de crimes aleatórios ou individualmente motivados por causa de suas conseqüências funestas para a segurança geral e bem-estar de grupos sociais e étnicos em uma sociedade. O dano e efeito de tais crimes são profundos, porque muitas vezes têm como objetivo excluir algumas pessoas por meio de intimidação do diálogo democrático liberal (WALDRON, 2012).

Este argumento pode certamente servir para fundamentar o refugiado da Convenção de 1951 como uma categoria distinta de migrante forçado. No entanto, eu não acredito que ele suporta restringir os participantes em sistemas de distribuição de refugiados para refugiados da Convenção.

O argumento final é que as necessidades dos refugiados e outros migrantes forçados são diferentes. Este é um argumento que, Matthew Price (2009) usou para defender o caráter distintivo dos refugiados amparados pela Convenção de 1951. Em *Rethinking Asylum*, ele argumenta que, ao contrário dos migrantes forçados, os refugiados precisam receber uma nova cidadania em um novo Estado, porque eles foram perseguidos

em seu antigo. Ao invés, as necessidades dos migrantes forçados, na melhor dos cenários, podem se resumir a uma proteção temporária antes de voltar ao seu local de origem.

Como uma afirmação empírica, a posição de Price parece intuitivamente plausível. Os regimes persecutórios podem durar por muitos anos, ao passo que um evento natural catastrófico, como um terremoto, ou mesmo uma onde de fome pode acabar em meses. Muitos líderes tirânicos, como Saddam Hussein, se mantiveram no poder por décadas. E derrubá-los através de uma intervenção externa é uma iniciativa altamente controversa e difícil. Uma nova cidadania pode, assim, ser necessária para os inimigos e opositores de tais regimes.

O problema é que se pode facilmente pensar em exemplos contrários. Refugiados amparados pela Convenção de 1951 são frequentemente "produzidos" por regimes em seus últimos dias (veja Líbia sob Gaddafi) e as guerras (e insegurança generalizada) podem se arrastar por muitos anos, como podem gerar mais pobreza. Na verdade, o tipo de violência generalizada e empobrecimento que dão origem aos migrantes forçados muitas vezes são rastreáveis até a má governança. E se os maus governos são suscetíveis de ser de longa duração, por isso, são as características que fluem a partir deles. Além disso, destituir regimes tirânicos (que geram os refugiados aparados pela convenção) é difícil, não sendo muito mais fácil para os estados intervir em guerras civis, uma das principais causas de migrantes forçados.

De fato, os acontecimentos que provocam o surgimento dos "refugiados da convenção" na realidade estão reconhecendo a própria Convenção dos Refugiados. Enquanto Price (2009) fala da condição de refugiado como pertencimento e cidadania, a posição dos redatores da Convenção da ONU foi algo mais sutil. Eles incluíram uma "cláusula de cessação", permitindo que o status de refugiado possa ser retirado se as circunstâncias que deram origem a ele (por exemplo, um governo tirânico) chegaram ao fim (GOODWIN-GILL, 1996). É evidente que nem sempre se entende as solicitações de refugiados como solicitações de cidadania.

Mas talvez Price (2009) esteja insinuando uma distinção mais profunda entre os "refugiados da convenção" e migrantes forçados. A perseguição por um Estado pode levar a uma sensação de alienação e desconfiança por parte do refugiado, tão profunda que não devemos esperar que eles voltassem para casa, mesmo depois das circunstâncias mudarem.

Muito judeus retornaram à Alemanha após a Segunda Guerra Mundial e teria sido injusto exigir que o fizessem, não importa o quanto o país virou as costas para seu passado nazista. Qualquer vínculo de confiança entre os refugiados e o país foi completamente destruído, não apenas por causa do comportamento do Estado alemão, mas também por causa da cumplicidade do público alemão em geral. Como Judith Shklar (1998, p. 50) argumentou, os judeus "foram traídos em ambos os níveis, excluídos do civil, não menos do que da sociedade política". A experiência da perseguição fez desses refugiados efetivamente apátridas, exigindo de outros países a concessão de cidadania.

Acredito que a possibilidade de alienação e desconfiança pode indicar uma distinção significativa que existe entre os dois grupos. Mas não se deve exagerar em seu significado. Por um lado, os "refugiados da Convenção" são muitas vezes ansiosos para voltar para casa quando as condições mudarem, e não só porque alguns países de

asilo os pressionam por fazê-lo. Além disso, como Megan Bradley (2014) argumenta, ao tratar os refugiados como apátridas corre-se o risco de pintá-los simplesmente como vítimas e minando o seu direito de serem reintegrados como cidadãos plenos de volta ao Estado que originalmente os expulsou. Por outro lado, a violência generalizada ao forçar experiências de migração também pode alienar os indivíduos de seu país de origem de uma forma que torna a reintegração impossível e uma nova cidadania necessária. A guerra, as suas consequências e as memórias podem ser traumáticas em seus efeitos e podem romper qualquer conexão real junto ao país de origem.

Em suma, essa discussão ajuda a esclarecer que, se um adota a definição normativamente plausível de refugiado como alguém que requer a proteção substituta de um novo Estado porque seus direitos humanos fundamentais não podem ou não são protegidos em casa. Outros grupos de migrantes forçados, incluindo aqueles que fogem da violência ou privação econômica severa, também podem ser refugiados e tenha o direito de asilo sob certas circunstâncias.

Claro, isso não significa que todos os sujeitos cujos direitos humanos são violados sejam refugiados. Pessoas que podem ser protegidas por seu próprio Estado — como vítimas de desastres naturais e pobreza — não tem direito de asilo se os estados estão dispostos e são capazes de ajudá-los onde eles estão. Mas se essa ajuda não é considerada pela comunidade internacional como iminente e as pessoas em causa vão em busca de proteção internacional dos seus direitos humanos, elas têm uma reivindicação legítima de asilo que os estados não devem ignorar. Tais pessoas serão, assim, parte do conjunto dos refugiados que precisam ser distribuídos entre os estados em qualquer esquema.

3. O QUE É UMA "PARTE JUSTA"?

Supondo que se possa chegar a um acordo sobre quem deve ser reassentado — distribuído — Entre os estados, se faz necessário um padrão para determinar ações justas a partir da qual as quotas de cada Estado podem ser derivadas. Embora se tenha assumido que a distribuição atual de refugiados entre os estados é moralmente problemática, é preciso detalhar exatamente porque isso ocorre.

Aqui nos deparamos com problemas, porque há uma série de potenciais candidatos para a determinação da "parte justa". Um padrão para as responsabilidades (quotas) de estados a serem determinadas pela igualdade numérica. Nesta abordagem, cada Estado terá um número igual de população de refugiados. Por exemplo, os EUA seriam responsáveis por cinquenta mil refugiados, Quênia cinquenta mil e Luxemburgo igualmente. Segundo este princípio, a injustiça da atual distribuição mundial de refugiados pode ser claramente observada. Esta norma tem a vantagem da simplicidade e clareza.

Há uma objeção óbvia à abordagem da igualdade numérica, no entanto, ela não leva em conta os custos relativos aos estados referentes ao assentado e ao reassentamento dos refugiados. Os desafios, por exemplo, para os EUA de levar cinquenta mil refugiados são muito diferentes do que para um país pequeno como o Luxemburgo ou o Lesoto. Para resolver este problema, há uma forte razão para considerar as capacidades de integração do Estado em determinadas ações. Um padrão comum poderia recorrer ao PIB de cada país para determinar o número de refugiados a serem reassentados.

A suposição é de que os estados mais ricos são geralmente mais capazes de suportar os custos de acolhimento e integração dos refugiados. Outro padrão seria considerar a população geral para depois determinar a população de refugiados que poderia ser recebida. Esse padrão parte do pressuposto de que o acolhimento aos refugiados geraria entre a população local um efeito transformador menor ou equilibrado.

O ACNUR fornece estatísticas de acordo com ambas as normas (o PIB e da população total). Em ambos os casos ainda haveria uma sobrecarga no número de refugiados recebidos por países do Sul Global. Em termos de refugiados por um dólar do PIB, o Paquistão, a Etiópia, o Quênia, o Sudão do Sul e o Chade estão no topo; em termos de população total (número de refugiados por mil habitantes), estão a Jordânia, Chade, Congo, Líbano e Síria (ACNUR, 2013).

Quatro países (Chade, Jordânia, Sudão do Sul e Quênia) estão entre os dez principais países de acolhimento dos refugiados, tanto em termos de PIB e da população total (ACNUR, 2014). Existem outros padrões objetivos, que também podem ser usados como uma alternativa para (ou em conjunto com) estes, tais como o nível de desemprego de um Estado ou sua densidade populacional. Mas a maioria dessas normas também ilustra que são os países do Sul que hospedam um número maior de refugiados.

Pode-se estender a busca incluindo mais fatores subjetivos que afetam a capacidade de integração dos estados. Por exemplo, a capacidade de um Estado em aceitar refugiados pode ser influenciada pelo nível de racismo entre sua população, a sua experiência anterior de integração de não-cidadãos e preferências da comunidade para tipos específicos de refugiados Esses fatores são quase impossíveis de medir com qualquer grau de precisão (um perigo fatal desde que buscamos um padrão universal para os estados) e tendem a nos dizer mais sobre a vontade de um Estado (ou a população dele) para levar os refugiados do que a sua real capacidade de fazê-lo. Considerações como o racismo entre a população são melhores vistas como razões que possam impedir um Estado de tomar uma parte equitativa em vez de considerações que determinam o que é uma parte equitativa.

O potencial para o debate sobre o que os indicadores devem ser usados para determinar as ações justas dos estados o que levou David Miller a sugerir que há espaço para um "desacordo razoável entre os estados sobre a questão" (MILLER, 2011, p. 2033). Como consequência, os estados individuais devem receber, argumenta ele, considerável autonomia para decidir (usando seus próprios critérios) quantos refugiados vão aceitar. Esta posição parece endossar o *status quo* em termos de distribuição de refugiados.

Pensamos que a conclusão de Miller é demasiado pessimista. Debates reais sobre a admissão de refugiados quase sempre recorrem a uma das três considerações: números totais, o PIB e tamanho da população. Como vimos, estes são os mesmos padrões que o ACNUR vê como importante o suficiente para incluir em seus relatórios. A falta de consenso sobre quais padrões utilizar não deve ser exagerada. Além disso, todas essas formas de medir o "fardo" a ser carregado por cada país, parecem contar uma história semelhante: Os países do Sul acolhem uma quota desordenada da população de refugiados do mundo. Para estarmos seguros, as quotas dos estados individuais mudam um pouco, dependendo de qual norma específica que usamos. Mas elas não mudam muito. Os estados, pensamos, não podem estar razoavelmente em desacordo com

uma proposta que equilibre os três padrões principais — população, PIB e população de refugiados — em conjunto para determinar suas ações, sobretudo tendo em conta a perversidade da distribuição atual.

4. O QUE É DEVIDO AOS REFUGIADOS ENQUANTO REFUGIADOS?

Temos até o momento considerado dois desafios que surgem da criação de um sistema de proteção dos refugiados justo entre os estados: o problema da definição de quem é um refugiado e o que determina uma parte equitativa. Queremos nos voltar para o final e, sem dúvida, o maior desafio: conciliar um sistema entre estados com respeito às exigências morais pelos refugiados. Vamos supor que possamos alcançar um acordo sobre a definição de refugiado normativamente defensável e que possamos construir uma divisão de ações justas para cada Estado.

O que faremos a seguir? De acordo com estudiosos como Owen e Miller, precisamos deslocar os refugiados entre os estados de tal forma que cada país receba uma cota justa de pessoas. Em uma modificação a esta abordagem, Peter Schuck (1997) propôs um sistema de mercado em que os estados poderiam negociar suas cotas com outros estados, possibilitando a alocação mais eficiente dos refugiados de acordo com as preferências de cada governo, bem como uma abertura de disponibilidade de asilo. Deixando de lado essa modificação, um componente essencial de cada uma dessas propostas é o mesmo: que os refugiados devem ser enviados para onde sua recepção promova uma distribuição equitativa entre os estados.

Para mesclar os refugiados entre os estados dessa maneira envolve, na prática, ignorar as preferências subjetivas dos refugiados, para onde eles realmente gostariam de solicitar asilo. Esta é, com certeza, uma escolha primordial do refugiado, justificada pelo anseio de encontrar asilo em um local seguro e em que possa se integrar. A justiça distributiva para os estados, como já afirmei, está intimamente ligada à justiça na prestação de asilo para refugiados.

Mas os refugiados serão tratados em grande parte com pouco interesse aonde eles estiverem e não terão muito além da garantia de segurança básica. Isso porque se os refugiados foram autorizados a fazerem suas próprias escolhas, uma distribuição justa seria prejudicada. Se a Finlândia tem de cumprir a sua quota, os refugiados da Somália seriam obrigados a ir para lá, independentemente de qualquer preferência que possam emitir sobre o Quênia, a Austrália ou os EUA.

Então, o que podemos dizer? Os refugiados não têm direito moral de receber asilo onde querem; eles têm o direito apenas de proteção em um país seguro. Em outras palavras, os refugiados têm direito apenas a um lugar em que os seus direitos básicos sejam respeitados e eles estejam protegidos contra o *refoulement* (regresso). Certo número de teóricos políticos tem defendido recentemente esta posição. De acordo com Owen (2010, p. 108), por exemplo, é "admissível negar aos refugiados o direito de escolher o país de destino final, dada a importância da criação de um regime que possua melhores termos de justiça distributiva e processual".

David Owen (2010, p. 110) sugere, "o direito de um Santuário aos refugiados [...] não implica o direito de residência em um Estado de sua escolha, mas sim simplesmente designa um direito em algum Estado que não é o seu próprio". Joseph Carens (2013, p.

216) afirma que "os refugiados têm o direito moral de um lugar seguro para viver, mas eles não têm um direito moral de escolher onde será". Uma suposição comum desses teóricos é que o que moralmente separa refugiados de imigrantes é simplesmente que os refugiados não têm a proteção de um Estado. Enquanto a proteção do Estado substituto for encontrada, os refugiados não têm mais forte reivindicação moral para residir no país de sua escolha do que qualquer outro imigrante (e a discussão normativa dos refugiados normalmente começa com uma suposição de que os estados não têm a obrigação de abrir suas fronteiras a todos os imigrantes que aspirem viver em seu território).

Garantir o direito de escolha aos refugiados e a viabilidade de um esquema de distribuição justo representa uma equação desafiadora. Muitos países no mundo encontram dificuldades para garantir a segurança básica dos seus cidadãos e outros tantos violam os seus direitos fundamentais. Esses países provavelmente precisam ser excluídos do grupo de estados que concedem asilo. Não é necessário dizer que os governos, as organizações de direitos humanos e os tribunais muitas vezes têm visões muito diferentes sobre como os países são capazes de oferecer uma proteção eficaz aos refugiados.

Mas o que é válido na premissa de que tudo o que é devido aos refugiados como refugiados é um lugar seguro e necessidades de segurança individual atendidas? Tão rapidamente como defensores normativos de sistemas de distribuição de refugiados fazem esta afirmação, eles recuam a partir dela. Estudiosos em geral admitem que os refugiados não podem ser tratados simplesmente como indivíduos em busca de segurança, mas são membros de famílias e essa relação deve ser considerada no processo de distribuição (CARENS, 2013; KUOSMANEN, 2012).

Mas mesmo com essa concessão, a visão de que a única dimensão moralmente relevante da situação de um refugiado é sua falta de proteção física é duvidosa. Como é evidente diariamente nas arriscadas viagens — a partir de Calais para Londres; de Roma a Estocolmo; de Jacarta até a Austrália — onde muitas vezes consideram seguir para o país de escolha, mesmo depois de atingir países seguros, os refugiados muitas vezes têm fortes preferências (ou algo contra) a determinados países.

Eles normalmente querem estar em países onde sua etnia ou compatriotas já estão assentados; onde existem oportunidades de praticar a sua religião e tradições culturais, sem hostilidade e onde os mercados de trabalho locais são receptivos às suas competências e habilidades. Seu desejo de escolha reflete seu interesse em integrar com sucesso uma nova sociedade. Sua necessidade de integração pode não ser tão urgente como sua necessidade de segurança física, mas é fundamental que os refugiados recebam um acolhimento digno e se sintam satisfeitos com o local de asilo.

Os especialistas que escrevem sobre esquemas de alocação de refugiados têm encontrado dificuldades para descartar completamente esse interesse sobre o país de integração. Carens (2013, p. 213) nega que os refugiados possuem o direito de escolher seu local de asilo, mas admite que os refugiados têm "o direito a expectativa" de receberem asilo "com outros que têm origens e experiências semelhantes e que podem fornecer apoio mútuo e um senso de comunidade".

Apesar de uma defesa robusta dos esquemas de "comércio" de refugiados, Kuosmanen (2012, p. 109) sugere que "oportunidades significativas de praticar a

própria religião, expressar a cultura e desenvolver capacidades para participar de atividades" são interesses importantes e legítimos. Os estados podem, assim, "em determinadas circunstâncias" ter "obrigações de justiça ou outras obrigações morais" de tomar esses interesses em consideração para determinar o local apropriado do asilo.

A credibilidade da alegação de que os deveres para com os refugiados se estendem para além de um asilo seguro se torna contraditória se a responsabilidade da comunidade internacional aos refugiados é considerada, de certa forma análoga à responsabilidade do Estado para crianças abusadas e maltratadas na sociedade doméstica. Diante a uma criança em perigo pelo abuso dos pais ou negligência — um colapso no funcionamento normal da instituição da família — revela o dever imediato do Estado em remover a criança do perigo, talvez, colocando-a em segurança.

No entanto, uma vez que a criança tenha encontrado segurança, cabe ao Estado encontrar arranjos definitivos (como a adoção) que melhor promovam o bem-estar a longo prazo da criança. Ideal seria que os funcionários do Estado, tivessem em conta as experiências pessoais da criança, as origens culturais e étnicas, as necessidades especiais, a disponibilidade de diferentes opções e até mesmo as próprias preferências da criança para determinar o local apropriado. O refugiado — como custódia da comunidade internacional — pode ser conceituado de forma análoga. O fornecimento de acesso a um asilo seguro é o dever mínimo e mais importante da comunidade internacional. Mas os estados também têm o dever de procurar maneiras de reassentar os refugiados em países onde possam se integrar.

Nos últimos anos, os cientistas sociais têm questionado explicações para o movimento de refugiados, argumentando que essas explicações ignoraram a maneira como os refugiados são muitas vezes gerados por estados externos através do seu apoio a regimes corruptos ou violentos, instituições internacionais que criam ou exacerbam a pobreza internacional ou intervenções militares (MARFLEET, 2006; ZOLBERG et al., 1992). De forma correspondente, uma série de teóricos têm sugerido que o asilo deveria, em alguns casos, ser repensado como uma forma de reparação por danos causados por estados individuais, grupos de estados ou da comunidade internacional aos refugiados (GIBNEY, 2004; SOUTER, 2014).

Exatamente, quais são os danos associados a um refugiado? Ser um refugiado não é simplesmente ser um indivíduo que perdeu a proteção de seus direitos básicos; é ser alguém privado de seu mundo social. É ser alguém que tenha sido deslocado das próprias comunidades, associações, relações e contexto cultural que moldaram a identidade em torno do qual o próprio plano de vida até agora tem sido organizado. Não é surpresa, então, que os refugiados muitas vezes descrevam a sua experiência com confusão, desapropriação e impotência.

Neste sentido mais amplo, aquilo que os refugiados perderam é relevante para como podemos conceituar asilo como reparação. Se o asilo é uma forma de compensação para as perdas sofridas por abuso estatal, negligência ou ineficácia, então, deve oferecer ao refugiado não só a segurança física e os direitos fundamentais, mas também um lugar onde ele possa reconstruir um mundo social significativo. E não podemos ignorar o fato de que, para qualquer refugiado, este ato de reconstrução vai ser mais fácil em alguns países do que em outros.

O que faz um país de asilo adequado depende dos refugiados em questão. Para muitos palestinos, por exemplo, a proximidade física à sua antiga terra natal (em países como Jordânia e Líbano) tem sido essencial para a continuação da luta política que dá sentido ao seu exílio, lembrando Israel que a situação palestina não está resolvida. Qualquer tentativa de reassentar palestinos a partir desta área, a fim de alcançar a equidade internacional seria suscetível de ser interpretada como uma espécie de movimento forçado.

Este interesse dos refugiados em obter sucesso na tentativa de integração legitima a possibilidade de escolher o país de asilo? Certamente, o refugiado é provavelmente quem está melhor posicionado para julgar o país onde poderia reconstruir seu mundo social. Além disso, o próprio ato de escolha pode ser uma forma de capacitar as pessoas que, nas palavras de Arendt, "foram privadas de um lugar no mundo onde as suas opiniões são importantes e as suas ações eficazes" (ARENDT, 2006, p. 296).

Os refugiados podem, por exemplo, se consultados sobre quais características de um país de asilo são mais importantes para eles e tai características poderiam ser acopladas em um sistema de distribuição de asilo. Alternativamente, aos refugiados pode ser oferecida uma gama limitada de diferentes países de asilo para escolha (HEYWARD; ODALEN, 2013, p. 19).

O problema é, naturalmente, ter em conta as questões de riscos da integração minando a justiça distributiva entre estados, dado que torna mais provável que alguns estados serão favorecidos em detrimento de outros. É por isso que é tentador operar com a visão diminuída de que os refugiados ou aceitam ou são devolvidos. Existe uma maneira de resolver essa questão? A resposta óbvia é compensar aqueles estados que tomam a sua "parte justa" dos refugiados porque demonstram ser um destino popular. Essa compensação poderia ser financeira ou envolver algumas das outras responsabilidades do Estado para com os refugiados (HEYWARD; ODALEN, 2013). De qualquer forma pode-se alcançar a justiça entre estados através de um sistema comum, mas diferenciado de responsabilidade pelos refugiados, onde os estados com menor número de refugiados do que a sua quota poderia compensar aqueles com mais.

Há algo assombroso sobre esta conclusão. Parece que retornamos para o lugar onde começamos: com as desigualdades substanciais no número de refugiados entre estados, embora agora amadurecida com alguma compensação. Mas a justificativa para essas novas desigualdades seria substancialmente diferente. As atuais desigualdades na distribuição de refugiados surgem em grande parte por causa das diferenças entre os estados em sua capacidade de impedir que refugiados entrem no seu território, as diferenças associadas à localização geográfica e a eficácia das medidas de controle. As novas desigualdades, no entanto, seriam uma consequência de estados que reconhecem tanto que a justiça distributiva entre estados é uma meta importante como que os refugiados possuem o legítimo direito de escolher onde querem solicitar e receber asilo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso objetivo neste estudo foi analisar algumas questões fundamentais suscitadas pela questão da justiça na distribuição de refugiados entre estados. Como um número de teóricos políticos tem notado, considerando as deficiências óbvias na distribuição

atual da responsabilidade pelos refugiados, fazer uma partilha de encargos entre estados é altamente atraente de um ponto de vista normativo. No entanto, como já mostrado aqui, a análise das questões associadas com a justiça entre estados na distribuição de refugiados — O que é um refugiado? Qual é o critério para uma distribuição justa? O que é devido aos refugiados como refugiados? — Gera questões controvérsias que de modo algum são resolvidas.

Tentamos oferecer normativamente possíveis respostas a estas perguntas. Mas é evidente que as respostas que fornecemos possuem de modo alguma garantia de serem politicamente atraentes. Os governos não são suscetíveis de adotar uma definição mais ampla sobre quem é refugiado da que é oferecida atualmente pelo direito internacional; os estados mais ricos que são em grande parte isentos de um grande número de pedidos de asilo são suscetíveis de contestar os critérios em que os refugiados devem ser distribuídos; e os estados que seriam os destinos mais populares de asilo, na escolha dos refugiados, seriam prejudicados com um arranjo que permitisse aos refugiados a escolha de onde serem reassentados.

As responsabilidades da moral não são, com certeza, garantia de que sejam aceitas. No entanto, o sistema internacional atual de distribuição de refugiados tampouco parece ser politicamente viável. Como experiências recentes têm mostrado, mesmo os estados mais ricos e tecnologicamente sofisticados dependem da cooperação de outros estados para que possam exercer o controle sobre o número de pedidos de asilo que recebem e, assim, moldar o asilo como uma questão de política interna.

Em meio a essa interdependência desconfortável entre estados mais ricos e mais pobres sobre os refugiados, a questão da justiça interestatal — no entanto, grosseiramente ou tendenciosamente articulada — parece destinada a ser um problema contínuo e central.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. **UNHCR Global Report 2014.** 2014. Disponível em: <http://www.unhcr.org/gr14/index.xml>. Acesso em: 01.º jun. 2016.

____. **UNHCR Global Trends 2013.** 2013. Disponível em: <http://www.unhcr.org/statistics/country/5399a14f9/unhcr-global-trends-2013.html>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ARENDT, Hannah. **As Origens do Totalitarismo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

BETTS, Alexander. **Survival Migration.** Nova York: Cornell University Press, 2013.

BLINDER, Scott. **Migration to the UK:** Asylum. 2015. Disponível em: <http://www.migrationobservatory.ox.ac.uk/sites/files/migobs/Briefing - Migration to the UK - Asylum_0.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

BRADLEY, Megan. Rethinking refugeehood: statelessness, repatriation, and refugee agency. **Review of International Studies,** [s.l.], v. 40, n. 01, pp.101-123, 11 fev. 2013. Cambridge University Press (CUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1017/s0260210512000514>. Acesso em:

CARENS, Joseph. **The Ethics of Immigration.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

CHIMNI, B. S. The Geopolitics of Refugee Studies: A View from the South. **Journal of Refugee Studies,** [s.l.], v. 11, n. 4, pp. 350-374, 1 jan. 1998. Oxford University Press (OUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1093/jrs/11.4.350-a>. Acesso em:

GIBNEY, Matthew. **The Ethics and Politics of Asylum.** Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

GOODWIN-GILL, Guy. **The Refugee in International Law.** Oxford: Claredon Press, 1996.

HATHAWAY, James C.; NEVE, Alexander. Making International Refugee Law Relevant Again: a Proposal for Collectivized and Solution-Oriented Protection. **Harvard Human Rights Journal,** [s.i], v. 1, n. 10, pp.115-211, ago. 1997.

HEYWARD, Clare; ODALEN, Jorgen. **A New Nansen Passport for the Territorially Dispossessed.** 2013. Disponível em: <http://www.statsvet.uu.se/digitalAssets/443/443604_32013_3.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2016.

KUOSMANEN, Jaakko. What (If Anything) Is Wrong with Trading Refugee Quotas? **Res Pública,** [s.l.], v. 19, n. 2, pp. 103-119, 25 set. 2012. Springer Science + Business Media. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1007/s11158-012-9198-y>. Acesso em:

LOESCHER, Gil; MILNER, James. **Protracted Refugee Situations**. Abingdon: Routledge, 2005.

MARFLEET, Phillip. **Refugees In a Global Era.** Houndmills: Palgrave Macmillan, 2006.

MILLER, David. David Owen on global justice, national responsibility and transnational power: a reply. **Review of International Studies,** [s.l.], v. 37, n. 04, pp. 2029-2034, 21 set. 2011. Cambridge University Press (CUP). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1017/s0260210511000520>. Acesso em:

____. **National Responsibility and Global Justice.** Oxford: Oxford University Press, 2008.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU) . **Meetings Coverage and Press Releases.** 2011. Disponível em: ‹http://www.un.org/press/en/2011/sgsm13651.doc.htm›. Acesso em: 11 jun. 2016.

OWEN, David. Global justice, national responsibility and transnational power. **Review of International Studies,** [s.l.], v. 36, n. 1, pp. 97-112, out. 2010. Cambridge University Press (CUP). Disponível em: ‹http://dx.doi.org/10.1017/s0260210511000118›. Acesso em:

PRICE, Matthew. **Rethinking Asylum.** Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SCHUCK, Peter H. Refugee Burden-Sharing: A Modest Proposal, Fifteen Years Later. **Yale Journal of International Law,** [s.i], v. 1, n. 22, pp. 1-44, jun. 1997.

SHACKNOVE, Andrew E.. Who Is a Refugee? **Ethics,** [s.l.], v. 95, n. 2, pp. 274-284, jan. 1985. University of Chicago Press. Disponível em: ‹http://dx.doi.org/10.1086/292626›. Acesso em:

SHKLAR, Judith. **Political Thought and Political Thinkers.** Chicago: University Of Chicago Press, 1998.

VAN HEAR, N. Refugees, Diasporas and Transnationalism. In: FIDDIAN-QASMIYEH, Elena et al. (Eds.). **The Oxford Handbook of Refugee and Forced Migration Studies.** Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 546-567.

WALDRON, Jeremy. **The Harm in Hate Speech.** Cambridge: Harvard University Press, 2012.

WALZER, Michel. **Esferas da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WELLMAN, Christopher Heath; COLE, Phillip. **Debating the Ethics of Immigration.** Oxford: Oxford University Press, 2011.

ZOLBERG, Aristide R.; SUHRKE, Astri; AGUAYO, Sergio. **Escape From Violence.** Oxford: Oxford University Press, 1992.

RECEBIDO EM: 11/10/2016
APROVADO EM: 21/03/2017

DAS RESTRIÇÕES ESTATAIS AO DIREITO FUNDAMENTAL À LIVRE INICIATIVA

STATE RESTRICTIONS ON THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREE ENTERPRISE

Ana Paula da Silva Liberalino[1]

Marcelo Lauar Leite[2]

RESUMO: A livre iniciativa — ou liberdade econômica — apesar de estar expressamente prevista como fundamento da Ordem Econômica Brasileira, no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal, é, por vezes, mencionada — pela doutrina e jurisprudência — como um princípio. Além desse embaraço de conceitos jurídicos, há pouco desenvolvimento científico acerca do que é a livre iniciativa e, consequentemente, baixa garantia desse direito constitucional. Indaga-se: o que é a liberdade econômica e quais prerrogativas individuais esta compreende? Em face de quê ou de quem se exerce tal direito constitucional? Este possui limitações? Se sim, em quais hipóteses? Para responder tais questões, essa pesquisa investigará o conceito de livre iniciativa, o qual será perseguido através da exposição de aspectos históricos e evolutivos da noção de liberdade econômica, à luz do ordenamento jurídico brasileiro e comparado. Analisar-se-á as prerrogativas que a livre iniciativa compreende, ou seja, quais são os direitos individuais por ela abrangidos. Em seguida, averiguar-se-á a natureza jurídica da liberdade econômica no sistema normativo do Brasil e, por fim, em quais hipóteses tal direito constitucional pode ser limitado pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVE: Livre iniciativa; conteúdo; natureza jurídica; direito constitucional; restrição estatal.

ABSTRACT: Free enterprise - or economic freedom - despite being expressly provided as the foundation of the Brazilian economic order, in the caput of artigo 170 of the Federal Constitution, is sometimes mentioned - by the doctrine and jurisprudence - as a principle. In addition to this embarrassment of legal concepts, there is little scientific development of what is free enterprise, and, therefore, low guarantee to this constitutional right. The question proposed: what is economic freedom and which individual prerogatives comprises this? In the face of what or who is exercised this constitutional right? This has limitations? If yes, in which cases? To answer these

1 Graduanda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA). Membro dos grupos de pesquisa da UFERSA: Teoria Geral do Direito e Estudos Clássicos (GTDEC) e Relações jurídicas e atividade econômica. anplib@gmail.com

2 Advogado. Professor Assistente-A do Curso de Direito da UFERSA. Bacharel e Mestre pela UFRN. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Coimbra. marcelo.lauar@ufersa.edu.br

questions, this research will investigate the concept of free enterprise, which will be pursued through the exhibition of historical and evolutionary aspects of the notion of economic freedom in the light of the Brazilian and compared law. It will analyze the prerogatives that the free enterprise comprises, that is, what are the rights of individuals covered by it. Then, it will be to ascertain the legal nature of economic freedom in the regulatory system in Brazil and, finally, in which cases such constitutional right may be restricted by the state.

KEY-WORDS: Free enterprise; content; legal nature; constitutional right; State restrictions.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Constituição Federal de 1988 consagra a livre iniciativa como *razão de ser* da Ordem Econômica brasileira — ao lado da valorização do trabalho humano. Ademais, seus valores sociais são tidos como fundamento da República, afetando, por conseguinte, a interpretação das normas constitucionais e infraconstitucionais (PETTER, 2013, p. 57).[3]

A livre iniciativa é desdobramento da liberdade humana (GRAU, 2014, p. 199), a qual tem por expressão a *autonomia privada* ou *capacidade de autogoverno* — em seu sentido amplo[4] —, ou seja, a concepção de que o indivíduo é livre para fazer as escolhas concernentes à sua vida particular. Esse *espaço* de possibilidades concedido à criatividade humana é considerado o *motor da sociedade* (MARTINS FILHO, 2010, p. 290).[5] Destarte, não possui menor importância em relação à economia, uma vez que é através da vontade criadora dos indivíduos que se assegura o desenvolvimento econômico de uma nação.

Como fundamento, a livre iniciativa irradia diversos corolários nos quais deve prevalecer a liberdade do sujeito de direito. A acepção mais comum — e, portanto, mais desenvolvida pela doutrina e jurisprudência — da livre iniciativa equivale à *liberdade de empreender economicamente* (LEITE, 2013, p. 05.),[6] a qual consta no artigo 170, parágrafo único,[7] da Carta Magna.

Não obstante sua importância constitucional, a livre iniciativa não tem um conceito jurídico bem definido, em razão da pouca exploração doutrinária e

---

3 Coadunando com esse entendimento, cf.: TAVARES, 2011. p. 237, e BARROSO, 2009, pp. 49-50.

4 Consoante Daniel Sarmento, a autonomia privada, entendida em seu sentido amplo, é a capacidade do sujeito de direito de determinar seu comportamento, e compreende desde suas escolhas existenciais àquelas concernentes aos negócios jurídicos. Faz ainda a observação de que alguns autores utilizam uma acepção mais restrita, relacionando-a apenas ao âmbito contratual. (2006, p. 222.).

5 No mesmo sentido, grassa Lafayete Josué Petter, ao afirmar que a liberdade é "razão avaliatória do processo de desenvolvimento — quanto mais liberdade, mais desenvolvimento — mas também é razão de eficácia do desenvolvimento — a realização do desenvolvimento depende da livre condição de agente das pessoas." (PETTER, 2008, p. 85.).

6 Nessa pesquisa, o autor se refere à obra de Rogério Roberto Gonçalves de Abreu.

7 "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]
Parágrafo único. **É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.**" (Grifo nosso).

jurisprudencial do assunto. Por vezes, esse direito é erroneamente conceituado como *princípio*, natureza esta que não mais subsiste no contexto econômico delineado pela Constituição Federal. Dessa forma, não são claros os contornos da livre iniciativa, e, em vista disso, há pouca segurança jurídica aos titulares das garantias provenientes de tal liberdade.

Indaga-se: o que é a livre iniciativa e quais prerrogativas individuais esta compreende? Em face de quê ou de quem se exerce tal direito constitucional? Em quais hipóteses cabe a sua restrição? Visando a resposta a essas questões, esta pesquisa investigará o conceito de livre iniciativa, o qual será perseguido através da exposição de aspectos históricos da noção de liberdade econômica, bem como por meio da análise do que esta compreende, ou seja, quais são os direitos individuais abrangidos pela livre iniciativa. Em seguida, averiguar-se-á a natureza jurídica dessa liberdade econômica no sistema normativo do Brasil. Por fim, circunscrever-se-á as margens e limites da restrição estatal a esse direito fundamental.

Para fins desta pesquisa, os termos *livre iniciativa* e *liberdade econômica* serão considerados sinônimos. Por sua vez, utilizar-se-á a expressão *autonomia privada* em suas acepções ampla — designando a capacidade do sujeito de direito de fazer escolhas relativas à sua vida particular — ou restrita — remetendo-se à autonomia negocial.

1. O CONCEITO DE LIVRE INICIATIVA

1.1 Breve relato histórico

A atividade humana expressa-se em diversas áreas da vida social: na economia, política, artes, ciências, entre outras. Para tanto, o indivíduo necessita de liberdade. Em outras palavras, é preciso que seja concedido ao sujeito um *espaço* no qual possa desenvolver suas habilidades para *criar e executar suas ideias independentemente* (BADENI, 2004, p. 322).

Essa ideia de autonomia, de *vontade criadora do ser*, foi de crucial importância para a origem dos atos comerciais, nos quais, pode-se afirmar, apareceram os primeiros traços característicos do que hoje compreendemos por livre iniciativa, embora tais aspectos estivessem restritos, inicialmente, ao âmbito contratual.

As primeiras práticas de comércio estão intimamente ligadas à necessidade. É esta que, à medida que cresce, dá luz ao *espírito de especulação e negociação* para fornecer satisfações entre os indivíduos. Isso foi possível a partir do momento no qual a sociedade passou a ser mais do que famílias isoladas — cujas pequenas necessidades podiam ser auto-atendidas —, pois estas, ao se unirem, formaram uma comunidade de deveres e interesses recíprocos. Nasceu a divisão do trabalho e, com esta, o comércio, ou seja, a troca de excedentes entre os trabalhadores para que fosse possível adquirirem o *necessário* (MASSÉ, 1861, pp. 4-5.).

Note-se que esse interesse em *satisfazer e criar novas necessidades*, assim como a *inclinação natural do homem para aumentar seus prazeres* em prol de seu bem-estar, foi e é o *principal motivo de suas ações* (MASSÉ, 1861, p. 5.). Logo, a essa *vontade* se deve não só a origem mercadológica, como também a propulsão ao seu desenvolvimento, tal

como é reconhecido por nossa Constituição, enquanto esta reserva prioritariamente aos particulares a exploração da atividade econômica — conforme consta em seu artigo 173.[8]

Por conseguinte, é possível indicar a autonomia privada — entendida em seu sentido amplo, ou seja, na ideia de que o indivíduo é livre para tomar decisões relativas à sua vida pessoal, desde aspectos existenciais a patrimoniais ou contratuais — como a primeira expressão da livre iniciativa — compreendida enquanto *poder dos particulares de criar e desenvolver uma atividade econômica, disciplinando-a juridicamente conforme seus interesses* (AMARAL NETO, 1986, p. 228.) —, principalmente no que concerne ao contrato.9

Ao lado disso, desenvolveu-se um dos *atributos fundamentais* do homem que possibilita o desenvolvimento de sua criatividade humana, assim como o progresso social: a propriedade (BADENI, 2004, p. 605.). De acordo com Francisco dos Santos Amaral Neto (AMARAL NETO, 1986, p. 229.), a partir do desenvolvimento comercial e dos centros mercantis na idade medieval e moderna, a atividade econômica passou a ser considerada autônoma. A partir dessa fragmentação, formaram-se dois núcleos distintos, porém, relacionados: *(i)* a *propriedade*, como direito subjetivo e atributo essencial do ser, e *(ii)* a *liberdade iniciativa*, enquanto *poder dos particulares de desenvolverem uma atividade econômica organizada para o fim da produção ou da troca de bens e serviços.*

Logo, enquanto ideia autônoma, a livre iniciativa possui relações próprias com diversos aspectos nos quais deve estar presente a autonomia humana: trata-se dos seus corolários ou *facetas* da livre iniciativa, os quais permitem uma melhor compreensão, e, consequentemente, maior garantia dessa liberdade jurídica.

1.2 Corolários ou *facetas* constitucionais da livre iniciativa

A Constituição de 1988 consagrou, no *caput* do artigo 170,10 a livre iniciativa como *causa* ou *razão de ser* da ordem econômica (PETTER, 2013, pp. 50-51.) — ao lado da valorização do trabalho humano. Não obstante, os valores sociais de tal liberdade econômica são tidos como um dos fundamentos da República,11 afetando, portanto, a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

A livre iniciativa, enquanto *liberdade jurídica* (BADENI, 2004, p. 324), não se manifesta isoladamente, mas em um *contexto de normas com relações particulares entre si* (BOBBIO, 1995, p. 19). Logo, possui íntima ligação com outros direitos expressos constitucionalmente, sem os quais não se pode falar em liberdade econômica, pois esta pressupõe aqueles.

---

8 "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei."

9 O contrato é, como informa Teresa Ancona Lopez, instrumento da autonomia privada. (2007, p. 10.).

10 Cf. nota de rodapé nº 5.

11 "Art. 1o A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
[...]
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
[...]."

Dessa forma, com o objetivo de *compreender o significado da proposição* da livre iniciativa,[12] torna-se necessário elencar quais são os seus corolários constitucionais. Em outros termos, é preciso analisar quais são os direitos imprescindíveis para o entendimento — e consequentemente, melhor concretização — da liberdade econômica dos indivíduos.

A partir de uma interpretação sistemática, Marcelo Lauar Leite (2013, p. 5)[13] propõe que a livre iniciativa dos indivíduos possui quatro *facetas* constitucionais: as liberdades de *empreendimento*, *associação*, *contrato* e *ação profissional*.

A primeira *faceta* — prevista no artigo 170, parágrafo único,[14] da Constituição Federal — mais comumente designada por *liberdade de empresa* (CARVALHOSA, 1972, p. 115), trata-se do direito ao exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgão público, ressalvadas as limitações legais e as que provenham de outros interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.[15]

Por sua vez, a *liberdade de associação*, direito fundamental expressamente previsto no artigo 5.º, XVII a XX,16 da Lei Maior, diz respeito à livre *reunião estável e permanente de pessoas, objetivando a defesa de interesses comuns*, independentemente de autorização, desde que seus fins não afrontem a Constituição, a ordem e os bons costumes (BASTOS, 1999, p. 205). Dessa forma, cabe ao indivíduo a autonomia de organizar-se da maneira que julgue ser mais adequada à *prestação de seus serviços* (TAVARES, 2011, p. 237), possuindo os direitos de: *(i) elaborar os seus atos constitutivos*; *(ii) escolher as pessoas incumbidas de gerenciar a associação; (iii) ser livre na sua gestão*; e *(iv) associar-se ou não* (BASTOS, 1999, pp. 205-206).

Garante-se também a *liberdade de contrato* — ou seja, a realização de negócio jurídico por meio de vontades livremente convencionadas, visando a produzir efeitos reciprocamente vinculantes —, uma vez que esta é inerente ao exercício de todas as *facetas* constitucionais da livre iniciativa. Não há qualquer empreendimento, exercício profissional ou associação que não faça uso do contrato como instrumento para

---

12 Segundo Norberto Bobbio, proposição é um conjunto de palavras que possuem um significado em sua unidade, cabendo ao jurista interpretá-la para alcançar a sua significação jurídica. (2005, p. 74.). Dessa forma, torna-se pertinente buscar o significado da proposição na qual se enuncia a livre iniciativa.

13 De forma semelhante, André Ramos Tavares expõe que a livre de iniciativa no campo econômico é constituída pelas liberdades de trabalho, de empreender, conjugada com a de associação, tendo como pressuposto — entre outros elencados pelo autor — a liberdade de contrato. (2011, p. 237.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

14 Cf.: nota de rodapé n.º 5.

15 Conforme ressalta Modesto Souza Barros Carvalhosa, quando aduz que a livre iniciativa encontra limitações extrínsecas, uma vez que coexiste com as diversas esferas de interesses tutelados pelo ordenamento jurídico. (1972, p. 115.).

16 Art. 5.º [...]
XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;
XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;
XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;
[...].

alcançar seus fins. Portanto, enquanto liberdade *de meio*,[17] o direito à *livre avença contratual* é *constitucionalmente assegurado* (REALE, 1997, p. 7).

Por fim, tem-se o direito fundamental à *liberdade de ação profissional* — expresso no artigo 5o, XIII[18] da Constituição Federal —, o qual protege o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, observadas as qualificações técnicas previstas pelo ordenamento jurídico. Segundo Celso Ribeiro Bastos (1999, p. 202.), essa possibilidade de escolha profissional relaciona-se não somente à livre iniciativa, mas também *à liberdade humana* — situando-se, portanto, na *encruzilhada entre essas duas vertentes fundamentais* —, competindo ao sujeito estabelecer o sentido à sua vida, ou seja, constituir o alicerce de sua própria personalidade, sendo o trabalho de importância substancial para tanto. Deve, pois, prevalecer a livre eleição do ofício a ser exercido.

1.3 Da natureza jurídica de direito fundamental

Aliando-se ao conceito formulado por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, os direitos fundamentais são *prerrogativas público-subjetivos de pessoas — físicas ou jurídicas —, contidos em dispositivos constitucionais e que, por isso, possuem caráter normativo supremo dentro do Estado* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 41). Em outras palavras, são *direitos nomeados no instrumento constitucional* e, por consequência, gozam de *maior grau de garantia* ou de *segurança*, posto que têm mudança *dificultada* — somente por meio de emenda à Constituição.[19]

Considerando-se a atribuição de *posição jurídica de direito subjetivo* ao indivíduo — e a consequente limitação do poder estatal — a *principal finalidade dos direitos fundamentais* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 49), estes podem ser classificados segundo suas correlatas funções: *(i)* de *status negativo*, ou de abstenção do Estado; *(ii)* de *status positivo*, ou a prestações pelo Poder Público;[20] e *(iii)* de *status activus* ou de participa-

---

17 Miguel Reale, ao conceituar a livre iniciativa como projeção da liberdade individual no campo econômico, afirma que tal liberdade engloba não apenas a autonomia em relação escolha da profissão e das atividades econômicas a serem exercidas, como também a eleição dos meios que o indivíduo julga serem adequados à realização dos seus fins. Ou seja, a livre iniciativa deve ser composta da plena liberdade do ser em relação à escolha dos fins e dos meios, e nestes — conforme a concepção desta pesquisa —, encontra-se o contrato. (REALE apud PETTER, 2013, pp. 55-56.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

18 Art. 5.º […]
XIII — é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;
[…].

19 Caracterização dada por Carl Schmitt, a partir de critérios formais definidores dos direitos fundamentais. (BONAVIDES, 2004. p. 561.) Adota-se, portanto, o elemento da fundamentalidade formal, segundo o qual um direito é fundamental se for garantido mediante normas de força jurídica advinda da supremacia constitucional, conforme grassam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. (2014, p. 41.). Cabe observar que não se pode confundir essa condição formal — a qual põe em consideração a supremacia da constituição — com a alegação de que todos os direitos fundamentais estão previstos, taxativamente, no Título II da Constituição de 1988, pois tal Carta Magna adota a concepção material (art. 5.º, § 2.º) desses direitos, os quais podem ser formais — necessariamente, pois devem estar contidos no texto normativo da Lei Maior — e materialmente constitucionais — no sentido de não estarem previsto no rol elencado no Título II, mas que, por seu conteúdo e importância são também fundamentais. Em relação à tal problemática, tem-se os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 95.) e do autor J. J. Gomes Canotilho (2011, pp. 404-407.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

20 Utilizou-se a expressão Poder Público para designar o mesmo significado de Estado.

ção nos processos decisórios da política (GEORG JELLINEK apud DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 50-54).

Torna-se pertinente, para esta pesquisa, os direitos de *status negativo* — *liberdades públicas* ou *substanciais* —, cuja função é de defesa, conferindo, pois, um *espaço subjetivo de distanciação* e *autonomia* ao indivíduo, com o correspondente dever de *abstenção* ou *proibição de agressão* por parte do destinatário passivo[21] — o Estado.[22]

Os direitos fundamentais de *status libertatis negativus* tutelam a autonomia individual — com correspondente obrigação de não intervenção endereçada ao poder estatal — em várias esferas da ação humana, dentre elas a econômica[23] — englobando não só a *liberdade de empreender*, como também a de *contrato*, uma vez que esta é necessária ao exercício daquela, conforme supracitado —, a *profissional* — que compreende a escolha e exercício do trabalho — e a de *expressão coletiva* — a qual abrange a *livre associação.*[24] Correspondem tais direitos, pois, às *facetas* constitucionais da livre iniciativa supracitadas.

Não podendo a liberdade econômica dos indivíduos ser violada sem restringir os direitos fundamentais consagradores dos corolários que a compõem, e constatando-se o seu desiderato de *defesa da esfera jurídica dos cidadãos perante o Estado,* ou seja, a presença do *status negativo*[25] da livre iniciativa, conclui-se que esta é não só um fundamento da Ordem Econômica, mas, também, um *direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo* (CANOTILHO, 2011, pp. 404-405.) do Título II[26] da nossa Carta Magna.

---

21 Conceito dado por J. J. Gomes Canotilho em relação à categoria direitos, liberdades e garantias, correspondente aos direitos fundamentais de status negativo da tripartição elaborada por Georg Jellinek. (2011, p. 401.).

22 Os direitos fundamentais correspondem a deveres do Estado — de abstenção ou negativos, e de prestação ou positivos. Em outras palavras, vinculam diretamente o Poder Público. Mas, além desses deveres, há também o de proteger os indivíduos contra agressões oriundas de terceiros — trata-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Estes, portanto, não vinculam de forma direta os particulares, mas indiretamente, sendo competência estatal proteger a esfera de liberdade humana contra interferências alheias. (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 102.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

23 Corroborando com essa noção, Leonardo Martins expõe que os direitos fundamentais, enquanto normas dotadas de supremacia no Estado Constitucional e democrático de direito, respondem a questões de ordem macropolíticas — aqui encontram-se a maioria das prerrogativas público-subjetivas — e macroeconômicas, a depender da área regulamentada. (2012. pp. 159-160.) IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

24 Tais esferas elencadas, onde deve prevalecer a autonomia individual, foram expostas conforme os cinco grandes grupos de liberdade distinguidos por José Afonso da Silva. (SILVA, J. A. da., 2005, p. 235.).

25 Constatações feitas a partir do quadro metódico elaborado por J. J. Gomes Canotilho, no qual o autor expõe alguns critérios para identificar um direito fundamental formalmente constitucional fora do catálogo. (CANOTILHO, 2011, pp. 405-406.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA

26 Coadunando com as ideias apresentadas, tem-se Modesto de Souza Barros Carvalhosa (1972, pp. 112-113.), Lafayete Josué Petter. (2008, pp. 179-180.) e Marcelo Lauar Leite (2013, pp. 11-13.). Nesse sentido, veja-se o seguinte julgado: "CONTRATO BANCÁRIO. Ação declaratória visando obrigar o Banco à baixa de uma restrição cadastral interna para efeitos de viabilizar futuras operações de crédito. Inadmissibilidade. Impossibilidade de ingerência na liberdade interna da empresa, pois a Constituição Federal (art. 170) assegura a livre iniciativa, portanto consagrando o direito à não intromissão do Estado. Recurso não provido. A livre iniciativa econômica se insere como direito fundamental, donde não é possível a pretendida ingerência ou intromissão do Estado nas decisões internas das empresas privadas". (TJSP, Apelação n.º 4005159-62.2013.8.26.0562, Relator: Gilberto dos Santos, Décima Primeira Câmara de Direito Privado, Publicação: DJ em 24-07-2014. Grifo nosso).

2. OS LIMITES DA RESTRIÇÃO ESTATAL À UM DIREITO FUNDAMENTAL

Enquanto *liberdade jurídica manifestada em uma sociedade organizada* (BADENI, 2004, p. 324.) — e, portanto, parte de um ordenamento guardião de outros interesses —, a livre iniciativa encontra-se controlada pelo Estado, seja por *limitações diretamente constitucionais* — algumas das quais preveem o papel indicativo do Poder Público como agente normativo e regulador da atividade econômica[27] — ou *autorizadas* pela Constituição — por meio de reserva legal[28] —, que permitem, pois, uma *justificação constitucional da intervenção na área de proteção de direito fundamental* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 148-149.).

Contudo, tal caráter relativo não é absoluto, no sentido de não ser permitido ao Estado intervir ilimitadamente na livre iniciativa, uma vez que toda restrição há de passar pelo exame da *proporcionalidade*[29] — pelo qual se averiguará a *adequação*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito* (ÁVILA, 2005, pp. 112-113.) da limitação *infraconstitucional*[30] —, ou da *ponderação* — em caso de colisão entre *princípios potencialmente aplicáveis* na resolução do caso concreto — para que seja considerada uma *intervenção fundamentada constitucionalmente*. Uma restrição não proporcional — ou, em caso de colisão de *princípios*, que não seja resultante do método de *sopesamento*[31] — a um direito fundamental, fere o *conteúdo essencial* deste, sendo, pois, uma violação estatal.

2.1 O *suporte fático*, o *conteúdo essencial* e o *postulado da proporcionalidade*

Antes de investigar em quais hipóteses o Estado pode ou não restringir a liberdade de iniciativa, cabe esclarecimentos conceituais acerca dos componentes do tipo normativo — ou *suporte fático* — de um direito fundamental, visto que, apenas com

27 Tem-se como exemplos o artigo 174. da Constituição Federal, que prevê: "Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado." (Grifo nosso); e o artigo 173, § 4.º, que, por sua vez, expressa: "A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros." (Grifo nosso).

28 Robert Alexy ensina que os direitos fundamentais somente podem ser restringidos por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Dessa forma, as restrições de hierarquia constitucional são diretamente constitucionais, já as limitações infraconstitucionais são indiretamente constitucionais — visto que estas devem ser autorizadas por normas constitucionais mediante reserva legal. (2008. p. 286.). IDENTIFICAR GRIFOS, SE DO AUTOR, SE DO ARTICULISTA.

29 Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins ao perceberem a dificuldade prática de saber em que consiste o conteúdo essencial de um direito fundamental — e, portanto, o limite da restrição estatal —, afirma ser o critério da proporcionalidade o meio pelo qual se analisa a constitucionalidade das limitações impostas. Conforme as palavras dos autores supracitados: "[...] deve ser examinada a relação entre os meios interventivos e os fins que o Estado persegue com a intervenção, ou seja, deve ser analisada (e, antes disso, definida) a necessidade de cada intervenção.". (2014, pp. 168-169.). Nesse sentido, há ampla coadunação de doutrina constitucional, representados por Virgílio Afonso da Silva (2006. p. 43.), Bernardo Gonçalves Alfredo Fernandes (2014, pp. 337-339.), Paulo Bonavides (2009, p. 395.) e Robert Alexy (2008, p. 301.).

30 Leis ordinárias, decretos, portarias e até mesmo sentenças judiciais.

31 Os termos ponderação e sopesamento serão utilizados, ao longo deste trabalho, como sinônimos.

uma clara compreensão da estrutura deste, é possível falar em garantia constitucional frente ao poder estatal.[32]

De acordo com Virgílio Afonso da Silva (2006, p. 31), o suporte fático é constituído por *elementos que, quando preenchidos, dão ensejo à realização do preceito da norma de direito fundamental* — ou seja, verificado o tipo normativo, há *consequência jurídica*. Visto a identificação desses componentes ser uma tarefa difícil, o autor indica algumas perguntas para auxiliar no entendimento do que vem a ser suporte fático: *(i) o que é protegido* pela norma fundamental? — ou o que faz parte do seu *âmbito de proteção*?; *(ii) contra o que* se protege o bem jurídico?; *(iii) qual é a consequência jurídica* em caso de violação ao conteúdo protegido?; e *(iv) o que é necessário para que ocorra a consequência?* (2006, p. 29). O tipo normativo de um direito fundamental é, pois, a junção de todas as respostas dadas às questões citadas, conforme será visto adiante.

Filiando-se às teorias de *suporte fático amplo*, pode-se afirmar que todo e qualquer fato, estado, ação ou posição jurídica, que, considerado isoladamente, é característico ao *âmbito de proteção* de uma norma de direito fundamental, deve ser, ao menos inicialmente, considerado protegido — independentemente da análise de qualquer outro critério fático ou jurídico que obste à proteção de condutas ou situações.[33] A decorrência jurídica da adoção desse conceito amplo é o da necessária fundamentação de toda e qualquer *restrição* — intervenção, regulamentação ou regulação[34] —, não sendo suficiente, pois, a mera indicação de *limites imanentes* à própria norma.[35] Exige-se, dessa forma, maior ônus argumentativo do agente restritivo, impondo a este a obrigação de fundamentar o ato interventivo através do postulado da *proporcionalidade,*[36] pelo qual se averigua o *conteúdo essencial* de um direito fundamental, e, consequentemente, se esse núcleo veio a ser casuisticamente violado.

O comportamento, estado ou posição jurídica abrangidos pelo *âmbito de proteção* de um direito fundamental, são tutelados contra intervenções — geralmente do Estado. A *consequência jurídica* em caso de violação estatal a uma *prerrogativa*

---

32 Virgílio Afonso da Silva expõe que diversos autores, ao apontarem a definição de suporte fático dos direitos fundamentais e a íntima relação desse conceito com o de restrição estatal, indicam tal vínculo como uma construção fundamental na garantia constitucional da liberdade individual contra o poder estatal. Dessa forma, a compreensão da estrutura normativa de um direito fundamental é de suma importância para entender, mais claramente, que espécies de restrições violam — ou não — um direito fundamental. (SILVA, 2006, pp. 23-51.).

33 Conceito baseado nos ensinamentos de Virgílio Afonso da Silva (2006, pp. 34-35). Nessa passagem, há referências aos autores Martin Borowski, Wolfram Cremer, Dietrich Murswiek e Robert Alexy. Este conceitua a teoria do suporte fático amplo como aquela na qual se inclui no âmbito de proteção de um direito fundamental tudo que milite em favor de sua proteção. (ALEXY, 2008, p. 322.)

34 Os termos restrição, intervenção, regulamentação e regulação são empregados, neste trabalho, como sinônimos.

35 Em relação a isso, Virgílio Afonso da Silva expressou sua preocupação, quando afirmou que nas teorias nas quais o âmbito de proteção é restrito, "a restrição ocorre de forma disfarçada, com base em uma exclusão a priori de condutas, estados e posições jurídicas de qualquer proteção. [...] essas teorias, ao excluírem de antemão essa proteção, liberam o legislador e o aplicador do direito de qualquer ônus argumentativo." (2006, p. 49).

36 Vale lembrar que o exame do postulado da proporcionalidade ocorrerá quando se tratar de restrição por meio de regras, estas que geralmente são infraconstitucionais. Quando há uma intervenção baseada em princípio, haverá a ponderação entre dois princípios potencialmente aplicáveis ao caso concreto: o garantidor do direito fundamental e o outro a ser considerado pelo juiz em sua decisão. (SILVA, 2014, pp. 141-143)

público-subjetiva de um indivíduo é, pois, a cessação da ingerência, pela declaração da inconstitucionalidade do ato — seja ele legislativo, executivo ou judicial. Porém, não basta a restrição realizada pelo Estado para que se configure a consequência jurídica: *é preciso a não fundamentação constitucional da intervenção para esta ser considerada violadora de um direito fundamental*.

Ora, há hipóteses nas quais a restrição estatal é *fundamentada constitucionalmente*, por meio do postulado da *proporcionalidade* — geralmente — não afetando, pois, o *conteúdo essencial* do direito. Nesses casos, não há o que se falar em violação pelo Estado, e, por conseguinte, resta por não preenchido o *suporte fático* da norma fundamental, não havendo, pois, a *consequência jurídica*.

Dessa forma, para a configuração do *suporte fático* — e, assim, da *consequência jurídica* — é necessária a sua composição pelo *âmbito de proteção* — qualquer fato, estado, ação ou posição jurídica relacionados ao bem jurídico protegido — pela *intervenção estatal* e, por último, pela *não fundamentação*. Portanto, se há uma conduta protegida pelo âmbito de proteção e uma restrição não fundamentada, deve configurar-se a consequência jurídica — a declaração de inconstitucionalidade e a consequente cessação da violação (2006, pp. 30-31).

> Sintetizando essa relação entre *fundamentação, proporcionalidade* e *conteúdo essencial* e considerando que a maioria das limitações advém de regras *infraconstitucionais,* Virgílio Afonso da Silva (2014, pp. 206-207) expõe o seguinte raciocínio silogístico:
>
> restrições que atingem o conteúdo essencial são inconstitucionais;
>
> restrições que passem pelo teste da **proporcionalidade** são constitucionais;
>
> restrições que passem pelo teste da proporcionalidade não atingem o conteúdo essencial. (Grifos nossos)

Dessa forma, se uma intervenção — no âmbito de proteção de um direito fundamental — não é *fundamentada constitucionalmente*, ou seja, não é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, fere o *conteúdo essencial* de uma *prerrogativa público-subjetiva*, impondo-se a cessação da *violação* estatal como *consequência jurídica*.

2.2 Hipóteses de restrição permitidas e proibidas

Com base nos conceitos de *suporte fático*, *conteúdo essencial* e *proporcionalidade*, analisados anteriormente, depreende-se que uma intervenção em um direito fundamental pode ser uma *restrição legítima*, se *fundamentada constitucionalmente*, ou, caso contrário, uma *violação* de uma *prerrogativa público-subjetiva*.

Isso posto, pode-se constatar que são hipóteses de intervenção *permitidas* os casos nos quais:

(i) há limitações expressamente previstas na Carta Magna, contidas em preceitos que indicam o papel normativo e regulador do Estado na economia.[37] Uma vez que *a liberdade econômica não é um fim em si mesma, mas uma garantia individual e instrumento de melhoria da qualidade de vida da sociedade*, é de competência

37 Cf. nota de rodapé no 25.

estatal o condicionamento de tal direito fundamental ao cumprimento de sua função social. Dessa forma, através da defesa do livre mercado, bem como do *estabelecimento de parâmetros para o exercício dessa liberdade*, o Estado restringe a livre iniciativa com justificativa constitucional na sua função de *estabilização de interesses sociais* (SILVEIRA NETO, 2013, pp. 132-134). Cabe a observação de que os papéis estatais de fiscalização, incentivo e planejamento serão exercidos na forma da lei.[38] Há, portanto, *reserva legal* na hipótese de intervenção em análise e, por esse motivo, trata-se de *restrição indiretamente constitucional,*[39] ou seja, advinda da legislação infraconstitucional, devendo passar pelo crivo da *proporcionalidade;*

(ii) existe *limitação diretamente constitucional,*[40] isto é, quando houver previsão contida na própria redação da norma de direito fundamental. Nesse caso, não se trata de parte do *suporte fático*, ou de mera descrição do conteúdo que é protegido com suas condições jurídicas — *limites imanentes* —, mas sim de *cláusulas restritivas* (ALEXY, 2008, p. 286.). Estas ocorrem quando o legislador constituinte estabelece uma *restrição definitiva a direito fundamental* e, dessa forma, já não é mais necessário o exame de *ponderação*, visto isso já ter ocorrido antes da consubstanciação de tal decisão restritiva. Tem-se como exemplo as cláusulas "para fins lícitos" e "vedada a de caráter paramilitar", as quais são expressões de *restrições definitivas diretamente constitucionais* ao direito fundamental à *liberdade de associação*[41]. Ademais, é preciso ressaltar que essa não proteção constitucional, advinda de decisão do constituinte em favor de determinadas razões, independe de como se individualize no caso concreto (ALEXY, 2008, pp. 286-288);

(iii) uma disposição constitucional prevê garantia fundamental, mas com uma ressalva — ou *reserva legal* —, autorizadora da limitação infraconstitucional aprovada pelo Poder Legislativo, desde que a *lei* não afronte as normas da Carta Magna. São as chamadas *restrições indiretamente constitucionais* permitidas por meio de *cláusulas de reserva expressas* (ALEXY, 2008, p. 291). É imperioso destacar a adoção da acepção *formal*[42] do termo *lei* quando este é utilizado pela Constituição para autorizar limitação à direito fundamental. Portanto, havendo tal reserva parlamentar, não é possível a intervenção realizada mediante normas inferiores — como decretos, portarias, sentenças etc. — se não existe uma lei disciplinadora. Por fim, há de se notar, novamente, o necessário exame de *proporcionalidade* em relação à restrição de direito fundamental baseada em *regra de legislação ordinária* ou *complementar*;

(iv) em razão da abstração da norma, é preciso *concretização mediante lei infraconstitucional*. Esta que indicará o *conteúdo* e *função* do direito fundamental constitucionalmente previsto (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 152). São as *restrições indiretamente constitucionais* autorizadas por meio de *cláusulas de reserva implícitas* — na medida em que é necessária lei

38 Cf. nota de rodapé no 25.

39 Cf. nota de rodapé no 26.

40 Cf. nota de rodapé no 26.

41 Cf. nota de rodapé no 14.

42 Em relação a isso, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins comentam que: "Historicamente, o constituinte autorizou a limitação mediante lei em razão das garantias democráticas, que oferecia uma medida tomada pelo Parlamento, na sua função de principal órgão de representação popular (publicidade, debate, vontade da maioria dos representantes populares). (2014, p. 161).

infraconstitucional para proteger o direito. Como exemplo,[43] tem-se o direito de propriedade, regulado pelo Código Civil,[44] Estatuto da Terra,[45] da Cidade[46] *etc*. Na presente hipótese, também é preciso a fundamentação constitucional de restrição de direito fundamental, por meio da *proporcionalidade*, visto a regulamentação advir de legislação infraconstitucional;

(v) há *colisão entre direitos fundamentais*, ou há *confronto entre uma prerrogativa público-subjetiva* do indivíduo e um *princípio de interesse geral* (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 150). É uma hipótese de *restrição diretamente constitucional*, na qual deve haver a *ponderação entre os potenciais princípios aplicáveis ao caso concreto*;[47]

(vi) há graves conflitos ou ameaças à estabilidade da ordem política e social, isto é, em situações excepcionais de decretação do Estado de defesa ou do Estado de sítio (DIMOULIS; MARTINS, 2014, pp. 165-166). Trata-se de hipótese de *restrição diretamente constitucional*, na qual também é necessária a *fundamentação* — por meio de *ponderação* entre os princípios colidentes: o garantidor do direito fundamental e o de interesse geral que busca justificar a limitação diante a calamidade concreta.

Em todas as hipóteses — à exceção apenas da elencada no item *(ii)* —, conforme foi explicitado, deve haver a *fundamentação constitucional*, baseada ou no *postulado da proporcionalidade* — pelo qual se analisará se a restrição oriunda de regra *infraconstitucional* é *adequada*, *necessária* e *proporcional em sentido estrito* — ou na *ponderação* de princípios colidentes — por meio da qual o juiz, no caso concreto, decidirá pelo interesse predominante.

Todos os casos não previstos nas hipóteses anteriormente enumeradas, e além disso, *não fundamentados constitucionalmente* — seja por meio da *proporcionalidade*, ou da *ponderação* de princípios — são inconstitucionais, e, consequentemente, violadores do *núcleo essencial* de um direito fundamental, devendo haver a *consequência jurídica*, qual seja, a cessação da intervenção ilegítima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A livre iniciativa, enquanto poder dos indivíduos de criar e desenvolver uma atividade econômica — englobando as liberdades de *empreendimento*, *associação*, *contrato* e *ação profissional* — foi alçada à importância de fundamento ou *razão de ser* da Ordem

43 Exemplo demonstrado por Marcelo Lauar Leite. (2014, p. 15).

44 Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

45 Lei no 4.504, de 30 de novembro de 1964.

46 Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001.

47 Conforme fora anteriormente destacado (Cf.: nota de rodapé n.º 34), há casos em que a restrição não será objeto de análise pela proporcionalidade, pois ainda não há regra infraconstitucional disciplinadora da colisão entre princípios. Nessas hipóteses — as quais ainda não tem decisão legislativa constituída em norma — deve haver a ponderação de potenciais princípios constitucionais — colidentes — aplicáveis ao caso concreto. A explicação para a existência desse método é: se a aplicação do postulado da proporcionalidade implica três perguntas — a medida é (i) adequada para fomentar o objetivo fixado? (ii) necessária? (iii) proporcional em sentido estrito? —, é preciso haver uma medida concreta a ser testada, o que não ocorre em caso de colisão entre princípios. (SILVA 2014, p. 179.).

Econômica brasileira, conforme a Constituição de 1988. Dessa forma, a livre iniciativa é elemento que condiciona a interpretação jurídica de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.

Ademais, a livre iniciativa é, também, direito fundamental do indivíduo — de *status libertatis negativus* —, e, portanto, só pode ser restringida por normas de hierarquia constitucional ou em virtude destas — por meio de reserva legal. Além disso, a intervenção deve ser fundamentada através da *proporcionalidade* — em caso de restrição por lei infraconstitucional — ou da *ponderação* — quando se tratar de princípios colidentes. Caso contrário, não havendo tal justificação, há violação ao conteúdo essencial do direito fundamental e, portanto, o ato interventivo é inconstitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A liberdade de iniciativa econômica: fundamento, natureza e garantia constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 92, pp. 221-240, out.-dez. Brasília, 1986.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. In: ____. (Org.). **Temas de direito constitucional II**, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Traduzido: Fernando Baptista; Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. São Paulo: EDIPRO, 2005.

____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Traduzido: Maria Celeste C. J. Santos. Revisão Técnica: Cláudio De Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. A ordem econômica na Constituição de 1969. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1972.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Alfredo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LEITE, Marcelo Lauar. Descortinando um direito fundamental: notas sobre a liberdade de iniciativa. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 06, n. 02, 2013.

____. **Uso não comercial do objeto ou pedido de patente pelo estado brasileiro:** críticas ao P.L. n.º 5.407/13. Coimbra: Institvto Ivridico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios contratuais. In: FERNANDES, Wanderley. (Org.). **Contratos empresariais:** fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. Série GVlaw.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional***:* leitura jurídico-dogmática de uma complexa relação a partir da teoria liberal dos direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS FILHO; SILVA, Ives Gandra da. Direitos fundamentais. In: ____; et al. (Orgs.). **Tratado de direito constitucional I**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MASSÉ, Gabriel. **Le Droit Commercial**. Dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil. Livre I. 2. éd. Paris: Guillaumin et C.ie Libraries, 1861.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. 6. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

____. **Princípios constitucionais da ordem econômica:** o significado e o alcance do artigo 170 da Constituição Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

REALE, Miguel. **Questões de direito privado.** São Paulo: Saraiva, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manuel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2.bed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos. A livre concorrência e a livre-iniciativa como instrumentos de promoção do desenvolvimento - A função estabilizadora da intervenção do Estado no domínio econômico. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, v. 42, p. 123-139, 2013.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

RECEBIDO EM: 22/01/2017
APROVADO EM: 19/02/2017

DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

FUNDAMENTAL RIGHT TO DEVELOPMENT AND INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW: A POSSIBLE DIALOGUE

Renata Alvares Gaspar[1]

Felipe Soares Vivas de Castro[2]

RESUMO: A crescente concentração econômica nas corporações privadas que atuam globalmente tem ameaçado a democracia, cooptando governos nacionais e órgãos internacionais de governança a fim de garantir seus interesses voltados à maximização do lucro, sem qualquer respeito aos direitos das gentes. Profunda crise econômica, em 2008, fraturou o mercado financeiro e exibiu a opacidade dos instrumentos regulatórios neoliberais. Ademais, desencadeou grave crise de confiança que ameaçou a globalização financeira ao desestimular os investimentos internacionais. Como resposta, importantes organizações internacionais, como a ONU, evidenciaram a urgente necessidade de transparência para a manutenção do sistema financeiro mundial. É, justamente, na oportunidade oferecida pela demanda por transparência que a Cidadania encontra um espaço de luta para consolidar seu direito fundamental ao desenvolvimento. Este espaço de luta, apropriado pela sociedade civil para a realização do diálogo dos opostos, é o que viabiliza a concreção do direito emancipatório e, portanto, protetivo da Cidadania.

PALAVRAS-CHAVE: Cooperação jurídica internacional; Direitos Humanos; Direito ao desenvolvimento; Direito emancipatório; Comércio internacional.

ABSTRACT: The increasing economic concentration in private corporations that operate globally have threatened democracy, co-opting national governments and international governance bodies to ensure their interests focused on maximizing profit, without any respect for the rights of the people. Deep economic crisis in 2008 fractured the financial market and showed opacity of neoliberal regulatory instruments. Moreover, it triggered deep crisis of confidence that threatened the financial globalization to

1 Professora pesquisadora em tempo integral da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Doutora em Direito e mestre em *Estudios Latinoamericanos* pela Universidade de Salamanca. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Num Mundo Globalizado. Membro da Associação Americana de Professores de Direito Internacional – ASADIP. renataalvaresgaspar@gmail.com

2 Orientando de Iniciação Científica da coautora. Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito da PUC Campinas. Atualmente desenvolve pesquisa sobre Transparência e Boa-fé na Cooperação Jurídica Internacional, também em sede de Iniciação Científica, com bolsa CNPq. felipevivas@msn.com

discourage international investment. In response, major international organizations such as the UN, highlighted transparency as an urgent response to the maintenance of the global financial system. It is precisely the opportunity offered by the demand for transparency that Citizenship is a space of struggle to consolidate their fundamental right to development. This space battle, appropriate civil society for the realization of the opposing dialogue, is what enables the concretion of emancipatory right and therefore protective of Citizenship.

KEY WORDS: International legal cooperation; Human Rights; The right to development; Emancipatory Law; International trade.

À MODO DE INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo capitalista organizou sua circulação financeira através do Acordo de Bretton Woods. Ao romper com o padrão dólar-ouro, os EUA abandonaram a garantia de conversibilidade do dólar em ouro e, assim, impulsionaram a progressiva liberalização financeira. Destarte, as grandes instituições financeiras dão impulso à globalização, ao tempo que, apesar de estarem sujeitas a certa regulamentação nacional, atuam com enorme liberdade no mercado financeiro internacional. A partir de então, a crença progressiva, e quase absoluta,[3] da autorregulação do mercado impediu o desenvolvimento de mecanismos regulatórios e políticas macroeconômicas eficientes.

A falta de regulação e transparência das instituições financeiras privadas permitiu a eclosão, em 2008, da mais aguda e profunda crise econômica mundial, em cinquenta anos,[4] que colapsou os fundamentos do neoliberalismo econômico. A expansão e diver-

[3] Não podemos afirmar que houve absoluta desregulamentação do mercado até 2008, mas sim, uma regulamentação bastante frágil. Enorme crise de confiança na moeda norte-americana, durante a década de 1970, obrigou o governo estadunidense a uma importante reação, conhecida como "Choque Volcker". O avanço da concorrência financeira global e a regulamentação, legislativamente imposta ao mercado dos EUA na década de 1930, por consequência da grande crise experimentada à época, diminuía a competitividade das instituições financeiras do país no mercado global. Em decorrência, Arábia Saudita – com o desfazimento de suas reservas em dólar, a partir de 1978 – e a integração monetária do Sistema Monetário Europeu, em 1979, enfraqueceram ainda mais a moeda ianque. O Banco Central dos EUA, presidido por Paul Volcker, então, adota uma série de medidas que restauraram a centralidade do dólar na globalização financeira internacional. Torna-se, portanto, prática comum aos principais países do sistema financeiro global a liberalização do capital, visando o aumento da competitividade. A crise da dívida externa latino-americana, de 1980, porém, levou os Bancos Centrais destes mesmos países a debaterem medidas que reduzissem os riscos de novas crises, limitando a relação entre capital e ativos das instituições financeiras que atuam no mercado global. Como exemplo, os Acordos de Basileia firmados sob iniciativa do *Bank of International Settlement* (BIS) que, entre outras questões, fixaram em 8% a relação mínima entre capital e ativos bancários e estabeleceram uma série de coeficientes que permitissem avaliar o risco das aplicações dos bancos. A questão central é, todavia, que a progressiva busca por aumento na rentabilidade dos investimentos e a precária regulamentação financeira, permitiram que as instituições desenvolvessem engenhosos e juridicamente opacos instrumentos, como os derivativos, que, pouco transparentes, dificultaram quaisquer atividades regulatórias eficazes.

[4] Desde a consolidação do sistema financeiro globalizado, em 1985, podemos enumerar cinco graves bolhas financeiras que causaram ampla repercussão econômica, mas nenhuma como a dos *subprimes*. Kindleberg destaca as bolhas imobiliária e acionária, no Japão, entre 1985-1989; na Finlândia, Noruega e na Suécia, também entre 1985-1989; na Tailândia, Malásia, Indonésia e outros países asiáticos, no período entre 1992 e 1997; a bolha causada pelo aumento de investimento estrangeiro no México de 1990 a 1993; e a bolha das ações *over-the-counter* estadunidense entre 1995 e 2000. (KINDLEBERGER; ALIBER, 2005).

sificação dos ativos financeiros globais que ocorriam, ininterruptamente, há mais de vinte anos, foram ameaçadas. Estava em risco, portanto, a própria expansão capitalista.

A incapacidade dos governos nacionais para oferecer uma resposta rápida, eficaz e precisa às consequências da crise esteve baseada, justamente, na falta gritante de transparência da atividade financeira mundial. Com vistas a evitar a redução dos investimentos e da lucratividade, governos, organizações internacionais e investidores vislumbraram no incentivo às práticas mais transparentes o caminho seguro para a continuidade do processo de globalização financeira. Ao mesmo tempo, surge, neste afã, a oportunidade necessária para que a Cidadania fortaleça as medidas que permitam a consolidação de importante direito fundamental: o direito ao desenvolvimento.

1. PRESSUPOSTOS INSUPERÁVEIS

É, de há muito, entendido que o Direito não é o resultado de concessões gratuitas daqueles que detém o poder político-econômico e, portanto, decisório. Em especial os Direitos de Cidadania, que por sua força emancipatória se mostram como resistência e proteção das pessoas humanas contra os interesses econômicos dos governos e das grandes corporações, não são objeto de cessões gratuitas.Particularmente na contemporaneidade, quando o capitalismo globalizado converge tendências conspiratórias contra o exercício da democracia e dos direitos humanos (BERRÓN, 2014), reflexo da grande concentração econômica privada nas enormes corporações com atuação global que, dado seu poderio, cooptam os governos ao redor do globo, inclusive nos regimes democráticos, superando a ordinária plutocracia weberiana e conformando um modo ainda mais promíscuo de realizar a política à medida que a capacidade de atuação dos agentes políticos está cada vez mais condicionada à eficiência financeira das campanhas eleitorais. Ademais, as multimilionárias corporações privadas, reforçam, internacionalmente, a desigualdade econômica ao capturarem os governos nacionais e a governança global, construindo medidas que visam, exclusivamente, proteger os seus interesses de lucratividade crescente, sem uma efetiva preocupação com o direito das pessoas que são frontalmente violados.[5]

A História demonstra, contudo, que a existência e a organização produtiva humana não se desenvolvem de modo linear. Há, de fato, um movimento dialético constante que, superando os conflitos que surjam entre o modo produtivo e a organização social, apresenta novas possibilidades de arranjos entre os mais diferentes interesses envolvidos nesse complexo jogo concertado. O Direito do Trabalhador e do Consumidor, por exemplo, surgem justo da necessidade de manutenção do sistema econômico vigente que, se não impusesse algum limite aos anseios do capitalista, poderia tornar insustentável a manutenção de suas bases: o trabalho e a circulação de mercadorias. É então, no momento em que o poder político-econômico constata que poderá enfrentar grave

[5] Sobre o papel do Direito, entre outros autores, Margareth Anne Leister rememora Trasímaco em "direito [...] é sempre o interesse da parte mais forte"; Karl Marx em "a lei reflete o balanço de poder numa dada sociedade num determinado período"; e Kelsen em "o ordenamento é coativo, repressivo e mero protetor dos negócios jurídicos". (LEISTER, 2011).

retrocesso ou até mesmo colapso[6] em seu modo produtivo organizado que o Direito é reclamado para proteger, ainda que minimamente, o trabalhador e o consumidor ameaçados por jornadas de trabalho sobre-humanas e remunerações tão baixas que o excluem do mercado consumidor. Ainda que haja polêmica acerca do papel de tais direitos no sistema capitalista, não seria lógico negar os avanços que garantem às pessoas que, em última, não poderão privar-se do trabalho e do consumo.

O valor dos direitos de emancipação está, sobretudo, nos reflexos do complexo jogo concertado que citamos acima: depois que minimamente reconhecidos e regulamentados por quem detém o poder político-econômico, ainda que por motivos nada altruísticos e originados por convulsão social, tais direitos manifestam sua força expansiva e, apropriados pela Cidadania, são o caminho mais efetivo para a materialização de melhorias na condição de vida das pessoas.

Quando, durante a crise de 2008, as hiper-empresas e os investidores internacionais perceberam a concreta ameaça que a falta de confiança no mercado internacional representava à expansão capitalista, por desencorajar o investimento, favorecendo a poupança e refreando o crescimento econômico global, vislumbrou-se na transparência o veículo necessário à continuidade da globalização financeira. Isso porque, além de ter sido a principal responsável por permitir a consolidação de um mercado financeiro desregulamentado, a falta de transparência impediu que governos nacionais tomassem medidas efetivas para a redução dos impactos econômicos na eclosão da crise. O cenário global, em 2008, apresentou-se, portanto, desfavorável aos investidores que precisam de segurança mínima para desenvolver seus investimentos. É nessa escalada que a Cidadania encontra a oportunidade para desenvolver a transparência nas relações de investimento em que estão envolvidos os Estados soberanos.

Que pese a importância de algum sigilo para o sucesso de diversas transações comerciais e de investimento, os investidores passam a demandar maior transparência para que seja possível restabelecer a confiança do mercado internacional, enquanto a sociedade civil reclama tornar menos opacos os termos contratuais estabelecidos entre os governos e os investidores, visando proteger a Cidadania e garantir um desenvolvimento econômico efetivo que resulte em fortalecimento dos direitos e garantias fundamentais das pessoas, baseadas em conquistas materiais concretas. Ao mesmo tempo, busca evitar desmandos políticos que resultem em tragédias a toda coletividade.

É, portanto, na esteira dos interesses dos investidores internacionais, que visam à manutenção do mercado global, que os cidadãos podem conquistar ganhos efetivos à Cidadania, exigindo maior controle social sobre os contratos, permitindo que os legítimos interesses da coletividade sejam garantidos.

---

6 O colapso social seria decorrente da impossibilidade de manutenção de um sistema produtivo tão degradante que é incompatível com a própria existência humana. Logicamente, essa constatação se dá, em especial, por pressão causada pelas sociedades que, mobilizadas, configuram-se concreta ameaça a toda organização econômica vigente. Podemos afirmar, portanto, que aqueles que detêm controle econômico e, por conseguinte, decisório, cedem às reivindicações sociais por dupla motivação: por um lado, a mobilização e a convulsão social e, por outro, a lógica envolvida no sistema de produção capitalista que, norteado pela eficiência econômica, pressupõe o máximo de resultado com o mínimo de custos, inviabilizado, porém, sem a exploração do trabalho e a circulação de mercadorias e capitais.

2. A SIMBIOSE ENTRE DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL NA CONTEMPORANEIDADE

A intensificação do comércio internacional e a globalização vêm alterando profundamente a história humana, a sua organização político-econômica e desafiando, de forma contundente, os Estados-nação e suas economias nacionais através de intensos fluxos transfronteiriços de capitais.[7] Por um lado, os investimentos estrangeiros e o superabundante comércio entre as nações, orientados por princípios econômicos liberais, visam à facilitação da mobilidade de capital; por outro, a globalização esvazia, consideravelmente, a soberania e a autonomia dos Estados modernos ao mesmo tempo em que multiplica os atores e complexa as relações internacionais.

Dada sua vocação e orientação, o comércio e o investimento internacionais buscam maximizar o lucro resultante de suas operações. Afinal, quando os países capitalistas centrais estão com poupanças robustas, lhes é dificultado manter ou ampliar a remuneração sobre o capital, experimentando uma taxa de retorno muito baixa sobre os novos investimentos. Deste modo, é mais eficaz que o investimento deste capital excedente ocorra nos países periféricos e mais pobres, muito carentes de infraestrutura, que encontram no investimento estrangeiro a oportunidade adequada para buscar a superação dos entraves ao desenvolvimento econômico nacional, como um porto marítimo eficiente para o escoamento de comódites, por exemplo. Pela máxima liberal da oferta e da procura, estes Estados submetem-se, quase sempre, a uma elevada taxa de remuneração do valor recebido em investimento local.[8] Não à toa, o mercado financeiro globalizado vem permitindo ao capital privado experimentar a sua maior prosperidade desde 1913.[9]

A teoria econômica clássica é otimista ao enxergar neste fluxo financeiro a possibilidade de desenvolvimento e emancipação econômica dos países periféricos ao mesmo tempo em que é garantida a manutenção e expansão do capitalismo global. A realidade, infelizmente, está bem distante desta afirmativa: a despeito de alcançar os interesses econômicos dos investidores, as nações atreladas ao investimento estrangeiro não tem conseguido reduzir seu atraso produtivo e, historicamente, tem permanecido vinculadas aos seus investidores, escoando a riqueza produzida na justa medida em que permanecem tecnológica e economicamente dependentes. Frise-se, porém, o isolamento internacional sob nenhuma justificativa seria fonte de prosperidade e

---

7 Em outro trabalho, ensina Renata Alvares Gaspar que a globalização não é "só econômica, mas também social, jurídica e ideológica". (2009).

8 Evidência contundente da fragilidade econômica das nações periféricas frente ao mercado financeiro internacional está no que a mídia, a comunidade acadêmica jusinternacionalista e as organizações internacionais comumente denominam fundos abutres. Para Schmitt, "estes fundos obtêm seu lucro por meio da especulação e da cobrança de títulos de dívidas soberanas", garantindo "um alto retorno de investimento a um restrito grupo de investidores". Os Estados em situação econômica emergencial, altamente endividados, têm os seus títulos soberanos negociados em um mercado internacional paralelo, por um preço nominal inferior. Os fundos que adquirem a dívida soberana escolhem o momento adequado para executar judicialmente o débito integral, corrigido e atualizado, negando sua participação em qualquer negociação como, por exemplo, as de reestruturação da dívida, afinal, buscam maximizar os seus lucros, ainda que em detrimento do desenvolvimento estatal e dos direitos que envolvam a Cidadania (2015).

9 Nesse sentido, "a globalização financeira e a desregulamentação dos mercados nos anos 1990-2000 [...] permitiram que o capital privado recuperasse, no início da década de 2010 — apesar da crise de 2007-2008 —, uma prosperidade que não se via desde 1913" (PIKETTY, 2014).

desenvolvimento dos Estados-nação mais pobres e, muito menos, como anteriormente evidenciamos, favoreceria a globalização. Destarte, se o interesse de todos os atores inseridos nos fluxos econômicos globais é justo a sua continuidade, evidencia-se imprescindível que, além da proteção dos direitos econômicos dos investidores e a segurança jurídica que buscam para garantir a remuneração do capital invertido, o Direito Fundamental ao Desenvolvimento dos países seja respeitado.

A medida que os governos são cooptados pelos interesses econômicos dos investidores e maximizam a tutela jurisdicional à propriedade privada e aos direitos individuais sob o discurso de proteção adequada ao investimento privado que favoreça o desenvolvimento, a tensão social é, na mesma razão, ampliada. Por isso mesmo, os países muito dependentes do capital estrangeiro tendem à instabilidade política. Em que pese o Direito do Comércio Internacional na contemporaneidade ter avançado na proteção aos países em desenvolvimento[10], inclusive através do seu mais expressivo órgão, a OMC, "o mundo tem se tornado um local ideal para os fluxos econômicos e para o intercâmbio privilegiado entre as grandes empresas transnacionais", revelando-se dominado pelo horror econômico que não é capaz de considerar a "existência humana com qualidade e com sustentabilidade de longo prazo" (BEDIN, 2009).

Se o capital é um sujeito automático, sem moral ou limitação próprias e com elevada capacidade de cooptação e rearranjo a fim de privilegiar sua persecução intrínseca, a saber, a máxima lucratividade, é preciso que esteja sob constante regulamentação. Somente a sociedade civil bem organizada e estruturada em um governo democrático legítimo poderá garantir e fiscalizar o desenvolvimento e a implementação de políticas e garantias jurídicas eficazes que, ao permitirem a inserção de seus países nos mercados financeiros internacionais impeçam a livre circulação dos fluxos de capitais para resguardar os interesses da Cidadania. No entanto, isto só é possível se o investimento estrangeiro estiver direcionado à real formação das pessoas através da difusão do conhecimento — fonte primeira de riqueza e crescimento das nações; caminho mais óbvio à garantia do Direito Fundamental ao Desenvolvimento capaz de reduzir as desigualdades materiais próprias da dicotomia capitalista, um direito humano que deve ser perseguido para todos os povos do globo e que obriga toda a comunidade internacional.[11]

3. UM DIÁLOGO NECESSÁRIO

À medida que o comércio entre as nações se aprofundava, a complexidade das relações estabelecidas entre os diversos países — e os mais variados ordenamentos jurídicos em que estavam inseridos — desafiavam a expansão mercantil internacional12

10 Desse modo ensinam Renata Gaspar e Mônica Rodrigues em *A atuação da OMC frente aos desafios de concretização dos Direitos Humanos, em especial no tocante aos direitos trabalhistas:* uma perspectiva desde os países em desenvolvimento (BRICS) a ser apresentado no 14.º Congresso Brasileiro de Direito Internacional promovido pela Academia Brasileira de Direito Internacional em agosto e setembro de 2016. O original foi fornecido pelas autoras.

11 Antônio Augusto Cançado Trindade já afirmou que o movimento universal pelos direitos humanos é irreversível e não admite retrocessos (TRINDADE, 2001).

12 Sobre os desafios às relações internacionais acerca da pluralidade de ordenamentos jurídicos, Renata Alvares Gaspar, oportunamente, tratou o tema (GASPAR, 2014).

a ponto de, no início do século XX, a ONU criar, através de sua Assembleia Geral, um comitê incumbido da normatização que pudesse diminuir as barreiras comerciais existentes: o CNUDMI. Como as controvérsias mercantis internacionais são, comumente, solucionadas através da arbitragem, a comissão das Nações Unidas buscou aprimorar as relações comerciais desenvolvendo um regramento bastante especializado, capaz de oferecer segurança aos países atuantes no comércio global que, envolvidos em um litígio, pudessem dirimi-lo através de um procedimento arbitral juridicamente estabelecido. Apesar de, desde 1976, possuir regramento próprio para o procedimento arbitral, apenas em 2008 o órgão passou a debater a questão da transparência nas arbitragens de investimento entre particulares e Estados soberanos.[13] É justamente este o ano em que o mundo globalizado enfrentou a severa crise econômica da qual, oportunamente, já tratamos neste artigo. A problemática da falta de transparência e a necessidade de sua aplicação urgente não emergiram ao centro do debate, nas Nações Unidas, por um acaso: a crise financeira resultou em severa crise de confiança no mercado global, ameaçando a manutenção do próprio sistema financeiro que, fraturado, revelou a opacidade de sua arquitetura aos investidores, bem como a fragilidade de seus marcos regulatórios, conturbando a sistemática do fluxo de capitais e provocando o quase fechamentos dos mercados (KRUGMAN, 2008). Os contratos de investimentos internacionais realizados sob a obscuridade do segredo absoluto, em que pese a possibilidade de danos à Cidadania, expõem os investidores a uma insegurança latente, afinal, na mesma medida em que os detentores do capital, pressionados pela perda de lucratividade trazida pela crise, violam tais contratos em busca da maximização do lucro e compensação dos prejuízos, os Estados-nação inauguram medidas protecionistas a fim de estimular suas economias internas. Este movimento de pressão sobre os contratos gera disputa entre os investidores estrangeiros e os países receptores, aumentando a litigiosidade das relações internacionais. Evidência disso é o número de casos em que houve disputa arbitral no CIADI, *locus* habitual dos investidores, já que é o órgão de resolução de conflitos do Banco Mundial, em quesão percebidos 357 novos casos a partir de 2008. Em uma comparação histórica, desde 1972, há um aumento médio de 12 para 32 casos por ano.[14]

Assim, os Estados-membros da ONU, ao avançarem na regulamentação do tema construindo uma normatização jurídica que visa garantir a transparência[15] e o acesso público às arbitragens de investimento internacional, impondo, inclusive, sua

13 A CNUDMI foi constituída em 1966 e sua primeira sessão ocorreu dois anos depois, em 1968. Somente após quarenta assembleias, na 41.ª sessão, decidiu-se sobre a transparência nas arbitragens mistas de investimento como uma questão prioritária a ser discutida para que, como uma norma jurídica, pudesse vincular estados soberanos e seus investidores. Após a 46.ª sessão, em 1.º de abril de 2014, a exigibilidade jurídica da transparência passou a vigorar com o acréscimo de um quarto parágrafo ao artigo primeiro das Regras de Arbitragem da CNUDMI.

14 Entre 1972 e 2016, foram 567 casos — uma média de 12 casos por ano; entre 2008 e 2016, esta média aumentou para 32 casos por ano, totalizando 357 registros. Apenas em 2008, foram 37 novos procedimentos arbitrais junto ao Banco Mundial.

15 O Grupo de Trabalho II definiu, em sua 48.ª sessão, que regulamentar a transparência é "aperfeiçoar as regras de publicidade das ações, do acesso público aos documentos e às audiências e da intervenção dos *amicus curiae*" garantindo aos tribunais arbitrais, contudo, "proteger toda informação verdadeiramente confidencial, com a presunção de acesso livre e público às ações". E, de acordo com o Regramento CNUDMI sobre a Transparência, informação confidencial é a informação comercial confidencial; a informação restringida por Tratado; a informação protegida por ordem legal interna; a informação que impeça o cumprimento da lei e a informação essencial à segurança.

obrigatoriedade aos procedimentos arbitrais desenvolvidos sob o regramento CNUDMI e, posteriormente, editando a Convenção de Maurício[16] sobre Transparência, buscam, em última, conceder maior legitimidade às decisões arbitrais e segurança aos litigantes, fomentando[17] o mercado de investimentos internacionais. Ao mesmo tempo, a Cidadania colhe os benefícios de poder fiscalizar[18] os procedimentos arbitrais cujas decisões podem ameaçar prejuízos aos cidadãos do Estado receptor de investimento estrangeiro.

À MODO DE CONCLUSÃO: UM DIÁLOGO POSSÍVEL

Por mais que a persecução pelo lucro máximo incentive práticas mercantis que buscando reduzir custos, sob a justificativa do aumento da competitividade, empobrecem as sociedades a nível global, não interessa às forças econômicas internacionais o colapso absoluto da civilização humana; afinal, em um cenário globalizado de instabilidade social e política generalizada, seria inevitável a miséria de quase todos, inviabilizando a continuidade do sistema econômico e produtivo vigente baseado no trabalho humano e na circulação de mercadorias e capitais (SANTOS, 2012). A sociedade civil encontra, justamente em momentos críticos como o que conhecemos em 2008, a oportunidade para frear os interesses econômicos e construir espaços de poder político que voltem sua atenção à Cidadania. Se parece ingênuo crer que as gentes mobilizadas podem conter os anseios econômicos através da participação política, é absolutamente descabido desprezar o espaço de luta ofertado pelo sistema jurídico vigente que, embora certamente não pensado para a Cidadania, não pode ser renunciado pelos que o controlam, sob pena de colapso de toda a organização política, social e econômica conhecida. O desafio erigido é, portanto, que a participação cidadã seja, de fato efetiva, afastando a dissimulação e o cinismo dos grandes *players* do mercado econômico mundial que, na defesa de seus próprios interesses, buscam o controle dos mecanismos políticos nacionais e internacionais.

Para que o diálogo entre o direito ao desenvolvimento e o direito do comércio internacional seja frutífero são percebidos dois grandes desafios: o controle cidadão da economia e a construção de um sistema democrático de governança global. Aqui, o segundo só é possível se alcançado o primeiro.

---

16 Trata-se da Convenção das Nações Unidas sobre a Transparência nas Arbitragens entre Investidores e Estados no Marco de um Tratado pretende ampliar a aplicação prática do regramento sobre transparência das Nações Unidas e está disponível para assinatura desde 2015. Entrará em vigor após o depósito de cinco Estados-membros. Apesar de assinado por dezessete países, apenas Maurício realizou o depósito, até o momento.

17 Uma das consequências da implementação de práticas transparentes aos procedimentos arbitrais é o surgimento de um banco jurisprudencial que facilite, agilize e garanta decisões bem fundamentadas e, portanto, mais seguras e eficazes (ARROYO, 2016).

18 O regramento sobre transparência da CNUDMI habilita poderosas ferramentas de controle para a sociedade civil. São elas: a publicidade de todos os elementos constitutivos do procedimento arbitral, incluindo os documentos produzidos pelas partes ou pelo tribunal; a realização de audiências públicas, bem como a disponibilização da transcrição das mesmas; a disponibilização das provas periciais, documentais e testemunhais (a requerimento de qualquer pessoa ou por determinação do tribunal); e a possibilidade de intervenção de terceiros interessados, incluindo o *amicus curiae*.

Enquanto não se percebe qualquer vantagem no isolamento internacional, a globalização financeira desregulamentada ameaça aos Estados nacionais e, sem o controle jurisdicional último, expõe seus cidadãos às maiores injustiças sociais (DELMAS-MARTY, 2003). Não é novidade que o fluxo financeiro transnacional se dá a partir de um processo, além de econômico, político e militar sensibilizado pela extrema concentração de capital sob controle das grandes corporações que, ao estabelecerem competição entre os Estados, reforçam a desigualdade. É justamente porque não há controle da cidadania sobre o fluxo de capitais que os Estados nacionais, muitas vezes aparelhados por representantes dos agentes econômicos e através da corrupção, sob pretexto da busca por investimentos internacionais e consequente desenvolvimento econômico, inauguram verdadeiras guerras tributárias, flexibilizando a tributação nacional através dos incentivos fiscais que, sem planejamento em longo prazo, apenas corroem a garantia de direitos sociais com efetivo prejuízo à Cidadania.

É importante para a sociedade civil apropriar-se dos debates acerca da transparência nos investimentos internacionais porque o mundo globalizado tem se revelado lugar propício para a circulação de mercadorias e para o fluxo de capitais, mas bastante hostil para as pessoas humanas[19]. Se o sistema econômico está fraturado pela dicotomia entre aparelhar os mecanismos de governança e reforçar as ferramentas de transparência, vislumbrando vantagens e desvantagens em ambos os movimentos de acordo com o momento histórico, a Cidadania pode encontrar espaço em ambas as frentes. Em um, demandando, reivindicando e lutando pelo estabelecimento de governos legítimos e eficazes que, democraticamente, regulamentem o fluxo de capitais dentro dos Estados soberanos, garantindo um desenvolvimento econômico sólido e concreto; em outro, o fortalecimento dos Direitos Humanos como uma agenda mundial urgente que torne benéfica a globalização econômica socializadora não apenas das perdas, mas especialmente dos ganhos; através da consolidação de instituições internacionais multilaterais verdadeiramente democráticas que, respeitando a pluralidade e a diversidade global, possam afastar a violência e a barbárie (CASELLA, 2009) reflexas do modo de produção e circulação de riquezas estabelecido, sustentado no acúmulo e na exclusão.

Ao adquirir controle sobre o fluxo financeiro internacional, através, especialmente, do aprofundamento da transparência, a Cidadania, mais do que enfrentar uma questão fiscal, estará oportunizando um sistema globalizado de governança democrática que propicie a participação da sociedade civil na tomada de decisões.[20] Se os que detêm o poder econômico são incansáveis na defesa dos seus interesses, a Cidadania tem na fraternidade um modelo de existência humana e, principalmente, um antídoto à degradação social provocada pelos consecutivos ataques que vem sofrendo a democracia em todo o mundo.

19 Lier Pires Ferreira demonstra, através de dados oficiais, inclusive da ONU, que a globalização tem se mostrado bastante excludente, com milhões de pessoas suportando a extrema pobreza, ou seja, a pobreza que, literalmente, mata. (FERREIRA, 2011).

20 A fiscalização da sociedade civil organizada e mobilizada é imprescindível. Governos legitimados por outros interesses que não os da Cidadania, como bem afirma Paulo César Carbonari, assinam acordos comerciais que violam direitos humanos. Ao mesmo tempo, a apropriação do discurso dos direitos humanos por governos e agentes econômicos tem esvaziado seu caráter emancipatório (CARBONARI, 2001).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARROYO, Diego P. Fernandez. Transparencia en el arbitraje de inversiones. In: TANZI, A. et al. (Orgs.). **International Investment Law in Latin America:** problems and prospects. Boston: Nijhoff, Leiden, 2016. pp. 244-271.

BEDIN, Gilmar Antonio. A sociedade atual e seus três grandes desafios políticos. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (Orgs.). **Direito Internacional:** homenagem a Adherbal Meira Mattos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 173.

BERRÓN, Gonzalo. Poder Econômico, Democracia e Direitos Humanos: um novo debate internacional sobre Direitos Humanos e empresas. **Sur: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 20, n. 11, p.127, dez. 2014.

CARBONARI, Paulo César. Globalização e direitos humanos: identificando desafios. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). **Direitos Humanos Internacionais:** avanços e desafios no início do século XXI. Recife: Programa dhINTERNACIONAL, 2001, pp. 100-103.

CASELLA, Paulo Borba. Direito Internacional e Dignidade Humana. In: CASELLA, Paulo Borba; RAMOS, André de Carvalho (Orgs.). **Direito Internacional:** homenagem a Adherbal Meira Matos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 254.

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI). **Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI:** reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, 2013.

____. **Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado.** 2013.

____. **Archivo de la información publicada en virtud del artículo 8 del proyecto de reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado** nota de la Secretaría. Viena: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2013. 8 p.

____. ____: proyecto de convención sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado: copilación de las observaciones de los gobiernos. Viena: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2013. 10 p.

____. ____: ____: nota de la Secretaría. Viena: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2013. 14 p.

_____. ____: ____: recopilación de observaciones. Nova Iorque: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2014. 4 p.

____. **Archivo de la información publicada en virtud del artículo 8 del proyecto de reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado.** Viena: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2013. 15 p. Nota de la Secretaría.

____. ____: proyecto de convención sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado: nota de la Secretaría. Nova Iorque: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2014. 16 p.

____. ____: ____: recopilación de las observaciones de los gobiernos. Viena: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 2013. 3-7 p.

DELMAS-MARTY, Mereille. **Três Desafios para um Direito Mundial.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, pp. 134-137. Tradução de Fauzi Hassan Choukr.

FERREIRA, Lier Pires. **Direito internacional, petróleo e desenvolvimento.** São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 210-214.

FRANCO, Alberto Silva. A crise financeira de 2008: cinco anos depois. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** (RBCCrim), São Paulo, v. 103, pp.131-156, 2013.

GASPAR, Renata Alvares. **Cooperação Jurídica no Mercosul:** nascimento de um Direito Processual Civil Mercosurenho. Santos: Leopoldianum, 2014, pp. 20-23.

____. **Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2009, pp. 111-124.

GASPAR, Renata Alvares; RODRIGUES, Mônica Nogueira. A atuação da OMC frente aos desafios de concretização dos Direitos Humanos, em especial no tocante aos direitos trabalhistas: uma perspectiva desde os países em desenvolvimento (BRICS). In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL, 14. **Anais...** Academia Brasileira de Direito Internacional, ago.-set. 2016.

GRUPO DE TRABAJO SOBRE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN. **Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48.º período de sesiones (Nueva York).** Nova Iorque: Asamblea General de Las Naciones Unidas, 4-8 fev. 2008. 28 p.

ICSID . **Cases Database.** 2016. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>. Acesso em: 08 jun. 2016.

KINDLEBERGER, Charles; ALIBER, Robert. **Manias, Panics, and Crashes:** a history of financial crises. 5. ed. Hoboken: Wiley, 2005, pp. 8-14.

KRUGMAN, Paul. O momento da verdade. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 11 out. 2008. Economia, p. B-4.

LEISTER, Margareth Anne. Estado de Direito e Comércio Internacional. In: BASSO, Maristela; PRADO, Mauricio Almeida; ZAITIZ, Daniela (Orgs.). **Direito do Comércio Internacional:** pragmática, diversidade e inovação. Curitiba: Juruá, 2011. p. 276.

PIKETTY, Thomas. **O capital do século XXI.** Tradução: Monica Baumgarten. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. 669 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Portugal:** ensaio contra a autoflagelação. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012. 256 p.

SCHMITT, Guilherme Berger. Os fundos abutres: meros participantes do cenário internacional ou sujeitos perante o direito internacional? **Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)**, Brasília, v. 12, n. 2, pp.383-392, fev. 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado. In: LIMA JUNIOR, Jayme Benvenuto (Org.). **Direitos Humanos Internacionais:** avanços e desafios no início do século XXI. Recife: Programa dhINTERNACIONAL, 2001, p. 17.

RECEBIDO EM: 04/01/2017
APROVADO EM: 15/04/2017

CRIME E CONGRESSO NACIONAL NO BRASIL PÓS–1988: UMA ANÁLISE DA POLÍTICA CRIMINAL APROVADA DE 1989 A 2006

Thayane Brito de Jesus[1]

Ana Claudia Cifali[2]

Na obra *Crime e Congresso Nacional no Brasil pós-1988: uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006* (2010), pesquisa realizada por Campos, são analisadas as políticas criminais adotadas pelo parlamento brasileiro, analisando-se a produção das principais leis aprovadas no âmbito da segurança pública e justiça criminal entre 1989 a 2006. Assim, é colocada em pauta a discussão teórica internacional com relação aos modelos e políticas de controle do crime produzidas desde meados dos anos sessentas, no sentido de se descobrir se efetivamente houve um endurecimento da legislação brasileira referente ao tema. Para isso, a pesquisa foi dividida em dois momentos, no primeiro, realizando-se um mapeamento do material coletado e, posteriormente, identificando os modelos de punição propostos pelas normas.

O autor aponta que, com relação às divergências teóricas acerca do controle da criminalidade, é possível classificar as diversas teorias em duas dimensões: a) correntes que examinam motivações individuais e sociais que levam as pessoas a cometer crimes, como a teoria econômica do crime e a teoria das janelas quebradas-políticas de tolerância zero-, e b) correntes que traçam uma relação entre criminalidade, cultura e as mudanças nos modelos de organização social.

Nesse contexto, aponta que, para a teoria econômica do crime, o indivíduo calcula os custos e os benefícios esperados de suas ações quando decide por condutas contrárias ou conformes à lei, bem como as compara com os resultados que podem ser obtidos a partir de seu labor no mercado legal, considerando a severidade da punição e as probabilidades com relação ao aprisionamento. Para Becker (1968), um dos principais nomes associados à teoria, o criminoso seria dissuadido do cometimento de crimes através da multa, que é uma forma de punição que representa uma compensação pelas perdas sociais das vítimas. Todavia, se o resultado do crime viesse a causar mais prejuízos externos do que o ganho privado do criminoso (como em um estupro ou homicídio, por exemplo), haveria a necessidade de que a multa fosse complementada com a pena de prisão, pois não existiriam maneiras de as vítimas serem 'compensadas' pelos ofensores. Desta forma, a partir da teoria da escolha racional, os crimes são concebidos como fenômenos regulares e previsíveis, indicando que as ações dirigidas ao controle da criminalidade fossem na direção do governo de hábitos sociais e econômicos da parcela

1 Graduanda em Direito da Universidade Federal da Grande Dourados. thayanebrito@outlook.com

2 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2010); Mestre em Cultura de Paz, Conflitos, Educacação e Direitos Humanos pela Universidad de Granada - UGR (2012); Especialista em Ciência Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2013); mestranda do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS - Bolsista CAPES-CNJ, Acadêmico. Advogada (OAB/RS 80390). anaclaudiacifali@gmail.com

da população tida como "problemática", ou seja, aqueles que supostamente assumem os riscos pela prática delitiva.

No caso de New Jersey, berço da teoria das janelas quebradas, é atribuído um grande valor ao patrulhamento e à vigilância devido ao "alívio e segurança" que ela proporciona. Os defensores da teoria argumentam que a desordem é um fator determinante para o aumento dos índices de criminalidade, daí advindo a necessidade de um policiamento comunitário efetivo e constante, como principal forma de prevenção ao crime. Por esta perspectiva, moradores de rua, adolescentes e prostitutas são considerados como pessoas indisciplinadas, as quais, por sua simples presença, causariam mal estar às comunidades. Assim, a função principal da polícia seria a manutenção da ordem, por meio do controle de grupos considerados como fontes de temor. Além disso, consideram essencial o fortalecimento de mecanismos de controle social informais a partir da própria comunidade.

Para as chamadas teorias situacionais, as políticas sobre a criminalidade devem tornar-se ações concebidas para governar hábitos sociais e econômicos, encontrando na população vulnerável economicamente seu alvo preferencial, gerando efeitos importantes como a estigmatização e a exclusão social de setores pobres e marginalizados. Assim, as consequências destas ações estatais iriam para além do Estado e do sistema de justiça criminal, buscando controlar a população e, também, influenciar a conduta das chamadas "vítimas potenciais", para que estas adotem hábitos para evitar a vitimização. Esta última estratégia tem como resultado o enfoque na responsabilidade individual dos indivíduos por sua própria segurança, afastando-se a responsabilidade do Estado e incentivando a busca por mecanismos privados de proteção.

Ao passar dos anos, com a redução do Estado de bem estar social, verifica-se a queda do chamado "*welfarismo* penal", perspectiva que entendia ser possível a ressocialização do sujeito considerado criminoso, o que, segundo alguns autores, deu lugar a práticas mais severas no campo do controle do crime, em que o Estado precipuamente pune, e não mais se preocupa em reeducar os indivíduos aprisionados. Nesse sentido, a tese de Wacquant (2001) versa sobre o chamado Estado Penal, termo utilizado para caracterizar o aumento da repressão estatal e do encarceramento massivo. Segundo o autor, a configuração de um Estado Penal traz consigo não somente uma maior repressão a crimes de alto potencial ofensivo, como também a condutas de menor potencial ofensivo e de condutas que antes não eram tipificadas em lei.

De acordo com Wacquant, o recrudescimento penal implementado pelo Estado traz como consequência a chamada criminalização da miséria, eis que as políticas penais voltam-se para a repressão, tornam-se mais duras e abrangentes e punem, principalmente, aqueles que fazem parte da parcela mais vulnerável da população, deixando-se de lado o ideal ressocializador. O autor fala em uma penalidade neoliberal, com um Estado menos econômico e social, e mais policial e penal.

Por sua vez, Garland (1999 e 2001), destaca a relação entre o controle do crime e os modelos de sociabilidade da vida contemporânea. O autor aborda o tema do crime e do controle do crime como artefatos culturais, considerando o conjunto de ações para o enfrentamento do delito. Assim, busca verificar as mudanças que se produziram na resposta social ao delito durante os últimos trinta anos e as forças sociais, culturais e

políticas que, por sua vez, influenciaram transformações do pensamento criminológico, das políticas criminais e das práticas sociais.

Garland aponta que o declínio do "*welfarismo* penal", política baseada na tradição liberal dos direitos humanos e relacionada ao ideal ressocializador, levou à sua substituição por uma política penal mais severa, pautada pela defesa social como principal preocupação estatal. Ainda, aponta para o resgate do papel da vítima, a perda de confiança nas respostas tradicionais e nos atores estatais responsáveis pelo controle do delito, o que teria levado a uma nova configuração do campo do controle do crime, marcado pelo caráter emocional e simbólico da política criminal, cada vez mais influenciada pela mídia e pela opinião pública. O autor aponta algumas tendências que configuram essa nova maneira de lidar com o problema da criminalidade, entre as quais se destacam a preferência pela gestão do risco contemporâneo, a preponderância da finalidade retributiva e a opção pela segregação punitiva (visando a neutralização dos sujeitos considerados perigosos pela sociedade).

A partir de tais aportes teóricos, levando em consideração que o excesso e a "dureza" são características das políticas de combate ao crime na contemporaneidade e que o processo de racionalização exacerbada dos riscos produz uma criminalização igualmente exacerbada de condutas, Campos busca observar a seguinte questão: "quais as principais direções e tendências das políticas adotadas no Brasil pós-1988?", considerando que os modelos expostos podem ser combinados ou coexistirem dependendo do contexto analisado.

No Brasil, devido à deficiência na garantia dos direitos dos indivíduos e das condições mínimas para que os mesmos possam viver dignamente, com o aumento da criminalidade e também da sensação de insegurança da população, cada vez mais são adotadas medidas rigorosas de controle da criminalidade, que muito penalizam e encarceram, no intuito de conter os problemas que decorrem, em grande medida, da omissão Estatal, gerando um ciclo permanente de crime, violência e mais punição.

Ao analisar a legislação criminal aprovada entre 1989 e 2006, Campos aponta que ela seguiu três direções: a) com medidas despenalizadoras aplicáveis a crimes considerados de menor potencial ofensivo, aplicação de medidas alternativas e ampliação dos direitos dos acusados; b) com um recrudescimento de leis penais já existentes e a criação de novos tipos penais; e ainda, em número menor, c) trouxe as chamadas 'leis mistas', que ao mesmo tempo em que ampliam direitos, criminalizam certas condutas.

A obra também evidenciou que, no âmbito penal, o maior número de leis aprovadas ocorreu nos primeiros anos em que governos diferentes assumiram o poder, o que pode estar relacionado a três fatores principais: os primeiros anos de mandato representam a época "certa" para cumprir promessas; é preciso que as leis sejam aprovadas nos primeiros anos para que nos anos eleitorais seja possível verificar os eventuais benefícios das mesmas; e, em anos eleitorais, devido às campanhas que tomam muito tempo, os parlamentares acabam diminuindo muito a sua atividade parlamentar.

Em pesquisa realizada recentemente, intitulada *A Política Criminal Brasileira no Governo Lula (2003-2010):* diretrizes, reformas legais e impacto carcerário, foi possível ratificar os resultados encontrados pelo autor, tendo em vista que grande parte das reformas legais realizadas durante o governo Lula ocorreu em seu primeiro ano de mandato. Neste primeiro momento do governo, entre a legislação aprovada no

primeiro ano de governo de Lula, podemos destacar algumas que trouxeram grandes mudanças em comparação ao estabelecido anteriormente, quais sejam: a) do Estatuto do Desarmamento (lei n.º 10.826/2003), b) a lei que estabelece o Regime Disciplinar Diferenciado (lei n.º 10.792/2003), c) o Estatuto do Idoso, lei n.º 10.741/2003.

Os anos de 2006 e 2009, datas que antecederam os anos de disputa eleitoral, foram os segundos em maior incidência de reformas legais relacionadas à penalidade. Em 2006, por exemplo, ano anterior à eleição que levaria ao segundo mandato de Lula, foram sancionadas cinco leis: a) a lei n.º 11.428/2006 e a lei n.º 11.284/2006, referentes a crimes ambientais; b) a lei n.º 11.343/2006, a nova lei de Drogas ; c) a lei n.º 11.340/2006, a lei n.º Maria da Penha; e d) a lei n.º 11.313/2006, que alterou de um para dois anos o limite máximo de pena para os delitos serem considerados de menor potencial ofensivo. Percebe-se, assim, que, em relação à distribuição de leis por anos de mandato, leis de grande relevância editadas durante o governo Lula foram sancionadas ou no primeiro ano de mandato ou no ano da disputa à reeleição, sugerindo a importância da legislação penal como plataforma de governo, como destacado por Campos em sua pesquisa (CIFALI, 2016).

Além disso, verificou-se que, devido ao pequeno número de leis aprovadas (N=40) originária dos parlamentares, não existe um padrão de associação entre determinados partidos e tipos de leis aprovadas. No entanto, algumas outras observações puderam ser feitas. Parlamentares da região Sudeste foram autores de 60 % da legislação penal produzida, o que foi relacionado a dois fatores: altas taxas de criminalidade e grande urbanização.

Ademais, ainda que não seja função precípua do Executivo legislar, 42,9 % das leis aprovadas no interregno analisado no trabalho foram de sua iniciativa, enquanto 54,8 % foram do Congresso Nacional, motivo pelo qual é possível aferir que o Executivo detém um grande poder de decisão no que diz respeito à produção de leis penais.

Além disso, as leis propostas pelo Executivo tramitaram mais rapidamente que as de iniciativa de outras casas legislativas, o que se relaciona com os apontamentos de autores como Limongi e Figueiredo (2001), os quais destacam o poder de agenda do Executivo e os mecanismos com os quais conta para agilizar a aprovação de seus projetos. É o caso da lei n.º 9.714, que alterou o Código Penal e estabeleceu as chamadas penas restritivas de direitos, sendo apresentada no dia 26/12/1996 e sancionada pelo chefe do Executivo no dia 25/11/1998; bem como a lei n.º 11.340 de 2006, conhecida como lei Maria da Penha, que foi apresentada no dia 3/12/2004 e sancionada no dia 07/08/2006.

Por outro lado, o Congresso Nacional foi o maior responsável pelas iniciativas de lei que, de alguma forma, visaram ampliar direitos e garantias. Têm-se como exemplos: a lei n.º 8653 de 1993, que proíbe o transporte de presos em compartimentos de proporções reduzidas, com ventilação deficiente ou ausência de luminosidade; a lei n.º 7.871 de 1989, que determina a criação da Defensoria Pública; a lei n.º 9.520 de 1997, que resguardou que a mulher casada poderia exercer o direito de queixa sem o consentimento do marido; a lei n.º de Execução Penal (lei n.º 7.210/84); entre outros.

Das leis que visaram ampliar direitos, 15,8 % foram aprovadas em até seis meses, 31,6 % entre um e dois anos, e 21,1 % entre 2 a 3 anos; somando-se esses percentuais, 68,5 % dessa categoria de lei foi sancionada entre um a três anos de tramitação. Do

restante, 26,3 % entre três a cinco anos, e uma lei, representando 5,3%, foi aprovada com o tempo de tramitação entre cinco a dez anos.

Já as leis mais punitivas foram aprovadas mais rapidamente do que quaisquer outras espécies de leis pesquisadas, pois 50 % delas foram aprovadas em até um ano de tramitação. O restante ficou disposto da seguinte forma: 10 % delas tramitaram de um a dois anos, 15 % delas de dois a três anos, 20 % delas de três a cinco anos e 5 % delas de cinco a dez anos. No que toca às leis mistas, Campos frisa que estas existem em um número tão pequeno que não foi possível inferir alguma tendência de tempo de tramitação.

Das oitenta e quatro leis analisadas, vinte delas caracterizam a tendência chamada de recrudescimento penal, enquanto dezenove delas visam, de alguma forma, ampliar direitos e garantias. Dessa forma, é possível perceber o que Campos aponta como a coexistência entre princípios diferentes de justiça na política criminal, com iniciativas legais reativas e repressivas, e iniciativas garantistas e (ou) preventivas. Assim, haveria a combinação entre normas produzidas sob um viés mais igualitário e garantidor de direitos a todos os cidadãos, e a produção de normas de caráter punitivo e hierarquizante, nas quais a criminalização leva em consideração o *status* do criminoso, influenciada por estereótipos sociais. Ademais, afirma que a dinâmica da política criminal brasileira pós oitenta e oito exibe um processo de criminalização que resulta de múltiplas iniciativas, tanto de reações da opinião pública, do aparato de segurança pública e de políticos, como da reivindicação de movimentos sociais e pela garantia de direitos de alguns grupos da população.

O autor aponta que as políticas de segurança pública e a política criminal formulada no Brasil após 1988 sugerem diferentes conflitos sociais e demandas da sociedade brasileira. Além disso, destaca que, sob a perspectiva parlamentar e do Executivo, "a resolução civil de problemas e conflitos ainda está subordinada a perspectiva penalizadora" (CAMPOS, 2010, p. 197).

Por fim, vale lembrar que nosso sistema carcerário é palco de diversas violações de direitos e de torturas físicas e psicológicas. Além disso, os altos índices de reincidência expressam um fracasso no que se refere à finalidade ressocializadora formalmente anunciada, como exposto no artigo primeiro da LEP. No tocante à segurança pública, para satisfazer os anseios (legítimos) por segurança de uma sociedade marcada pelo autoritarismo e pela seletividade das agências de controle penal, cada vez mais nosso sistema prisional é sobrecarregado, porém, prioritariamente, são alvos de controle os chamados clientes tradicionais do sistema penal brasileiro: negros, pobres e de baixa escolarização.

Além disso, cabe ressaltar que a sociedade exerce um papel fundamental na criação de leis mais punitivas no âmbito da política criminal, pois, impulsionada pelo sentimento de insegurança que é emoldurado pelos grandes veículos de comunicação de massa, clama ao poder público por mais segurança através do rigor penal, acreditando que o sistema penal pode ser a chave para a resolução dos problemas que assolam a população brasileira, relegando-se a um segundo plano as políticas sociais e preventivas que poderiam auxiliar no enfrentamento da problemática.

Assim, percebe-se que a ambiguidade é uma característica que perpassa a legislação penal brasileira, motivo pelo qual apontamos que tal ambivalência advém tanto da

tendência de elaboração de leis emergenciais quanto pela heterogeneidade dos atores e partidos (uns mais conservadores, outros mais liberais) que participaram do governo e da elaboração da política criminal no Congresso Nacional, expressando um amálgama de crenças, sentimentos e desejos distintos, assim como as diferentes concepções sobre a utilidade do direito penal pela sociedade e pelos setores políticos.

Por fim, as legislações recrudescedoras e penalizantes trazem consequências profundas, muito mais impactantes do que as legislações que buscam garantir direitos aos acusados e apenados, o que indica uma monotonia na intervenção estatal no que tange à política criminal, eis que a perspectiva penalizadora e carcerizante é identificada como a principal forma de intervenção nos conflitos presentes no espaço social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional:** uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006, 242 f. IBCCRIM, São Paulo, 2010.

CIFALI, Ana Claudia. **A Política Criminal Brasileira No Governo Lula (2003-2010):** diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. São Paulo: IBCCRIM, 2016.

FIGUEIREDO; Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. Executivo e Legislativo na Nova Ordem Constitucional. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2001.

RECEBIDO EM: 22/10/2016
APROVADO EM: 03/04/2017