CAPES
QUALIS B1



Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar.



ISSN 2177-7837 - Dourados, v. 10, n.19, jan./jun. 2018

Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da FADIR/UFGD

UFGD editora

VIDERE

v. 10, n. 19

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 Católica 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. 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. Sebastião Patrício 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. 10, n. 19, jan./ jun. 2018) - Dourados, MS : UFGD, 2018 -.

Semestral

e-ISSN: 2177-7837

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

Revista VIDERE
Ver, olhar, considerar.
ISSN 2177-7837
v.10 n.19, jan./jun. 2018

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos
da Universidade Federal da Grande Dourados – UFGD
Videre, Dourados, MS, v. 10, n.19, jan./jun. 2018

VIDERE
v. 10, n.19, jan./jun., 2018

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
Ana Baronceli – arquiteta e autora do desenho

PRODUÇÃO GRÁFICA
Everson Umada Monteiro - Publicitário e Mestre em Comunicação (UFMS)

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 9

APRESENTAÇÃO 11

POVOS DA MATA NA TERRA SEM MATO 15
Verônica Maria Bezerra Guimarães

DESCOLONIZAÇÃO JURÍDICA DAS ASSOCIAÇÕES PELAS PRÁTICAS SOCIOCULTURAIS: A EXPERIÊNCIA DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU DO MARANHÃO E DOS PIAÇABEIROS DO AMAZONAS 30
Luciano Moura Maciel

A ABORDAGEM CIENTÍFICA-INSTRUMENTAL DO *NEXUS WATER-FOOD-ENERGY* COMO MÉTODO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA AMBIENTAL INTEGRADA NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS 53
André Augusto Giuriatto Ferraço Santana
Gabriela Garcia Batista Lima Moraes

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS AO POVO KAINGANG CONSTANTES NO RELATÓRIO FIGUEIREDO 69
Luana Menezes Lira

A CONTRIBUIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES: O IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DOS ESTADOS 88
Vladimir Pinto Coelho Feijó

PRINCÍPIOS JURÍDICOS: OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO EXPRESSÃO DE SEU ENTENDIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 111
Hugo Schayer Sabino

A TRIBUTAÇÃO E A EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO DE FOMENTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS 121
Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior
Marcus Mauricius Holanda
Tânia Luíza Calou de Araújo e Mendonça

DIREITOS HUMANOS LINGUÍSTICOS: O IDIOMA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO IMIGRANTE 135
Thais Silveira Pertille
Marcelo Cesar Bauer Pertille

MINORIAS SEXUAIS E HOMOFOBIA NO DIREITO BRASILEIRO: BREVES DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS 148
Gabriela Soares Balestro
Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESARROLLADAS FUERA DEL PODER PÚBLICO Y SU CONTRIBUCIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA CIENCIA 177
Fernando de Oliveira Torres
Nicolas Addor

FUNDAÇÕES ABALADAS: DIREITO, POLÍTICA E SOBERANIA NO PRIMEIRO QUARTEL DO SÉCULO XIX BRASILEIRO 193
David F. L. Gomes

O NAZISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOTAS SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO DE FRANZ STANGL 229
Ulisses Levy Silvério dos Reis
Gustavo César Machado Cabral

OS SISTEMAS TRIBUTÁRIOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E DA TRIBUTAÇÃO JUSTA 246
Carlos Eduardo Gonçalves De Godoi
Elizabete Rosa de Mello

"HOJE ÉS NEVOEIRO...": LINHAS SOBRE O CONTEÚDO E SENTIDO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO 263
Gustavo Seferian Scheffer Machado

DEMOCRACIA, MORAL E DECISÃO 283
Matheus Henrique dos Santos da Escossia

A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E OS PENSAMENTOS DE BOBBIO E ARENDT NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO E AO LAZER 304
Daniela Menin

POLÍTICAS SOCIAIS, ESTADO E A REFORMA AGRÁRIA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988 323
Edir Vilmar Henig

EM TEMPOS DE FASCISMO SOCIAL, CALAR É CONSENTIR: DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE/RS E A REALIDADE DENUNCIADA POR BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS 350
Jean Lucca de Oliveira Becker
Renato Duro Dias

ANABOLIZANTES: ENTRE OS LIMITES DO *FAIR PLAY*, DA ESTÉTICA E DO CRIME 366
Joedson de Souza Delgado
Ivo Teixeira Gico Júnior

IMPEACHMENT EN BRASIL POS-DILMA: ¿ULISES DESATADO POR HERMES? EL "CANTO DE LAS SIRENAS" HERMENÉUTICO-CONSTITUCIONAL 385
Bruno César Machado Torres Galindo

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 encontrava-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/rescensão; 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 *double 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

O processo de confecção da Revista *Videre*, da Faculdade de Direito e Relações Internacionais vinculada ao Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da Universidade Federal da Grande Dourados, se faz por meio de uma artesania científica. Pesquisadores e pesquisadoras nacionais e internacionais depositam seus estudos no sistema de editoração da Revista. Em um gesto voluntário, de entrega e construção da ciência, partilham suas artes. Os avaliadores e avaliadoras, como artesãos com suas leituras atentas e criticidade aguçada, em meio aos seus mundos, repletos de afazeres, dedicam horas, conhecimentos e vidas na seleção das pesquisas científicas. A editoração e diagramação sistematiza e traz à tona semestralmente artes emolduradas com letras, teorias e saberes que buscam contribuir com as ciências sociais e humanas.

Em 2018, a Revista *Videre* completa nove anos, desde sua primeira edição, no ano ímpar de 2009. O conjugar de cada novo ano abre novos desafios e conquistas. O fluxo de artigos, após a elevação da Revista para Qualis superior (B1), aumentou sobremaneira. Para a edição que ora se está a apresentar, foram recebidos em torno de cento e trinta artigos nacionais e internacionais, que passaram por duzentos e sessenta avaliadores, dos quais vinte artigos foram selecionados, após criteriosa análise.

Importante conquista da Revista *Videre* alcançada pelos esforços da Editora da UFGD, no ano de 2018, foi o registro no padrão *Digital Object Identifier*, DOI. Assim, os artigos da Revista *Videre* passam a ser identificados digitalmente por meio de um número único e exclusivo.

Outro extraordinário avanço é a indexação da Revista *Videre* na base internacional *Directory of Open Access Journals,* DOAJ, desenvolvida a partir da Universidade de Lund, na Suécia, que busca sistematizar todas as publicações científicas em sua base, aumentando a visibilidade e a facilidade de localização do material.

Como nem tudo são flores, a índia grafitada no muro do CEUD – UFGD pelo artista Amarelo, que ilustra a Revista *Videre*, desde sua primeira edição, da noite para o dia, foi apagada. Sobre a arte, outra pintura se fez. Simbolicamente, em um município que desrespeita as muitas etnias que nele há e que, cotidianamente, apaga vidas pela fome, indignidade e desrespeito às muitas formas de ser, fazer e viver, o gesto de apagar a arte soma-se ao peso da desimportância atribuída aos seres humanos indígenas. Entretanto, esses sujeitos políticos lutam e constroem suas formas de resistência e vivência, mesmo em meio ao holocausto. Mais do que nunca, o grafite do artista Amarelo passa a ter ainda mais sentido para a Revista *Videre*, pois mesmo mitigado seguirá estampado na Revista, como forma de demonstrar a existência e resistência daquelas e daqueles que, injustamente, são invisibilizados por escolhas humanas.

A edição 2018.1 conta com artesanias científicas dos autores e autoras que a constituem, vinculadas a vinte e duas instituições, sendo: UFGD, UFPA, UNB, PUC (MG, RS e PR), UEMS, UNIFOR, UFSC, UBA, UFMG, UFERSA, UFC, US, UFJF, UFLA, UERJ, UC, FURG, UniCEUB, USP e UFPE.

A doutora Verônica Guimarães, professora do Programa de Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos da UFGD, abre a edição apresentando uma revisão de literatura a respeito da questão territorial dos Guarani-Kaiowá do sul do Estado de Mato Grosso do Sul. Com o título provocativo e impactante "Povos da mata na terra sem mato", a autora traz à tona uma realidade regional que aflige e diminui o Estado de Mato Grosso do Sul e o Brasil.

O doutorando Luciano Maciel apresenta as práticas socioculturais das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e dos piaçabeiros do Amazonas como movimento de descolonização jurídica.

O mestrando André Ferraço e a doutora Gabriela Moraes trabalham com a teoria do nexo água-alimentação-energia como método para a construção de uma política ambiental integrada na gestão de recursos hídricos.

A mestra Luana Lira, utilizando o Relatório Figueiredo (1967), apura as denúncias de violações de Direitos Humanos aos Povos Indígenas *Kaingang* no estado do Paraná cometidas por agentes do Serviço de Proteção aos Índios.

O doutorando Vladimir Feijó apresenta as relações que as instituições de um país possuem frente às suas variáveis socioeconômicas. Para tal, utiliza-se da Nova Economia Institucional e da teoria construtivista das Relações Internacionais em detrimento do modelo racionalista tradicional.

O doutor Hugo Sabino, por meio das teorias de Dworkin e Alexy, adentra nos princípios jurídicos e sua máxima relação com o Estado Democrático de Direito, nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Os doutorandos Vicente de Paula Júnior e Marcus Holanda e a mestranda Tânia Mendonça apresentam a tributação e a extrafiscalidade como mecanismo de fomento do desenvolvimento socioeconômico brasileiro, bem como de redução das desigualdades sociais.

Os mestrandos Thais Pertille e Marcelo Pertille ingressam no campo linguístico, apresentando-o como um direito e instrumento de manutenção da dignidade humana do imigrante.

O doutor Alexandre Bahia e a doutoranda Gabriela Balestro, por um viés constitucional, enfrentam a temática das minorias sexuais e a homofobia no direito brasileiro.

Os mestrandos Fernando Torres e Nicolas Addor trabalham com as políticas públicas desenvolvidas fora do Poder Público e sua contribuição para o desenvolvimento da ciência.

O doutor David Gomes, numa reanálise da história, apresenta um estudo crítico do direito, da política e da soberania no primeiro quartel do século XIX brasileiro.

O doutor Gustavo Cabral e o doutorando Ulisses dos Reis, reforçando a necessidade da interdisciplinaridade do estudo da história no campo jurídico, principalmente em momentos de crises democráticas, dedicam seus esforços no estudo do nazismo no Supremo Tribunal Federal frente ao julgamento da extradição de Franz Stangl.

A doutora Elizabete de Mello e o mestrando Carlos De Godoi, utilizando-se do direito comparado, adentram nos sistemas tributários norte-americano e brasileiro sob a perspectiva da justiça tributária e da tributação justa.

O artigo do doutor Gustavo Machado busca a necessidade de trazer à tona a definição de "condição análoga à de escravo" para confrontar tanto os projetos de lei em andamento, quanto a Portaria do Ministério do Trabalho 1.129/2017 como expressões da ofensiva do agro-negócio frente aos direitos humanos das trabalhadoras e trabalhadores do campo.

O mestre Matheus Escossia busca investigar legitimidade de decisões judiciais sobre temas moralmente controversos. Para tal, utilizou-se da teoria de Ronald Dworkin e de António Castanheira Neves.

A mestra Daniela Menin adentra na historicidade dos Direitos Humanos e no pensamento de Bobbio e Arendt na construção do Direito ao Trabalho e ao Lazer.

O doutor Edir Henig faz uma análise crítica das políticas sociais, do Estado e da reforma agrária pós-constituição de 1988.

O doutor Renato Dias e o mestrando Jean Lucca Becker apresentam suas inquietações em face dos tempos de fascismo social, afirmando que calar é consentir. Os autores analisam os Direitos Humanos no contexto do curso de direito da Universidade Federal do Rio Grande/RS, utilizando como marco teórico Boaventura de Sousa Santos.

O doutor Ivo Júnior e o mestre Joedson Delgado aprofundam o estudo a respeito do abuso de esteróides anabólico-androgênicos sob a perspectiva jurídico -penal.

O doutor Bruno Galindo, em uma análise do golpe de Estado vivido no Brasil no ano de 2016, avalia os efeitos do *impeachment* pós-Dilma, bem como traz comparações à destituição, também ilegal, do presidente paraguaio Fernando Lugo.

Ao leitor e à leitora, seguem artigos científicos comprometidos em trazer à tona as muitas entrelinhas das linhas da vida, pois, como diria Clarice Lispector: "não é fácil escrever. É duro quebrar rochas. Mas voam faíscas e lascas como aços espelhados. Mas já que se há de escrever, que ao menos não se esmaguem com palavras as entrelinhas. Minha liberdade é escrever. A palavra é meu domínio sobre o mundo". Boa leitura!

Inverno, 29 de junho de 2018, Dourados – MS.

Tiago Resende Botelho
Editor da Revista *Videre*

POVOS DA MATA NA TERRA SEM MATO

PEOPLES OF THE FOREST ON LAND WITHOUT BUSH

Verônica Maria Bezerra Gumaraes[1]

RESUMO: O presente trabalho faz uma revisão de literatura sobre a questão territorial dos kaiowá-guarani do sul de Mato Grosso do Sul, tratando de aspectos gerais da sua etnohistória, como ocupação tradicional e transformações ao longo de quase um século; da sua organização político-social; de conceitos/categorias importantes como te´yi, tekoha e tekoha guasu; de processos de luta; da classificação das terras indígenas e de aspectos fundiários. Estas reflexões foram construídas de modo a se pensar alguns caminhos que levaram a destruição das matas e a outros problemas ambientais verificados em trabalho de campo realizado em 2014, em três terras indígenas, que são: Jatayvary, Sucurui´y e Te´ýikue. Foi adotada a metodologia de estudo de caso através de técnicas de pesquisa por via de observação direta, conversas, depoimentos gravados e transcritos, diários de campo, caminhadas, registro de fotografias e participação em encontros de professores indígenas.

Palavras–chave: terra indígena; questões fundiárias; kaiowá-guarani.

ABSTRACT: This paper reviews literature on the territorial question of the Kaiowá-Guarani of southern Mato Grosso do Sul, dealing with general aspects of their ethnohistory, as a traditional occupation and transformations over almost a century; of its political-social organization; of important concepts / categories such as te'yi, tekoha and tekoha guasu; of fighting processes; of the classification of indigenous lands and land aspects. These reflections were constructed in order to think about some ways that led to the destruction of the forests and other environmental problems verified in fieldwork realized in 2014, in three indigenous lands, which are: Jatayvary, Sucurui'y and Te'yikue.Case study methodology was adopted through direct observation techniques, conversations, recorded and transcribed testimonies, field diaries, walks, photo registration and participation in meetings of indigenous teachers.

Keywords: indigenous land; land issues; kaiowá-guarani.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho faz uma revisão de literatura sobre a questão territorial dos kaiowá-guarani do sul de Mato Grosso do Sul, tratando de aspectos gerais da sua etnohistória, como ocupação tradicional e transformações ao longo de quase um século; da sua organização político-social; de conceitos/categorias importantes como te´yi,

1 Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Professora Adjunta da UFGD. veroniguima@gmail.com

tekoha e tekoha guasu; de processos de luta; da classificação das terras indígenas e de aspectos fundiários. Estas reflexões foram construídas de modo a se pensar alguns caminhos que levaram a destruição das matas e a outros problemas ambientais verificados em trabalho de campo realizado em 2014, em três terras indígenas, que são: Jatayvary, Sucurui ´y e Te ´ýikue. Foi adotada a metodologia de estudo de caso através de técnicas de pesquisa por via de observação direta, conversas, depoimentos gravados e transcritos, diários de campo, caminhadas, registro de fotografias e participação em encontros de professores indígenas.

A perda dos territórios tradicionais tem provocado uma série de consequências danosas sobre a organização social dos kaiowá-guarani, em que se destacam os efeitos sobre: a segurança alimentar, a saúde, a economia, a perda do patrimônio genético de plantas, a escassez de animais de caça, os rituais culturais e religiosos associados às espécies animais e vegetais.

Além do aspecto central da regularização fundiária, existem outras pautas políticas manifestadas pelos kaiowá-guarani que começam a ganhar espaço, como as chamadas questões ambientais. No entanto, com a discussão sobre a terra e para além dela há outras pautas reivindicatórias de direitos, políticas e serviços demandadas pelos kaiowá-guarani.

Mesmo com toda a problemática fundiária, é nas terras indígenas regularizadas onde se encontram as melhores condições ambientais da região do sul do Mato Grosso do Sul, pois, observa-se que nas terras em que os kaiowá-guarani tiveram a retomada da posse, tem havido uma recuperação natural destes espaços. Deixar o "mato crescer", como eles dizem, implica na volta de animais e de plantas aonde antes havia lavouras de monoculturas e pastagens de gado.

1. O POVO E SUA TERRA

"Os nossos antepassados contavam que no Mato Grosso do Sul tinha mato, macaco, bicho". Esta fala de um professor de Sucurui ´y releva um paradoxo vivido pelas atuais gerações de kaiowás no MS: uma memória do que era a terra, de um tempo que se foi e, de uma agora, vida com escassez de mato e dos seres que a habitam. No entanto, a imaginação do passado remoto e o que pode vir a ser um lugar repovoado com variedade de vida inspira a resistência dos seus saberes sobre a terra resiliente.

O Estado de Mato Grosso do Sul possui a segunda maior população autodeclarada indígena no Brasil[2] e abriga sete etnias no seu território: Guarani; Terena; Kadiwéu; Ofaié; Guató; Kinikinau e Atikum. Os Guarani que vivem neste estado pertencem a dois subgrupos: os Kaiowá[3] e os Ñandeva, sendo os primeiros constituintes da

2 O Estado brasileiro com maior população indígena é o Amazonas, com 168.680 índios autodeclarados, seguido de Mato Grosso do Sul, com 73.295, o que corresponde a 3% da população total do Estado e a 9% da população indígena total no país. Segundo os resultados do Censo Demográfico do IBGE de 2010, houve um crescimento populacional indígena no país em relação a 2000, revelado pelo ritmo de 1,1% ao ano (IBGE, 2014).

3 Há várias nomenclaturas encontradas na literatura, como "Cayuá, Cainguá, Caiowá, Caingá, Caiguá, Kaioá" (GALVÃO, 1996, p. 177). Ou, ainda, "Kayguá, Kaÿguá, Ka'yguá, Ka'ynguá, Kainguá, Cainguá, Caaguá, Caaingua, Canguá, Cayagua, Cagoa, Cayoa, Caygoa, Cayowa, Caingua, Caa-owa, Cayuás, Cayuáz" (CHAMORRO, 2014, p. 17).

maior população indígena no Mato Grosso do Sul. Tradicionalmente, o território Kaiowá, marcado por "matas, córregos e terra boa para a agricultura", se estendia "ao norte, até os rios Apa e Dourados e, ao sul, até a Serra de Maracaju, abrangia uma área de cerca de 40 mil quilômetros quadrados no Brasil e Paraguai" (MONTEIRO, 2003, p. 18).

O termo guarani é uma identidade atribuída a povos que falavam idiomas, história e culturas semelhantes. Como lembra Barth (2011, p. 195): "os grupos étnicos não são simples ou necessariamente baseados na ocupação de territórios exclusivos; e os diferentes modos pelos quais eles se conservam, não só por meio de um recrutamento definitivo, mas por uma expressão e validação contínuas, precisam ser analisados".

O povo guarani está presente no que hoje corresponde aos Estados Nacionais do Brasil[4] (Kaiowá, Ñandeva/Guarani e Mbyá), da Argentina (Mbyá e Chiriguano), do Paraguai (Paĩ-Tavyterã, Avá-Chiripá/Avá-Katuete, Mbyá e Ache-Guayakí) e da Bolívia (Chiriguano (Avá, Simba, Isoso e Guarajo) (CHAMORRO, 2009, p. 75).

"No início do século XVI, os índios da América estão ali, bem presentes, mas deles nada se sabe, ainda que como é de esperar, sejam projetadas sobre os seres recentemente descobertos imagens e ideias relacionadas a outras populações distantes" (TODOROV, 2010, p. 5). O encontro com o outro, com o diferente, veio a alterar definitivamente o destino das Américas. Chamorro (2014, p. 25) apresenta:

> registros que atestam a ocupação do atual Mato Grosso do Sul pelo grupo étnico autodenominado kaiowa há aproximadamente duzentos anos, bem como a dos seus parentes no nordeste paraguaio, autodenominado Paĩ-Tavyterã. Mas, como a presença de indígenas falantes de guarani na região é documentada por escrito desde o século XVI, os povos kaiowa ou paĩ-tavyterã contemporâneos podem ser considerados descendentes biológicos dos indígenas que habitam, pelo menos, entre 1500 e 2000 anos na região.

Batalla (1970, pp. 6-11) ressalta que "a categoria de índio denota a condição de colonizado e faz a referência necessária à relação colonial", tendo no processo de conquista a sua diversidade anulada. Forma-se a partir daí a figura do "índio genérico" em contraposição ao sujeito com suas particularidades. Nesse sentido, ele prossegue: "a invenção do índio, o que é o mesmo, a implantação do regime colonial na América, significa um rompimento total com o passado pré-colombiano". Nos sistemas coloniais, este índio tem suas terras espoliadas, é usado como mão de obra e suas ordens social e cultural são alteradas pelo colonizador.

Numa brevíssima linha do tempo, os Paĩ-Tavyterã do Paraguay e os Kaiowá do Brasil são considerados descendentes dos Caaguá, que por sua vez provêm de uma continuidade dos Itatin. Os Itatin se localizavam ao norte de Assunção e mantinham algum contato com os colonizadores espanhóis desde antes da fundação desta cidade (MELIÁ, GRÜNBERG, GRÜNBERG, 1976, p. 157). Mas segundo SUSNIK (1979, pp. 28-9), "el protohabitat itatí no representaba ventajas potenciales para el cultivo por rozado, de donde las primeras tendências del "ogwatá" expansivo hacia el sureste rumbo a los ríos Amambay e Ygatemí". Com o contato com os jesuítas, a partir de 1632, parte dos

4 No Brasil, estão nos estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo.

Itatin é reduzida. "Consta dos relatos dos missionários que o argumento que os convenceu a se reduzir foi a perspectiva de fugir da dominação espanhola" (BRAND, 1993, p. 17). Para Meliá, Grünberg, Grünberg (1976, p. 168), no século XVIII, os Caaguá "son los Itatin, pero conceptuados nuevamente por el proceso colonial: los caagua son aquellos Itatin no colonizados ni missionados, pero en contacto com la colónia y la misión: ahí, estribaria su identidade y su diferencia".

Os diferentes momentos do processo de colonização de Espanha e de Portugal, das missões jesuítas e outras que se seguiram, da formação dos estados nacionais e da implantação de políticas públicas foram responsáveis por profundos impactos na vida das sociedades indígenas. A organização social guarani é baseada na família extensa ou parentela percorrendo unidades de menor para maior abrangência, chamadas de: tekoha e tekoha guasu.

Um conceito-chave para se compreender a organização social é o de te´ýi, que representa a família e sua descendência. O te´ýi "é estruturado a partir da aglutinação de parentes consanguíneos e afins em torno do cabeça de parentela – hi´u, geralmente um homem de idade avançada que gerou muitos filhos" (PEREIRA, 1999, p. 86). A família extensa é formada por várias gerações: avôs, pais, filhos e netos que, no passado, residiam numa única habitação grande (*oygusu*). Os parentes, ao morarem juntos, exercem a economia da reciprocidade em todos os níveis, havendo uma articulação social, política e religiosa em um território. Para Pereira (1999, p. 92), é praticamente impossível ser kaiowá sem parentes e "a análise do parentesco kaiowá nos permite afirmar que viver na parentela - te´ýi é a condição para a realização de seu modo de ser – teko".

Cada te´yi "revela uma série de liames a cimentar um leque variável de relações entre um conjunto de casas formando uma espécie de aglomerado em torno de um centro político, ocupando uma determinada porção do território de uma área indígena" (PEREIRA, 1999, pp. 85-86). Neste sistema, prevalece a autonomia das famílias extensas, tendo a presença de um líder político e religioso, em que sua moradia se distancia em alguns quilômetros de outra família extensa.

Outro conceito importante é o de fogo familiar (che ypyky kuera), que consiste em uma "unidade sociológica no interior do grupo familiar extenso ou parentela, composto por vários fogos, interligados por relações de consanguinidade, afinidade ou aliança política. O pertencimento a um fogo é pré-condição para a existência humana na sociedade kaiowá" (PEREIRA, 1999, p. 81).

Os tekohas são os locais onde ocorre a produção material e cultural dos Guarani. Teko significa "modo de ser" e ha é o local. Etmologicamente, Tekoha é o local onde se realiza o modo de ser Guarani. Para Meliá, Grünberg, Grünberg (1976, p. 218) é:

> el lugar en que vivimos según nuestras costumbres, es la comunidad semi-autónoma de los Paí [Kaiowa]. Su tamaño puede variar em superficie (...) y en la cantidad de familias (de 8 a 120, en los casos extremos), pero estrutura y función se mantienen igual: tienen liderazgo religioso propio (tekoaruvicha) y político(mburuvicha, yvyra'ija) y fuerte cohesión social.

A partir desta concepção, cada pesquisador procura refletir sobre a ideia de tekoha, ressaltando algum aspecto ou fazendo sínteses, de modo a atualizar o conceito de acordo com os tempos e desafios vividos. Para Thomaz de Almeida (2001, p. 19):

> é o lugar físico, a terra, o mato, as águas, o campo e tudo que ali existe, onde se realiza o sistema, o modo de ser, a cultura, o estado de vida guarani (...) cada grupo familiar tem no 'lugar', no Tekoha, sua história e sua referência primeira no mundo, e através dele entenderá os outros 'lugares' e sociedades, o que põe em relevo a situação local na constituição dos indivíduos e grupos familiares.

Já para Pereira (1999, p. 84), tekoha "pode ser entendido como o lugar (território), no qual uma comunidade kaiowá (grupo social composto por diversas parentelas) vive de acordo com sua organização social e seu sistema cultural." Na sua visão, o tekoha "se refere mais a uma unidade político/religiosa, que comporta grande dinamismo em termos do número e da forma de articulação das parentelas que entram na sua composição, tendendo a assumir uma configuração flexível e variada" (PEREIRA, 1999, p. 95).

Reforçando a ideia desta categoria nativa, Thomaz de Almeida (2005, p. 38) procura ver o tekohacomo resultado e não como determinante. Isto implica em "um processo continuado de ajustamento situacional em torno à determinação de uma relação territorial entre índios e brancos". Assim sendo, para o autor: "o *tekoha* seria uma unidade política, religiosa e territorial, que deve ser definida em virtude das características efetivas – materiais e imateriais – de acessibilidade ao espaço geográfico por parte dos índios em pauta".

Mura (2006, p. 121) situa o tekoha em um "contexto sócio-ecológico-territorial". Então, o considera "como uma unidade política, religiosa e territorial, onde este último aspecto deve ser visto em virtude das características efetivas – materiais e imateriais – de acessibilidade ao espaço geográfico, e não de mera projeção de concepções filosóficas pré-constituídas". Em um trabalho mais recente e refletindo sobre os processos de reivindicação de terras indígenas guarani-kaiowá, Cavalcante (2013, p. 80), analisa criticamente os sentidos de tekoha elencados acima e afirma concordar:

> parcialmente com Mura, no sentido de que a categoria *tekoha* ganhou ênfase no discurso indígena como espaço territorial exclusivo de um grupo de famílias extensas (aldeia) a partir do momento em que os Guarani e Kaiowa, por força da situação histórica por eles vivenciada, foram obrigados a lutar politicamente pela demarcação de terras indígenas. Por outro lado, Pereira, embora dê ênfase nas relações que configuram um *tekoha*, também sinaliza nesse sentido ao afirmar que o espaço físico é de suma importância para a realização histórica do *tekoha*.

O termo admite muitos sentidos, sendo reforçado por um ou mais dos complexos elementos que o compõem de acordo com o momento histórico vivido. Compreende-se que é um conceito-base para se entender a organização social kaiowá-guarani composto por uma rede de relações sociopolíticas, afetivas e espirituais dentro e fora do espaço geográfico de uma terra indígena (reconhecida pelo Estado).

Numa perspectiva mais ampla, os tekoha guasu compõem um mosaico de tekohas. No passado, "sua característica principal era ser um território contínuo, sem barreiras físicas, a jurisdição exclusiva sobre uma micro-região (ou parte dela) construindo-se a partir de regras de parentesco e de alianças políticas (MURA, 2006, p. 131). Na mesma linha, Tonico Benites (2013, p. 258) entende como sendo um "espaço territorial amplo de uso de várias famílias extensas (conexão de *tekoha*) em rede que inclui diversos

espaços de caça, de pesca, de coleta, de habitação e de ritual religioso, constituindo-se em palco de redes de relações intercomunitárias".

Para contextualizar as transformações ocorridas na organização sócio-política e nas terras kaiowá-guarani será tomado como ponto de partida o fim da guerra da Tríplice Aliança, onde serão ressaltados os principais acontecimentos econômicos e políticos nos tekohas do cone sul de Mato Grosso do Sul.

2. SINGULARIDADES FUNDIÁRIAS AO SUL DE MATO GROSSO DO SUL

A redefinição das fronteiras entre Brasil e Paraguai com o fim da guerra da Tríplice Aliança,[5] no fim do século XIX, veio a marcar a nacionalidade dos Kaiowá e dos Paĩ-Tavyterã, que até então circulavam em seu território tradicional com mobilidade. Seu vasto território começa paulatinamente a ser ocupado por grandes, médios e pequenos empreendimentos levados a cabo ao largo de mais de um século, cuja titularidade passa a ser legitimada através de cadeias dominiais oficializadas por cartórios imobiliários, com o aval do estado brasileiro. Concomitantemente, é construída uma política estatal indígena que teve no seu nascedouro a ideia de integração e assimilacionismo dos povos indígenas a nação brasileira.

O primeiro dos grandes empreendimentos foi a Companhia Matte Larangeira que se constituiu em um imenso latifúndio através do arrendamento de terras de ocupação tradicional guarani-kaiowá ao formar um monopólio para a exploração de ervais nativos. Após o término da guerra do Paraguai, uma comissão para fixar os limites percorreu a região e um dos seus integrantes Thomaz Larangeira observou a farta disponibilidade de ervais nativos. Em 1882, o governo federal lhe permitiu o arrendamento de terras públicas para a exploração por um período inicial de dez anos e um ano depois, ele funda a Companhia Matte Larangeira, abrangendo uma área impressionante de aproximadamente 5.400.000 ha. A área foi sendo ampliada graças ao seu bom trânsito político. A incidência deste arrendamento teve forte influência sobre as terras guarani-kaiowá e os indígenas foram utilizados como mão-de-obra (BRAND, 1993, p.47).

A Companhia constituiu um poderoso monopólio e, com isso impediu a entrada de outros colonizadores. Em 1912 houve resistência para a renovação dos arrendamentos, mas mesmo assim, 1.440.000 ha foram renovados. A partir deste período lotes de terra começaram a ser liberados a outros empreendimentos. O domínio da Companhia perdurou até 1943: "quando o então presidente da República, Getúlio Vargas, cria o Território Federal de Ponta Porã e anula os direitos de Companhia Mate Laranjeiras" (BRAND, 1993, pp. 51-54). Os argumentos desta política foram o de povoar e atender

5 Entre Brasil, Argentina, Uruguai contra o Paraguai, no período de dezembro de 1864 a março de 1870, conhecida como a Guerra do Paraguai. Segundo Vietta (2003, p. 40), "a guerra com o Paraguai mostrou ao governo brasileiro a necessidade de investir mais no incremento do povoamento, na geração de alternativas econômicas e na agilização da comunicação com a região de fronteira. Para isso deu início a pesados investimentos voltados para a construção de ferrovias, desenvolvimento da navegação fluvial e implantação de comunicação telegráfica. Comandada pelo marechal Cândido Mariano da Silva Rondon, a Comissão Construtora de Linhas Telegráficas de Mato Grosso (1900-1930) foi responsável por estender a linha ao longo da fronteira com o Paraguai e a Bolívia e mais ao norte, além de construir estradas e pontes ligando as estações".

à segurança nacional. Embora, de um modo geral, muitos autores, considerem baixo o impacto sobre o modo de vida guarani-kaiowá[6] e sobre as condições ambientais em relação aos ciclos econômicos que se seguiram, há que se analisar os comentários de Moreira da Silva (2002, p. 24):

> A estrutura gigantesca da empresa sobre o espaço físico Kaiowá e Ñandeva foi implacável. Embora a Matte Larangeira não fosse a proprietária da terra e os contratos de arrendamento possuíssem cláusulas referentes à conservação das matas, constatou-se o desmatamento para criação de gado e à medida que eram feitos os deslocamentos dos ervais esgotados para outros inexplorados, um rastro de destruição no habitat dos índios Kaiowá e Ñandeva era deixado, tornando-se irreparável.

No ano de 1943, foi implantada a Colônia Agrícola Nacional de Dourados,[7] situada na política de "marcha para o oeste", de colonização de terras e de produção de alimentos, com a atração de assentamentos de trabalhadores através da venda de lotes para colonos. A CAND ampliou o raio de desmatamento e provocou impactos significativos sobre os tekohas, principalmente os de Panambi e Panambizinho.

Silva (1982, p. 11) situa que a CAND provocou ampla destruição das matas. No início da década de 80, por ocasião da sua dissertação, relatou que: "existiam algumas pequenas ilhas de mata na aldeia do Posto Indígena Dourados e na aldeia de Lagoa Rica. Dificilmente se encontra uma árvore da antiga mata subtropical: a paisagem é dominada por plantações de soja, arroz ou algodão conforme a época do ano, ou então por pastos".

Em 1910 foi criado o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que em 1918 passa a ser Serviço de Proteção aos Índios (SPI),[8] com um escritório no então Estado de Mato Grosso, cuja missão era delimitar áreas, através da criação de reservas, para alocar a população indígena e assim, liberar os demais espaços para a colonização de espaços e povoamento da comunidade nacional. Este órgão utilizou várias estratégias para transformar os indígenas em trabalhadores rurais e sedentarizados, partindo da "ideia de que "os índios" eram um estrato social concebido como transitório, futuramente incorporáveis à categoria dos trabalhadores nacionais" (LIMA, 1995, p. 120).

As reservas desorganizaram os tekohas, pois, artificializaram espaços que nem sempre constituíam uma ocupação tradicional das famílias extensas. A partir daí toda uma conjuntura de controle pelo Estado foi formada, de modo a desestruturar social,

6 Conforme Brand (1993, p. 76), "curiosamente, tanto no Paraguai como no Brasil, as grandes empresas de exploração de recursos naturais (erva-mate e madeireiras), instaladas dentro do território P/K, apesar da violenta exploração de mão de obra, acabaram sendo fator de resguardo de grande parte deste mesmo território, por impedirem projetos de colonização na região, que poriam em risco seu monopólio".

7 Segundo Vietta (2003, pp. 51-52): "(...) o projeto embutido na proposta de colonização varguista transformou terra em objeto de especulação financeira e política, atendendo interesses nem sempre legítimos. No atual Mato Grosso do Sul, em menos de 20 anos, a maior parte das terras kaiowa e guarani foram privatizadas. O objetivo de transformar o núcleo da CAND em um centro urbano foi alcançado, do ponto de vista do contingente populacional e da produção econômica, pois Dourados rapidamente se colocou como o segundo município do estado em ambos os aspectos".

8 O SPI foi extinto em 1966, sob acusações de corrupção e, substituído pela FUNAI, em 1967, esta por sua vez, passou por uma significativa reestruturação em 2009.

política e religiosamente a sociedade kaiowá-guarani. O poder de tutela exercido pelo SPI tem sua expressão máxima na criação de reservas indígenas, que segundo a análise de LIMA (1995, p. 76), são:

> Porções de terra reconhecidas pela administração pública através de seus diversos aparelhos como sendo de posse de índios e atribuídas, por meios jurídicos, para o estabelecimento e a manutenção de povos indígenas específicos. Territórios definidos às custas de um processo de alienação de dinâmicas internas às comunidades étnicas nativas compõem parte de um sistema estatizado de controle e apropriação fundiária que se procura construir como de abrangência nacional. Sua finalidade é disciplinar o acesso e utilização das terras, ao mesmo tempo mediando sua mercantilização, aplicando-lhes sistemas de registros e cadastramento (procedimento que não se impõe sem conflitos entre os inúmeros aparelhos de poder estatizados), às diversas unidades sociais surgidas historicamente da(s) conquista(s).

Foram criadas oito reservas,[9] entre os anos de 1915 e 1928, cuja finalidade era alocar toda a população indígena desta região, cuja localização levava em consideração a maior concentração de indígenas, foram elas: Amambai (Benjamim Constant), Dourados (Francisco Horta), Caarapó ou Te ´ýikue (José Bonifácio), Sassoró ou Ramada, Limão Verde, Porto Lindo ou Jakare ´y, Takuapiry e Piraju ´y. Os decretos instituidores das reservas determinaram a extensão de 3.600 ha, mas ocorreram reduções no procedimento demarcatório ou posteriormente.

Com o passar das décadas, as reservas foram recebendo populações vindas de outras localidades, ocasionando assim um superpovoamento em relação ao espaço disponível para desenvolver atividades de agricultura e de acesso a condições ambientais adequadas. Muitos indígenas foram atraídos pela possibilidade de acesso a serviços prestados pelo SPI e pelas missões religiosas que começavam a se instalar no interior ou nos arredores das áreas reservadas.

Uma intervenção marcante sobre a organização social ocorreu com a introdução da figura do capitão nas reservas, que passou a ser o intermediário entre o órgão indigenista e os indígenas em reserva. O mburuvicha ou tekoaruvicha[10] de cada tekoha passou a ser substituído por uma liderança para todas as famílias extensas, modificando assim, a estrutura tradicional e provocando inúmeros conflitos.

A criação das reservas gerou dois movimentos assimétricos que estão interligados: o confinamento e o esparramo. Inicialmente, Brand (1993, p. 5) entendeu o confinamento compulsório como sendo: "o processo induzido ou forçado de abandono dos tekoha (aldeias) originários e de concentração dentro das reservas demarcadas pelos governos de cada país". Posteriormente, no período de implantação das fazendas, entre as décadas de 1950 e 1970, ocorreu o esparramo (sarambipa), significando: "o processo de dispersão das aldeias e famílias extensas, provocado pela perda de terra e pela

9 Para Brand (2001, p. 119): "analisando a localização dessas oito reservas, ressalta-se que aquelas em áreas de cerrado não eram aldeias tradicionais (Limão Verde, Ramada e Caarapó). Tradicionalmente, as aldeias kaiowá/guarani localizavam-se em locais próximos a córregos e em áreas aptas para agricultura".

10 "O tekoaruvicha, líder religioso, sacerdote ou xamã, costumava muitas vezes acumular a liderança religiosa e política, juntando o "domínio" do sobrenatural com o prestígio próprio do político" (BRAND, 2003, p. 96).

implantação das fazendas de gado" (BRAND, 1997, p. 5). Depois, Brand (1997, p. 5) entendeu que o confinamento também compreende a fase de concentração nas reservas com: "a conclusão do processo de implantação das fazendas de gado e correspondente desmatamento do território tradicional". Os dois movimentos provocaram profundos impactos para as famílias extensas.

Alguns dos impactos da vida em reservas podem ser sentidos: pela desestruturação de tekohas originários e dos laços de parentesco; pela mudança da chefia tradicional e da economia da reciprocidade; pela introdução do capitão e do assalariamento; pela inviabilização da prática do oguatá,[11] ou seja, pela inviabilização do modo de ser kaiowá (teko porã).

Muitas famílias resistiram em não ir para as reservas[12] e permaneceram nos fundos de fazendas. Essa permanência próxima aos tekohas tradicionais nos fundos de fazenda foi chamada de tekoha refúgio. Até a década de 1970: "os kaiowá/guarani continuaram buscando o refúgio no interior das matas ou nos fundos das fazendas. Foi a forma encontrada para resguardar seu modo-de-ser próprio" (BRAND, 1997, pp. 105-106). Nos anos 1980, praticamente ocorreu o fim do tekoha refúgio nos fundos de fazenda devido ao cerco do desmatamento e ao movimento de recuperação de tekohas (BRAND, 1997, p. 205).

A partir dos anos de 1970 e 1980 com o movimento dos guarani-kaiowá de reconquista das suas terras, intensificou-se a expulsão das famílias extensas que permaneciam nos fundos de fazenda, pois, os fazendeiros temiam perder suas propriedades. O temor se intensificou principalmente depois da demarcação de Guaimbé e Rancho Jacaré,[13] as primeiras terras a serem reconhecidas após 1928. Para Thomaz de Almeida (2005, p. 39) os tekohas reivindicados: "representam a soma de espaços de ocupação tradicional sob jurisdição de determinadas famílias extensas onde serão estabelecidas relações políticas comunitárias e a partir dos quais se determinarão laços intercomunitários numa região mais ampliada".

A reconquista de terras tradicionais a partir da década de 1980 se relaciona com o movimento Aty Guasu, com os movimentos sociais de redemocratização e com a conquista de novos direitos constitucionais em 1988. No princípio, a Aty Guasu era uma reunião para tomada de decisões entre os guarani-kaiowá com momentos de rituais sagrados e profanos numa atmosfera de encontro e troca de saberes. A partir dos

11 A prática do oguata (caminhar ou peregrinar) no território ocorre devido a diversas causas que vão desde desentendimentos internos, acusações de feitiço, doenças ou mortes de parentes até o desgaste da terra e dificuldades de subsistência. Esta prática pode ser vista como um comportamento positivo do ponto de vista ambiental. Antes da chegada das frentes econômicas a prática poderia ser realizada, hoje, porém, devido ao quadro de situações fundiárias e devastação ambiental se tornou algo praticamente inviável.

12 Barbosa da Silva (2009, p. 4) analisa que o uso e a ocupação territorial guarani-kaiowá ocorre na aldeia, na fazenda e na cidade, onde, as lógicas culturais são atualizadas. Devido aos diversos processos coloniais há uma adaptação e interligação das famílias nucleares formando a família extensa. Por isso, "não é apropriado se falar de "índio de cidade", ou "de fazenda", mas de índios na cidade ou na fazenda, ou ainda, como se pode claramente constatar hoje em dia, em beiras de rodovias, levando-se em conta necessariamente os sentidos que os próprios sujeitos atribuem para seus deslocamentos e estabelecimentos, nos contextos em que se encontram".

13 A Terra Indígena Guaimbé, foi demarcada em 1983 e, homologada através do Decreto Presidencial n.º 89.850, de 24 de abril de 1984 e a Terra Indígena Rancho Jacaré, também em 1983 e homologada pelo Decreto Presidencial n.º 89.422, de 8 de março de 1984.

anos 1980 emerge como um movimento com a finalidade de recuperação de tekohas. Este início foi apoiado pelo PKN[14] e pelo Conselho Indigenista Missionário – CIMI.

A Aty Guasu – Grande Assembleia Guarani – é formada por um conselho que reúne vários representantes de terras indígenas onde são discutidos temas conforme a conjuntura política do momento. Tonico Benites (2013, p. 181), ressalta que a Aty Guasu é "composta pelos líderes políticos, os líderes espirituais (ñanderu e ñandesy) e seus aprendizes (yvyra´ija), e, sobretudo pelas crianças, mulheres e homens pertencentes às várias famílias indígenas".

É escolhida uma terra para o encontro, com duração, geralmente, de quatro dias e a Aty Guasu, começa com uma oração conduzida pelos xamãs/rezadores. Sendo seguida de discussões de temas, cujo registro é feito numa ata, que, ao final são feitos encaminhamentos a autoridades responsáveis, estas também convidadas a assistir e/ou falar na reunião. Nos últimos anos,[15] foram criadas Aty Guasu específicas como a Aty Guasu das mulheres e a Aty Guasu dos jovens.

Para Pimentel (2012, pp. 242-243), a Aty Guasu seria hoje uma "instância representativa dos kaiowá e guarani, conforme reconhece a Convenção 169 da OIT", sendo também "explícita a intenção didática, de compartilhar experiências, motivar os mais novos e, sobretudo, orientar os grupos locais que tomaram há menos tempo a decisão de recuperar suas terras de origem". É um espaço de discussões políticas, discursos, troca de experiências de vida, relatos históricos, rituais religiosos e festivos. "É um lugar de transmissão de saberes" (BENITES, 2013, p. 182).

Desde o início das Aty Guasu, os cantos, as rezas e a participação dos rezadores/as têm tido uma importância significativa. Como diz Tonico Benites (2013, p. 206), "o Aty Guasu foi e é vital pra a manutenção de modo de ser e viver (Ava reko) do Guarani-Ñandeva e Kaiowá, rearticulando as práticas dos jeroky (rituais religiosos) e kotyhu/guachire (rituais profanos) Guarani e Kaiowa em rede, no seio do Aty Guasu". Estes aspectos fortalecem a etnicidade indígena a coesão entre as famílias e tekohas (BENITES, 2013, p. 191).

A partir da década de 1980, vieram as demarcações de outras terras. O quadro é composto por vinte e duas terras indígenas conforme sistematização de dados de Cavalcante (2013, pp. 95-6). Sendo nove registradas, ou seja, já regularizadas: Sucuri´y, Panambizinho, Pirakua, Rancho Jacaré, Guaimbé, Jaguari, Guasuti, Cerrito e Jaguapiré. Cinco terras homologadas: Arroi-Korá, Jarará, Ñande Ru Marangatu, Cete Cerros e Takuaraty/Yvykuarusu/Paraguasu. São duas terras demarcadas: Yvy-Katu e Potrero Guasu. As declaradas são quatro terras: Guyraroká, Jatayvary, Sombrerito e Taquara. E duas terras na fase de identificação e delimitação: Panambi/Lagoa Rica e Iguatemipegua I.

As terras indígenas constituem uma categoria jurídica, que são vinculadas "ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, reconhecidos pela Constituição como direitos originários (art. 231), que, assim, consagra uma relação jurídica fundada

14 Projeto Kaiowá Ñandeva, de apoio à produção agrícola nas terras indígenas. Vide Thomaz de Almeida (2001).

15 Na Aty Guasu prevalecem os debates sobre a recuperação de tekohas, mas outros temas também fazem parte das discussões como saúde, educação, assistência social, violência, agricultura e meio ambiente.

no instituto do indigenato,[16] como fonte primária e congênita da posse territorial" (AFONSO DA SILVA, 2008, p. 95). Esse constitucionalista vai além e entende que o reconhecimento da posse permanente das terras indígenas "independe da sua demarcação", cabendo a FUNAI assegurá-la atendendo "à situação atual e ao consenso histórico", pois, "o direito dos índios e da comunidade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente do ato demarcatório" (Idem).

A demarcação "é um ato declaratório", ou seja, "não constitui nada, não cria nem extingue direitos, reconhece apenas a situação de fato e o direito correspondente". Está vinculada aos preceitos constitucionais, devendo atender a critérios de integridade e continuidade. Neste sentido, Afonso da Silva (2008, pp. 98-109) percebe que a demarcação de terras indígenas em ilhas "causou terríveis danos aos índios, destruindo-os praticamente, como se deu com os guaranis de Mato Grosso do Sul". Os títulos de propriedade de imóveis das terras reconhecidas como indígenas são nulos e extintos, sendo indenizáveis as benfeitorias de boa-fé (art. 231, §6º da CF/88). O questionamento sobre estes valores geralmente é feito judicialmente. A retirada dos antigos ocupantes é chamada de extrusão e nem sempre é um procedimento tranquilo.

A demarcação de terras indígenas tem como base o art. 231 da Constituição de 1988 e a lei 6.001/73[17] (Estatuto do Índio), com a regulamentação pelo Decreto 1.775/1996 e pela Portaria/MJ nº 14/1996. A competência administrativa para deflagrar a demarcação é da FUNAI, a partir da qual devem ser cumpridas as seguintes etapas: a) Identificação e Delimitação, mediante estudos realizados por um grupo técnico, coordenado por antropólogo, que apresentarão relatório circunstanciado e, após a sua aprovação pela presidência da Funai, segue para a fase seguinte; b) Declaração, mediante portaria do ministro da Justiça; c) Demarcação física; d) Homologação via decreto do Presidente da República e 5) Registro em cartório imobiliário e na SPU.

O relatório de identificação e delimitação de terras indígenas além de ser um instrumento técnico jurídico-administrativo que serve de base para a demarcação física está situado em um "campo de forças entre índios e regionais", resultante de uma relação complexa em que os limites são construídos. Teófilo da Silva (2005, pp. 250-252) ressalta a existência de elementos políticos envolvendo os limites fixados: "na verdade, busca-se, na medida do possível, construir dialogicamente uma proposta de circunscrição territorial politicamente sustentável para índios e órgão indigenista".

Existem várias categorias normativas de terras indígenas, cada uma revela a fase de regularização fundiária criada pelo Estado. Os Kaiowá e Guaranis no Mato Grosso

16 Souza Filho (2006, pp. 125-27) traça um itinerário jurídico deste instituto, cujas origens remontam a Lei de Terras (lei 601, de 18/09/1850), que dentre outros aspectos, determinava que fossem reservadas terras para a colonização dos indígenas e o Alvará de 1º de abril de 1680, que garantia concessões de terras desde que "reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela". Entende-se que o indigenato nunca foi revogado e paulatinamente passou a ser recepcionado por todas as constituições republicanas. Para o autor, "dentro destas terras reservadas, estavam contidas não só as que efetivamente a autoridade reservara para formar aldeamentos, como as congenitamente possuídas, isto porque o termo "reservado" se referia antes aos direitos dos índios às terras que possuíam e depois passou a designar também, nessas mutações próprias do direito e das sociedades, aquelas que o Poder Público achava melhor para aldear povos indígenas, na ideia da integração cidadã. Isto explica porque até hoje se apelidam de Reservas Indígenas".

17 Tanto o Estatuto do Índio quanto a Constituição de 1988 previram o prazo de cinco anos a partir das datas das suas publicação e promulgação para a conclusão da demarcação das terras indígenas no Brasil.

do Sul vivem nas seguintes situações em suas terras tradicionais: a) as reservas indígenas criadas pelo antigo SPILTN e SPI entre 1915 e 1928; b) as terras indígenas regularizadas, a partir de 1984; c) as terras indígenas encaminhadas, mas que têm alguma pendência administrativa ou judicial; d) aquelas terras indígenas que são objeto de reivindicação, mas não foram incluídas na lista das terras em estudo, constituindo terras sem encaminhamento administrativo por parte da FUNAI.

O movimento de reivindicação de terras resultou em um Termo ou Compromisso de Ajustamento de Conduta[18] entre Ministério Público Federal e FUNAI, em 12/11/2007, para que o órgão indigenista constituísse grupos técnicos coordenados por antropólogos com a finalidade de identificação, delimitação e demarcação de terras indígenas. Foram criados seis GT´s,[19] divididos por bacia hidrográfica, tomando como marco teórico a ideia de tekoha guasu. Os prazos estabelecidos no TAC, na sua maioria, não foram cumpridos, encontrando-se em diversas fases de desenvolvimento.

Cavalcante (2013, pp. 291-292) sintetizou vários fatores que confluíram para a assinatura deste TAC, tais como: "a) a pressão dos Guarani e Kaiowá para que suas terras fossem devidamente reconhecidas pelo Estado; b) a atuação do MPF como defensor dos interesses indígenas; e c) a existência de vontade política alinhada entre a direção da FUNAI, o Ministério da Justiça e a própria Presidência da República".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a estrutura de demarcação congrega três modelos de terras indígenas guarani-kaiowá no Mato Grosso do Sul: a) modelo de reserva; b) modelo de terra indígena em ilha; c) modelo de terra indígena que se pretende implementar com base no TAC/2007, ou seja, baseado no tekoha guasu e em bacias hidrográficas.

A experiência histórica das demarcações no sul do Mato Grosso do Sul tem demonstrado que o tempo entre o início dos estudos de identificação e delimitação até a completa regularização fundiária das terras indígenas tem se estendido por anos a fio, em alguns casos por décadas. São inúmeros os fatores que influenciam essa dinâmica, assim como as estratégias de defesas de todos os sujeitos envolvidos.

Um dos elementos que tem retardado o prosseguimento de estudos de identificação ou das fases seguintes do procedimento demarcatório é a propositura de inúmeras ações e de recursos judiciais dos titularizados das terras de ocupação tradicional indígena, assim como dos municípios e do estado do Mato Grosso do Sul. Em muitos casos, o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório, baluartes do Estado

18 Instrumento previsto na lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), no seu art. 5º, § 6º para a proteção de direitos difusos e coletivos, em que as partes se comprometem a cumprir as cláusulas acordadas e, no caso do seu descumprimento, terá eficácia de título executivo extrajudicial.

19 São eles, com as terras indígenas reivindicadas que abrangem: 1) Amambaipegua (Guayviry); 2) Iguatemipegua (Puelito Kue, Mbarakay, Karaguatay, Mboiveve, Jukeri, Ka´ajari, Kurusu Amba, Samakuã e Karaja Yvy (Canta Galo)); 3) Apapegua (Kandire, Jaguari, Kokue´i, Mbakaiowa, Syvyrando, Damakue, Ita, Cabeceira Comprida); 4) Dourados-Amambaipegua (Pakurity, Jukeri´y, Santiago Kue (San Lucas), Yrukuty (Barreiro Guasu), Passo Piraju); 5) Brilhantepegua (Karumbe/Yvyrarõry, Jaguaretekue, Mbykureaty, Aguara, Tatuí, Itajeguakua, Kanguery, Yasori, Rancho Pindo, Potrro Guasu, Ithaum) e 6) Ñandevapegua (Ypo´i, Garcete Kue, Mbokaja, Vito´i Kue, Laguna Piru). "Pegua"na língua guarani indica "procedência de".

Democrático de Direito, tem, de diversas maneiras, obstaculizado os direitos sociais indígenas. O tempo do direito e dos seus operadores tem aprofundado as crises sociais, econômicas e ambientais dos povos kaiowá-guarani.

Muitas das conquistas de direitos fundamentais dos povos indígenas previstas na Constituição de 1988 e nas normas internacionais ratificadas pelo Brasil, como a Convenção 169/89 da OIT[20] e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007 estão ameaçadas por uma série de projetos de lei e atos administrativos no cenário atual.[21] Esta insegurança jurídica constitui uma afronta às diversidades social, étnica e ambiental, pois, põe em risco a própria sobrevivência física e cultural destes povos, bem como a nossa, pois, o que está em jogo é o respeito à democracia e à Constituição.

20 Fajardo (2009, p. 11 e 28) entende que a Convenção 169 teve um impacto considerável sobre o constitucionalismo latino-americano, trazendo toda uma gama de reformas, que ela classifica em três ciclos: 1) de 1982-1988, com a emergência do multiculturalismo e o direito à diversidade cultural, em que se situam as Constituições da Guatemala (1985), da Nicarágua (1987) e do Brasil (1988); 2) de 1989-2005, com a ideia de Estado-Nação Multicultural e o reconhecimento do pluralismo jurídico interno, presente nas Constituições de: Colômbia (1991), México (1992), Peru (1993), Bolívia (1994, 2004), Argentina (1994), Equador (1998) e Venezuela (1999); 3) de 2006-2008, caracterizado pela demanda pelo Estado Plurinacional, representado pelas constituições de Bolívia (2007-8) e Equador (2008).

21 É o caso da PEC 215/2000, que transfere a competência do Congresso Nacional para normatizar sobre demarcação de TI´s; da PEC 237/2013, que permite concessão e arrendamento de TI´s por produtores rurais; do PL 1610/1996, que trata de mineração em TI´s e do PL 227/2012, que disciplina o processo demarcatório e trata de definir o que é bem relevante da União, abrindo margem a manter latifúndios. Além de atos como a Portaria 303/2012 da AGU que restringiu a ampliação de áreas e determinou a revisão de TI´s já regularizadas com base as condicionantes do STF no julgamento do processo da TI Raposa Serra do Sol e da Portaria Interministerial 419/2011, que estabeleceu prazos ínfimos para a manifestação da FUNAI no procedimento de licenciamento ambiental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO DA SILVA. José. Demarcação de terra indígena. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, a. 10, n. 52, nov/dez 2008.

BARBOSA DA SILVA, Alexandra. Entre a aldeia, a fazenda e a cidade: ocupação e uso do território entre os Guarani de Mato Grosso do Sul. **Tellus**, Campo Grande/MS, a. 9, n. 16, pp. 81-104, jan./jun. 2009.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: POUTIGNAT, Philippe, STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade**. São Paulo: Unesp, 2011.

BATALLA, Guillermo Bonfil. El concepto de indio en América: una categoría de la situación colonial. **Annales de Antropología,** México, 1970.

BENITES, Tonico. **Rojeroky hina ha roike jevy tekohape** (Rezando e lutando): o movimento histórico do Aty Guasu dos Ava Kaiowa e dos Ava Guarani pela recuperação de seus tekoha. 2013. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Museu Nacional, UFRJ, Rio de Janeiro.

BRAND, Antonio Jacó. **O confinamento e o seu impacto sobre os Pãi/Kaiowa**. 1993. Dissertação (Mestrado em História) – PUCRS, Porto Alegre.

____. **O impacto da perda de terra sobre a tradição Kaiowa/Guarani**: os difíceis caminhos da palavra. 1997. Tese (Doutorado em História) – PUC, Rio Grande do Sul.

____. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do sul e o processo de confinamento – a "entrada de nossos contrários". In: CIMI, Comissão Pró-índio de SP, Procuradoria Regional da República da 3ª Região (orgs.). **Conflitos de Direitos sobre as Terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. São Paulo: Palas Athena, 2001.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Colonialismo, território e territorialidade**: a luta pela terra dos Guarani e Kaiowa em Mato Grosso do Sul. 2013. Tese (Doutorado) - UNESP, Assis/SP.

CHAMORRO, Graciela. **Terra Madura Yvy Araguyje**: fundamento da palavra guarani. Dourados: UFGD, 2009.

____.**História Kaiowá**. São Bernardo do Campo: Nhanduti, 2014.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos povos indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.). **Constituições e reformas políticas na América Latina**. Brasília: INESC, 2009.

GALVÃO, Eduardo. **Diários de Campo de Eduardo Galvão**: entre os Tenetehara, Kaioá e índios do Xingu. Rio de Janeiro: UFRJ, Museu do Índio, Funai, 1996.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis: vozes, 1995.

MELIÁ, Bartolomeu, GRÜNBERG, Georg, GRÜNBERG, Friedl. **Los Paí–Tavyterã**: etnografía Guaraní del Paraguay contemporáneo. Asunción: CEADUC, 1976.

MONTEIRO, Maria Elizabeth Brêa. **Levantamento Histórico sobre os Índios Guarani Kaiwá**. Rio de Janeiro: Museu do Índio, 2003.

MOREIRA DA SILVA, Lásaro. **A legitimidade do processo de retomada das terras tradicionais pelos índios Kaiowá e Ñandéva em Mato Grosso do Sul**. 2002. Dissertação (Mestrado Interinstitucional em Direito Constitucional) - UNIGRAN/UnB, Brasília.

MURA, Fabio. **À procura do "bom viver"**: território, tradição de conhecimento e ecologia doméstica entre os kaiowá. 2006. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Museu Nacional, UFRJ, Rio de Janeiro.

PEREIRA, Levi Marques. **Parentesco e organização social Kaiowá**. 1999. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Campinas/UNICAMP, Campinas/SP.

PIMENTEL, Spensy Kimitta. **Elementos para uma teoria política Kaiowá e Guarani**. 2012. Tese (Doutorado) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

SILVA, Joana A. Fernandes. **Os Kaiová e a Ideologia dos Projetos Econômicos**. 1982. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Campinas/Unicamp, Campinas/SP.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

SUSNIK, Branislava.**Los aborígenes del Paraguay**. Asunción: Museo Etnografico "Andres Barbero", 1979.

TEÓFILO DA SILVA, Cristhian. Campo minado: considerações sobre o poder e a antropologia na identificação e delimitação de terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza, BARRETO FILHO, Henyo Trindade (orgs). **Antropologia e identificação**: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002. Rio de Janeiro: Contra Capa, LACED, CNPq, FAPERJ, IIEB, 2005.

THOMAZ DE ALMEIDA, Rubem Ferreira. **Do desenvolvimento comunitário à mobilização política**: o Projeto Kaiowá Ñandeva como experiência antropológica. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2001.

____. **Relatório circunstanciado de identificação e delimitação da Terra Indígena Jatayvary**. Brasília: FUNAI, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VIETTA, Kátia. Pastor dá conselho bom: missões evangélicas e igrejas neopentecostais entre os Kaiowa e os Guarani em Mato Grosso do Sul. **Tellus**, Campo Grande/MS, v. 3, n. 4, pp. 109- 135, abr/2003.

RECEBIDO EM: 29/07/2017
APROVADO EM: 30/10/2017

DESCOLONIZAÇÃO JURÍDICA DAS ASSOCIAÇÕES PELAS PRÁTICAS SOCIOCULTURAIS: A EXPERIÊNCIA DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU DO MARANHÃO E DOS PIAÇABEIROS DO AMAZONAS

LEGAL DECOLONIZATION OF ASSOCIATIONS FOR SOCIO-CULTURAL PRACTICES: THE EXPERIENCE OF COCO BREAKS BABAÇU OF THE MARANHÃO AND PIAÇABEIROS OF AMAZONAS

Luciano Moura Maciel[1]

RESUMO: O artigo objetiva analisar a relação entre o colonialismo do Direito no Brasil diante da obrigatoriedade da constituição de associações pelos povos e comunidades tradicionais para terem a possibilidade de lutar pela efetivação de seus direitos territoriais, ambientais, étnicos e culturais. O Estado brasileiro exige para a conquista de direitos, sejam de titulação de propriedade, luta por demarcação e obtenção de financiamentos, a constituição de associações para efetivação de direitos coletivos de grupos étnicos, estas associações são de direito coletivo diferenciam-se das associações de direito civil cuja forma de regulação pode divergir inteiramente dos modos próprios de organização social e jurídica dos grupos sociais. A metodologia utilizada será da coleta de material bibliográfico sobre colonialismo e descolonialismo do direito e pesquisa direta e indireta de campo utilizando os dados e entrevistas colhidos no campo, alusivos às experiências em associações das quebradeiras de coco babaçu no Estado do Maranhão e dos piaçabeiros do médio Rio Negro Estado do Amazonas.

Palavras-Chave: descolonização; povos e comunidades tradicionais; quebradeiras de coco; piaçabeiros.

ABSTRACT: The article aims to analyze the relationship between the colonialism of law in Brazil before the obligation of the constitution of associations by the traditional peoples and communities to have the possibility to fight for the realization of their territorial, environmental, ethnic and cultural rights. The Brazilian state demands for the conquest of rights, whether of titling of property, struggle for demarcation and obtaining of financing, the constitution of associations for the realization of the collective rights of ethnic groups, these associations are of collective right differ from the associations of right whose form of regulation may diverge entirely from the proper modes of social and legal organization of social groups. The methodology

1 Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas, Doutorando em Direitos Humanos e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Pará. Bolsista Capes. Advogado. advlucianomoura@gmail.com

used will be the collection of bibliographic material on colonialism and decolonialism of the law and direct and indirect field research using the data and interviews collected in the field, allusive to the experiences in associations of the babaçu coconut breakers in the State of Maranhão and the piaçabeiros do medium Rio Negro State of Amazonas.

Keywords: decolonization; Peoples and communities; Coconut breakers and piaçabeiros.

INTRODUÇÃO

A colonização para Fanon (1968, p. 30) foi conduzida pela violência, exploração e assassinato do colonizado pelo colono por meio de baionetas e canhões vindo a destruir formas sociais indígenas, arrasando seus sistemas próprios de economia, os modos de aparência, provocando dentre tantas mazelas, o deslocamento compulsório dos colonizados nas cidades, após serem expulsos de seus territórios tradicionais processo simultâneo com o processo político, racional e cultural da Modernidade caracterizada pela expulsão dos povos mouros da península ibérica em 1492, data do "encobrimento do outro" com a ocupação da América. Neste processo histórico, a Modernidade afastou, desprezou e excluiu a natureza, separando direito individual e coletivo, contrapondo sociedade civil e natureza e impondo o direito de além-mar aos povos das Américas (TÁRREGA e GONÇALVES, 2016; DUSSEL, MARÉS, 2015)

Neste ponto, o artigo problematiza a questão da imposição da forma jurídica positiva das associações aos povos indígenas e comunidades tradicionais, no sentido de refletir se não é uma forma de deterioração das formações sociais dos grupos sociais que passaram por extremo processo de colonização no sentido de Fanon? As experiências dos grupos no formato de associações jurídicas não seria o modo contemporâneo de desarticulação das formas de organização jurídica específica dos povos indígenas e comunidades tradicionais?

Diante da problematização formulada o artigo objetiva analisar a relação entre colonialismo, colonialidade e o direito diante da imposição aos grupos sociais de constituírem a forma jurídica de associações. De modo específico, o artigo objetiva a partir de pesquisa empírica verificar as formas de apropriação e reapropriação do instituto das associações pelas quebradeiras de coco babaçu do Maranhão e os piaçabeiros do médio Rio Negro no Estado do Amazonas.

As quebradeiras de coco babaçu se autodefinem socialmente e politicamente pelas atividades comuns de extrativismo do coco babaçu, constituindo-se em um grupo de mulheres oriundas de um campesinato formado por descendentes de negros escravizados, de índios destribalizado e de nordestinos deslocados. Este grupo social exerce suas atividades nos Estados do Pará, Maranhão, Piauí e Tocantins. (PORRO, 2002, p.11).[2]

2 A pesquisadora e Professora Noemi Porro em sua tese de doutorado em Filosofia pela Universidade da Flórida em 2002, intitulada "Rupture and resistance: gender relations and life trajectories in the babaçu palm forests of brazil", detalha as origens das quebradeiras de coco babaçu enquanto descendentes dos escravos nativos de diferentes tribos africanas da Costa da Guiné, Cabo Verde, Angola e provavelmente do Sudão e da Etiópia e de indivíduos destribalizados oriundos das nações indígenas Timbiras, Kanela e Guajaras, que foram miscigenados com Europeus na sua maioria de Portugal, França e Holanda e com Libanês.

Os piaçabeiros são sujeitos sociais que se autoidentificam e são identificados como aqueles que detêm o conhecimento específico de cortar, beneficiar e extrair a piaçaba revelando domínio de um manejo criterioso e sustentável em relação ao piaçabal oficialmente definido pela incidência da palmeira de piaçaba, as chamadas "piaçabeiras" que se situam as margens dos igarapés, subafluentes dos rios. É no piaçabal que as relações complexas atreladas a prática extrativista se estabelecem entre os piaçabeiros e os patrões caracterizado por um sistema muitas das vezes análogo a escravidão considerando o acúmulo de dívidas do piaçabeiro em relação ao "patrão" (MENEZES, 2012, p. 18/93).

Ambos os grupos sociais sofrem na contemporaneidade o reavivamento do processo colonial de submissão às leis modernas que garantem a propriedade privada no Brasil e na América Latina. Este fato tem sua origem no genocídio dos povos indígenas (CHIVI VARGAS, 2009, p. 153), desde chegada do colonizador no Brasil, quando as terras indígenas passaram a pertencer a Portugal, em nome de Deus e do Rei.

Pensar em descolonização jurídica nos remete a compreender as origens do direito moderno imposto aos povos colonizados nas Américas mediante o uso da força e da violência pela colonização externa de povos com diferentes identidades que habitavam território comum, bem como pela colonização interna que não passou de substituição do sujeito dominador ativo da violência, dos agentes da lei e da ordem do Estado Português para agentes do Estado nacional brasileiro, pois, deixar de ser colônia de Portugal não significou para o Brasil um processo de descolonização jurídica, econômica e cultural (ASSIS; 2014. COELHO; 2002).

O artigo inspirado pelas vivências associativas dos povos e comunidades tradicionais, especialmente das quebradeiras de coco babaçu do Maranhão dos piaçabeiros na região do médio Rio Negro no Amazonas, traz a lume a realidade sociocultural de grupos sociais, que incorporaram fatores étnicos, lutas ecológicas preservacionistas e de acesso aos recursos naturais na dinâmica das associações criadas, grupos estes, outrora invisíveis para o direito moderno capitalista, formam associações diferentes das associações civis abstratas de cunho liberal prevista na dogmática jurídica.

O espaço social da associação não é mero agrupamento de indivíduos para fins comuns, consoante informa a regulação civilista, a qual a associação seria um direito potestativo do indivíduo oponível em face de todos e do Estado, no campo do exercício de sua liberdade individual, assegurando o direito de associar-se, permanecer associado ou deixar de sê-lo. Pelo estudo e observação das práticas associativas das quebradeiras de coco babaçu e dos piaçabeiros, as associações são instrumentos jurídicos apropriados pelos grupos sociais, em observância à própria imposição Estatal, como é o caso da titulação de propriedade das terras tradicionais dos povos quilombolas. Revelam modos de criar e fazer coletivo fundado em experiências compartilhadas dos sujeitos que compõem a entidade associativa, com uma finalidade essencial: garantir direitos territoriais.

Realizamos uma opção teórica neste artigo em utilizar a categoria jurídica[3] de povos e comunidades tradicionais para designar concretamente os povos indígenas,

3 Ver categoria jurídica em CRETELLA JÚNIOR, José. **As categorias jurídicas e o direito administrativo.** Revista de Direito Administrativo, v. 85, p. 28-33, 2014. Disponível em<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/28805/27657>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

quilombolas, quebradeiras de coco babaçu, piaçabeiros, seringueiros, faxinalenses, comunidades de fundo de pasto, ciganos, geraizeiros, pescadores artesanais e diversos outros sujeitos emergentes, a explicação não decorre exclusivamente da adscrição ao conceito legal previsto no Decreto 6.040/2007[4]. Mas por influência dos escritos de Almeida (2007) que prefere a utilizar "comunidade", em sintonia com a ideia de "povos tradicionais", deslocando o termo "populações" não apenas pelo seu caráter de corpos teóricos da biologia como observou Faria (2006, p. 20), mas por se referir a um aspecto quantitativo de um conjunto de pessoas, com menor referência a aspectos culturais e étnicos que o termo "povos" denota. O termo "tradicional" ganhou força como reivindicação do presente por se aproximar com as dinâmicas de mobilização e não pela repetição de práticas ancestrais ou pela transmissão de traços culturais (ALMEIDA, 2007).

Neste contexto, o primeiro capítulo propõe estudar a relação entre colonialismo, colonialidade e a formação do direito brasileiro baseado em uma *episteme* eurocêntrica problematizando o viés hierárquico do direito oficial do Estado na imposição de suas categorias ortodoxas, universais, liberais.

No segundo tópico, desenvolvo a relação entre associativismo e reconhecimento jurídico problematizando o reconhecimento jurídico realizado por categorias do direito privado preexistentes ao reconhecimento Constitucional dos povos indígenas e comunidades tradicionais, como é o caso das associações jurídicas.

Na segunda parte, o artigo inicia sua parte empírica com fundamento na pesquisa de campo realizada junto às quebradeiras de coco babaçu da região do Estado do Maranhão, nos municípios de Lago do Junco e Esperantinópolis,estudando as associações como uma organização jurídica, política, ambiental e cultural, fundamental para os processos de lutas e reinvindicações ambientais e sociais das quebradeiras de coco babaçu.

Por conseguinte, também com foco empírico, mas utilizando-se de fontes indiretas de pesquisa de campo, o artigo busca realçar as experiências com associações dos piaçabeiros do médio Rio Negro no Estado do Amazonas, até para vislumbrar diferentes formas de apropriação das associações e de seu uso político. Em outras palavras, cada grupo social ressignifica, atualiza e dinamiza o uso das associações de forma diferenciada, não é forçoso constatar que o teor normativo do código civil ao regular de forma universal para todas as associações petrifica o instituto no tempo e no espaço.

1. COLONIALISMO E COLONIALIDADE DO DIREITO NO BRASIL

O processo colonizador lusitano no Brasil significou para o Direito a imposição de institutos jurídicos exógenos aos povos indígenas, uma cultura jurídica vista como superior centrada nos valores jurídicos provenientes da tradição do Direito Português e o seu *corpus* de normas legislativas tornaram-se a base exclusiva do Direito pátrio.

4 Segundo art. 3º do Decreto n.º 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, povos e comunidades tradicionais são; grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, possuidores de formas próprias de organização social, ocupantes e usuários de territórios e recursos naturais como condição à sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

No contexto de criação do Direito brasileiro o colonizador Português desconsiderou completamente a contribuição dos povos indígenas para o Direito, o indígena era objeto de uma regulação servil e escravocrata possibilitando os processos genocidas e sua desintegração cultural. (WOLKMER, 2002, p. 46)

De modo cruel, os povos negros atualmente reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, como quilombolas, foram trazidos ao Brasil com escravos da África inicialmente para a plantação de cana de açúcar, sem nenhum direito, sendo considerado meramente um objeto. A base inicial do direito no Brasil era um direito para donatários das terras de cunho privado em suas relações e um embrionário direito administrativo para a administração das Capitanias Hereditárias (1520-1549) pelos Governadores Gerais, cujos instrumentos jurídicos eram as Normas Eclesiásticas, Forais e as Cartas de Doação. Posteriormente, foram impostas as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603), eram as Ordenações do Reino para cumprimento obrigatório no Brasil. E já no século XVIII, os Portugueses impuseram as "Leis da Boa Razão" (1769) que eram regras sobre a aplicação e interpretação de leis no Brasil, buscando diminuir a influência do Direito Romano aplicável apenas subsidiariamente para a valorização das normas coloniais vigentes no Brasil (Op.cit. p. 48).

O modelo jurídico hegemônico no Brasil regulou a colonização que nas inferências de Césaire (1978, p. 25) é sinônimo de "coisificação" consciente de seu caráter desumanizador, baseado no desprezo com os povos indígenas produz na relação entre colonizador e colonizado: a força, a brutalidade, a crueldade, o trabalho forçado, a discriminação, o choque, a tortura, ou seja, não funda ou mantém nenhum direito humano.

Observa-se nos primeiros momentos de construção do Direito no Brasil uma relação direta do Direito com o colonialismo diante da dominação colonial Portuguesa, segundo reflete Wolkmer (2002, p. 49), instituindo um direito completamente alienígena para se beneficiar com a tributação, um direito penal abrangente para reprimir as revoltas e garantir a classe dominante emergente um direito agrário concentrador e segregador da população nativa.

No Brasil e na América Latina o Direito dos povos indígenas com características informais e geralmente orais, foram marginalizados,eram considerados no máximo como costume (WOLKMER, 2002), sem qualquer valor jurídico, aqui já se pode notar a vinculação do colonialismo com o racismo, segundo Quijano (2005, p.107) a expansão do colonialismo pelo mundo desencadeou em uma perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com esta à elaboração de uma teoria de raça, como naturalização destas relações coloniais de superioridade entre os dominantes e dominados.

Os povos conquistados e dominados foram postos em uma situação jurídica, cultural, política de inferioridade e consequentemente também seus traços fenotípicos estigmatizados passando o dominante a inventar a autointitulação de branco em antagonismo das identidades sociais novas: os negros, os índios e os mestiços(QUIJANO, 2005).

O colonialismo e a ideia de raça contrapuseram os conhecimentos dos grupos sociais locais violentados e subalternizados, no que Grosfoquel (2007, p.32) denomina de "racismo epistêmico" ou racismo epistemológico privilegiando e sobrepondo

as políticas identitárias dos brancos ocidentais, sendo considerado como a única e legítima forma de produção do conhecimento capaz de elaborar teorias em que se separa o sujeito do objeto, defende o conhecimento neutro e "universal" capaz de se chegar à "verdade".

Partindo da teoria de Grosfoquel compreendo a existência no Brasil do que denomino de "racismo jurídico"que é uma espécie de racismo epistêmico, pois assim como este desconsidera os conhecimentos não-ocidentais como inferiores aos conhecimentos ocidentais, o "racismo jurídico" considera as práticas jurídicas dos povos e comunidades tradicionais como mero costume ou práticas culturais sem valor jurídico, deixando de reconhecer no caso brasileiro as práticas orais e informais dos povos indígenas, comunidades quilombolas e outras comunidades tradicionais como Direito.

O Direito oficial vai produzindo mitos em que esconde o sujeito da enunciação, ou seja, quem "fala" pelo Direito, que geralmente e hegemonicamente é um corpo político masculino e de acordo com as reflexões de Castro-Gomez (2005, p.85) é o sujeito proprietário individual, casado, heterossexual, reacionário e defensor do modo de produção capitalista. Diferentemente, o direito produzido pelas práticas sociais e culturais dos povos e comunidades tradicionais quem o enuncia são os próprios grupos sociais aviltados historicamente pelos processos violentos de colonização não apenas físico e cultural, mas também no sentido apontado por Fanon (1968, p.19) que os povos locais são considerados sem valores, em que suas tradições e seus mitos são relegados à indigência e da depravação.

Em outras palavras, os valores e as práticas jurídicas dos povos não são equiparáveis a Constituição ou leis no sentido moderno, estão para a organização jurídica do Estado Moderno abaixo disto, ou seja, estas identidades convertidas em reivindicações territoriais tornam um problema para o direito moderno moldado não pela diversidade sociocultural e sim pela regulação via padrões jurídicos universais.

Embora no Brasil e na América Latina em geral o colonialismo histórico-político nas Américas tenha sido extinto formando nações política e juridicamente independentes, principalmente nos séculos XIX e XX, este processo não foi suficiente para a libertação econômica, cultural e jurídica destes países da periferia do capitalismo, mantendo-se nestes países relações de "colonialidade de poder" expressão desenvolvida por Quijano (1997;2005) como um processo de manutenção das estruturas jurídicas de poder ligadas organização do Estado, ao controle do trabalho, ao exercício da dominação racial e de produção do conhecimento que transcende o processo de independência ou descolonização, a despeito da independência política dos Estados, a relação colonial entre Estados centrais e periféricos se mantém.

Mignolo dialoga academicamente com Quijano e ajuda a articular este debate ao revelar que há uma relação intrínseca entre colonialidade e modernidade. A colonialidade é constitutiva da modernidade, não pode haver modernidade sem colonialidade (2010, p. 46), pois esta é o lado obscuro da modernidade que é o modo de organização da vida social na Europa a partir do século XVII que foi transformado o mundo abaixo de sua influência (GIDDENS, 1993), esta organização só foi possível pela conquista da América. Nascia o sistema-mundo moderno com a criação da América formando o sistema mundial de uma economia-mundo capitalista que não haveria sem as Américas. O capitalismo e a modernidade são um fenômeno europeu e não planetário, isto é, a

colonialidade do poder representa esta estrutura de controle do poder, que marca as diferenças coloniais, com os eixos de controle do trabalho na forma da empresa capitalista; controle da produção-apropriação e distribuição dos produtos articulados em torno da relação capital-salário (MIGNOLO, 2005, p. 36).

A colonialidade/modernidade instaura o capitalismo como sistema econômico dominante seja o capitalismo liberal desorganizado do século XIX e XX, o capitalismo organizado do Estado-Providência no pós-guerra e o capitalismo desorganizado neoliberal do pós década de 70 do XX,não cumpriram as promessas da Modernidade, especialmente as alvoradas do Constitucionalismo Liberal do século XIX de libertação individual e coletiva, ou seja, de emancipação do sujeito individual. O Direito Moderno consolidou-se como direito estatal diante da tensão entre regulação social e emancipação prevalecendo à regulação a serviço dos instrumentos de poder e manutenção da ordem e da repressão diante do caos provocado pelo capitalismo da Modernidade(SANTOS, 2002).

Os triunfos da ideologia liberal e a absolutização do direito oficial estatal como fonte totalitária do Direito provocam nos dizeres de Santos (2002) a separação entre Estado e sociedade civil, sendo esta como objeto de regulação do Estado.Assim, nos países do capitalismo periférico as normas estatais regulam as entidades da sociedade civil, como é o caso das associações jurídicas,desconsiderando a existência de direitos e práticas socioculturais locais fora da idealização jurídica do Código Civil, que por seu conteúdo de caráter universal desconhece as formas próprias dos povos e comunidades tradicionais expressarem seus modos de organização social.

2. RECONHECIMENTO DOS POVOS: ASSOCIAÇÕES DE "DIREITOS COLETIVOS" E AS ASSOCIAÇÕES DE DIREITO CIVIL

A subordinação dos povos indígenas e comunidades tradicionais as categorias jurídicas do Estado Brasileiro preexistentes[5] (sujeito de direito, contrato e associações) ao reconhecimento formal dos direitos dos povos e comunidades tradicionais pela Constituição Federal de 1988 implica em uma relação ambígua de reconhecimento/desconhecimento da alteridade e da diversidade sociocultural brasileira.

Mesmo quando o Estado desloca sua atuação de um colonialismo interno[6], ou seja, do Estado conquistador para o Estado protetor, o mesmo não perde sua característica de Estado liberal impondo suas formas jurídicas aos povos e comunidades tradicionais como ocorre com a constituição das "associações" instituto de direito individual e privado exigido pelo Estado para enquadrar os povos e comunidades como "pessoas jurídicas

5 Compartilho a preocupação de reconhecimento jurídico com categorias preexistentes com as reflexões de Joaquim Shiraishi Neto e Fernando Antônio de Carvalho Dantas em artigo intitulado: "A *"Commoditização"* do Conhecimento Tradicional: notas sobre o processo de regulamentação jurídica". Para os autores referindo-se a utilização das categorias "contrato" e "sujeito de direito" nas relações jurídicas que envolvem a regulamentação da apropriação dos conhecimentos tradicionais tendem a desarticular as relações construídas pelos povos e comunidades tradicionais ameaçando de forma contraditória a própria diversidade (SHIRAISHI NETO; DANTAS; 2008).

6 Ver conceito no primeiro tópico. Para um maior aprofundamento ver Cardoso de Oliveira, 1966 sobre a noção de "colonialismo interno".

de direito privado" desconsiderando o significado destes institutos para os próprios sujeitos e os modos de organização política interna dos grupos sociais (COELHO; 2002; SHIRAISHI NETO; DANTAS; 2008).

O Estado brasileiro percorreu um longo caminho até o reconhecimento limitado ao multiculturalismo dos povos e comunidades tradicionais na Constituição Federal de 1988, os povos indígenas foram afirmados apenas como "índios" com direito a posse permanente das áreas tradicionalmente ocupadas, direito este extremamente fragilizado pela exigência do Supremo Tribunal Federal do marco temporal[7], ou seja, a presença dos povos indígenas na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, como exigência temporal, esvazia a força normativa da Constituição, além de outros direitos[8]. Além dos povos originários, foram reconhecidos expressamente no texto Constitucional: os quilombolas como "remanescentes de quilombos" e os seringueiros como grupos sujeitos a uma reparação indenizatória histórica por sua utilização como "soldado da borracha".

No entanto, convém salientar o processo histórico de reconhecimento foi sofrível e violento. Ao longo do século XIX os "índios" eram vistos pelo Estado brasileiro, como uma ameaça a ser contida quanto como uma possibilidade de mão-de-obra escrava a ser explorada. Assim, efetivaram-se os aldeamentos dos índios, as guerras "justas" para adestrá-los ao trabalho, porquanto havia duas classes de índios: os integrados, trabalhadores forçados ou mortos. Em outras palavras, quando não eram invisíveis para os Estados Nacionais eram visíveis mortos ou escravizados. Os povos africanos trazidos como escravos eram objetos, coisas, quer dizer nem pessoas eram no processo histórico brasileiro e mesmo quando a Constituição Imperial de 1824, reconheceu a liberdade como direito de todos manteve uma das exigências do início da Colonialidade/ Modernidade a escravidão (MARÉS; 2015; COELHO; 2002).

No caso dos povos quilombolas,desde a libertação dos escravos, em 1888,as normas jurídicas mantiveram-se silente em positivar algum direito a estes povos, a integração dos povos quilombolas ao direito foi realizada pelo direito individual que não impediu as manifestações de racismo do Estado e da sociedade brasileira nos aspectos relacionados à exclusão social, à favelização do negro, o racismo nas relações interpessoais, desvalorização no trabalho e a desigualdade no mercado de trabalho, negros como foco das abordagens e da violência policial. Neste cenário, mascarando a realidade social foi construído o mito da democracia racial no Brasil expressado por Freyre (1933) na valorização da mestiçagem como mistura e complementariedade das três culturas: negro, branco e índio. Assim, por exemplo, de acordo com o mito, a racionalidade do colonizador compensaria a afetividade do índio e a sensualidade do negro (OLIVEIRA FILHO; 1999; MARÉS; 2015).

Passados 100 (cem) anos da "Lei Áurea" período marcado pela ausência de direitos coletivos aos povos quilombolas, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o quadro jurídico começou a se alterar com o reconhecimento constitucional

7 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem exigido o "marco temporal" para o reconhecimento das terras indígenas.(PET 3388; Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 803.462 Mato Grosso do Sul, "Caso limão verde")

8 O art. 231 da Constituição Federal elencou uma série de direitos aos povos indígenas como o direito a organização social, línguas, costumes, tradições e terras tradicionalmente ocupadas.

das comunidades remanescentes de quilombos por força do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988 que preceitua: "aos remanescentes das comunidades de quilombos que estava ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos".

A previsão Constitucional do direito a titulação não deve ser interpretado como algo dado ou naturalizado decorrente do voluntarismo ou da filantropia do Constituinte. Pelo contrário, não se podem escamotear as reivindicações do movimento negro durante o século XX, inicialmente com a Frente Negra Brasileira de 1930 e posterior mente com o Teatro Experimental Negro nas décadas de 1950-1960. Após o golpe militar de 1964, os quilombos representavam um núcleo de resistência ao autoritarismo. No início da década de 70, um grupo de militantes do movimento negro sediado em Porto Alegre criou o Grupo Palmares, elegendo em 20 de novembro como a data da morte do Zumbi como um dia a ser lembrado e o dia 13 de maio celebrado como a data oficial da celebração da abolição da escravidão. No que concerne à luta pelo acesso dos povos negros a terra foi marcante a criação nos Estados do Maranhão e no Pará, as congregações de comunidades negras rurais. Nesta época, foi criada a fundação do Centro Cultural Negra do Maranhão (CCN) e do Centro de Estudos e Defesa do Negro no Pará (Cedenpa) (MELLO, 2012, p. 35).

O constituinte de 1988 ao utilizar o termo "remanescente" ligado a "sobras", "resíduos", talvez não tivesse esperado tamanha mobilização por direitos territoriais e a força dos agentes sociais se constituindo em identidades coletivas organizadas em movimentos sociais (ALMEIDA, 2011, p.162). Dados oficiais apontam que existem no Brasil 743 (setecentas e quarenta e três) áreas de remanescente de quilombos, cuja população estaria estimada em 2 milhões de habitantes distribuídos e 30 milhões de hectares. No entanto, estimativas não oficiais reportam a existência de 3mil comunidades, sendo que em 23 anos apenas 90 áreas foram tituladas (ALMEIDA, 2011, p. 163).

A titulação é coletiva em nome da Associação e condicionada ao seu controle, ou seja, tornando as terras, segundo Almeida (2011, p.161) um obstáculo às tentativas de disponibilizá-las ao mercado de terras para venda tornando-a imobilizada[9]. Neste ponto, problematizamos as possíveis implicações desta obrigatoriedade.

A organização dos povos quilombolas em associações relaciona-se com um movimento mais amplo analisado por Hobsbawn (1995, p.406) diante da constatação do enfraquecimento dos Sindicatos pela atuação das empresas transnacionais que dominam a economia mundial vários cidadãos deixaram de militar em Sindicatos e partidos políticos de esquerda para atuarem em movimentos sociais mais específicos como os que atuam na defesa do meio ambiente de acordo com sua atividade, como é o caso dos seringueiros, na preservação dos seringais, das quebradeiras de coco na proteção

9 Os antropólogos Alfredo Wagner de Almeida e Rosa Acevedo Marin (2008, p.141) demonstram preocupação com as agro-estratégias que são medidas de interesse do agronegócio para remover os obstáculos jurídico formais que impedem as novas extensões de terras para o mercado. (ALMEIDA; MARIN. Campanhas de desterritorialização na Amazônia: o agronegócio e a reestruturação do mercado de terras. In Amazônia Região universal e teatro do mundo. Willi Bolle, Edna Castro e Marcel Vejmelka (org.).Editora Globo, 2008.

das palmeiras, movimentos feministas e de identidade étnica deslocando a ênfase de atuação de políticas universais para políticas específicas do grupo social.

Os movimentos sociais do campo foram saindo do controle dos Sindicatos dos Trabalhadores e Trabalhadoras Rurais e passaram a organizar associações principalmente especialmente a partir de 1988-1989,que escapam o sentido da luta de uma entidade sindical, por serem associações específicas incorporaram fatores étnicos, ecológicos, ambientais e critérios de gênero e autodefinição coletiva com objetivo de modificar os critérios das ações político-administrativas do Estado marcadas por uma burocratização excessiva e etnocentrismo construindo o Estado um "saber prático" sobre os direitos dos povos tradicionais mais reforçando o positivismo diluindo os fatores étnicos na noção de povo fundamental para homogeneização dos povos (ALMEIDA, 2004; 2011).

As associações que aqui denomino de "direitos coletivos" com caráter étnico, cultural, político e social,atuam perante os poderes públicos ressaltando os fundamentos étnicos e de proteção da natureza na reivindicação de seus territórios tradicionais e demais direitos correlatos. O direito para se tornar democrático e efetivamente descolonizar-se deve incorporar os esforços teóricos frutos da interlocução direta com os povos e comunidades tradicionais dialogando com a antropologia e ao contrário do formalismo jurídico contestado por Bourdieu (2007, p. 106) que afirma a autonomia absoluta do direito em relação ao mundo social, o direito segundo Chagas (2011, p. 262) não deve se divorciar da participação dos "atores jurídicos, sociais e políticos", acrescentamos "atores étnicos" para o fortalecimento da força normativa da Constituição da República de 1988e neste sentido compartilhamos com o entendimento de Duprat (2007, p. 9)que o Estado brasileiro deveria se consolidar como pluriétnico e multicultural pelo texto Constitucional.

Em torno da criação das associações pelos povos e comunidades tradicionais há uma disputa sobre o reconhecimento do Estado brasileiro como pluriétnico, pois estas associações não se limitam a temas comuns de acordo com os ditames dos dogmas jurídicos rígidos sobre associações como a "união de pessoas para fins não econômicos" para fins culturais, sociais e ambientais. As incorporações de fatores étnicos e do forte cunho político das associações retiram-na de seu lugar tranquilo, pois a dogmática sobre associações ao conceituar sua finalidade não imagina esta possibilidade, visto que a dogmática jurídica convencional distancia-se dos debates em torno do direito étnico e do reconhecimento do Estado Pluriétnico, ou seja, como nos lembra Leivas (2006) este debate sobre "associações de direito coletivo étnico" nos ajudam a superar os limites impostos pelo positivismo jurídico no amplo campo dos direitos fundamentais.

As associações de "direito coletivo" estão ligadas à ideia de identidades múltiplas (Canotilho, 2001) são entidades fundamentais para a titulação das terras dos grupos quilombolas. Compreendo a diferença das "associações étnicas de direito coletivo" fazendo com que haja "relativização das categorias jurídicas", como afirma Shiraishi Neto (2014, p. 11) categorias que são tomadas como "naturais" e universais fazendo com que situações dos povos e comunidades tradicionais contemporâneas sejam vinculadas a esquemas jurídicos preexistentes.

As associações de "direito coletivo" não são juridicamente as mesmas do Código Civil e não podem ser interpretadas tão somente sob este regime jurídico, pois estão

protegidas pelo arcabouço jurídico da Constituição Federal de 1988, que institui no art. 215 e 216, como patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial como referência à identidade, à ação dos diferentes grupos formadores da diversidade brasileira, incluindo o respeito as formas de expressão, criar e viver e preservar os espaços destinados às manifestações culturais, artísticas e políticas, como é o caso das associações dos povos e comunidades tradicionais.

Deste modo, faz-se necessário um estudo empírico sobre as associações instituídas pelos povos e comunidades tradicionais, os quais demonstram as diferenças concretas entre as associações de direito coletivo étnico e as associações ortodoxas previstas abstratamente pelo Código Civil Brasileiro. Optamos por maior contato de pesquisa, pelas quebradeiras de coco babaçu da região do Médio-Mearim do Maranhão e os piaçabeiros do médio Rio Negro do Estado do Amazonas.

3. AS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU E A EXPERIÊNCIA COM AS ASSOCIAÇÕES

Para o desenvolvimento deste tópico utilizamos pesquisa teórica e dados colhidos na pesquisa de campo com as quebradeiras de coco babaçu e suas organizações sociais registradas na forma de "Associações Civis", pesquisa esta realizada entre 28 de abril e 02 de maio de 2010 e de 08.02.2011 a 03.03.2011; 28.03.2011 a 08.04.2011, nos municípios maranhenses de São Luís, Pedreiras, Esperantinópolis e Lago do Junco. A pesquisa de campo teve como objetivo de obtenção de dados empíricos para a dissertação de Mestrado intitulada "As quebradeiras de coco babaçu e o mercado: Dilemas entre proteção dos conhecimentos tradicionais e a sujeição jurídica".Também utilizaremos pesquisa de campo e bibliográfica realizada por outros pesquisadores sobre o tema.

As quebradeiras de coco babaçu como já foi destacado na introdução deste artigo são um grupo de mulheres trabalhadoras rurais e agroextrativistas oriundas de um campesinato formado por descendentes de povos indígenas destribalizados, negros escravizados e nordestinos deslocados de regiões mais ao leste do Nordeste para o Maranhão, formando comunidades quilombolas no Maranhão no século XIX e início do século XX, que vieram como migrantes nordestinos "retirantes da seca". As quebradeiras aliam a quebra do coco babaçu com o trabalho na roça. Estão presentes em 04 (quatro) Estados brasileiros: Maranhão, Pará, Piauí e Tocantins (BARBOSA, 2006, p. 36; PORRO, 2002, p.11; ANTUNES, 2006, p. 123).

As quebradeiras de coco babaçu enfrentam históricos conflitos pela preservação dos babaçuais,que incidem nas fazendas de propriedade privada, pelo acesso ao coco babaçu, mesmo nos casos de "coco preso" que são aqueles que incidem em áreas de propriedade privada, em razão da relevância jurídica do fator histórico de que as atividades agroextrativistas das quebradeiras de coco babaçu são preexistentes aos cercamentos privados das fazendas cujo poder de fruir, usar e dispor da terra privada ao fazendeiro teve amplo apoio Governamental, com a outorga em 1969 da Lei n.º 2.979, conhecida como Lei de Terras do Governo Sarney, tal norma segundo Gonçalves (2000, p. 29) foi à propulsora dos incentivos a grandes empreendimentos, gerando a concentração de terras no Estado. Antes desta Lei, observou Agostinho (2010, p.52) estava em vigor no Maranhão a Lei n.º 439 de 1906, norma que regulamentou as ações do Estado, com

vistas a dar uma aparente regularidade ao uso por particulares das"terras devolutas", concedendo títulos de propriedade a grandes faixas de terras, beneficiando aos grupos de fazendeiros no Estado do Maranhão e na região do médio Mearim, área de ampla incidência das palmeiras do babaçu.[10]

Os conflitos atuais com os fazendeiros e grandes indústrias de celulose, ferro e gusa, carvoarias na região, ocorrem pela posição antagônica das quebradeiras de coco babaçu em relação aos demais agentes sociais na região, os "antagonistas", que são empresários e fazendeiros em permanente conflito com as quebradeiras de coco babaçu devido a atuação das mesmas na luta pela preservação dos recursos naturais, reivindicações de acesso a terra e regularização fundiária para a realização do trabalho na roça, coleta, quebra do coco e organização da produção, bem como uma reivindicação convertida em Lei denominadas "Leis do Babaçu Livre", que são as lutas pelo livre acesso ao coco babaçu mesmo que estejam em áreas sob o domínio privado.

A microrregião do Médio Mearim local da pesquisa de campo deste autor foi marcada entre as décadas de 1970 e 1980, por intensos conflitos entre trabalhadores rurais e fazendeiros ou grileiro, quando estes passaram a proibir a extração do coco babaçu, com base no direito de propriedade, o que desencadeou forte resistência pelas quebradeiras de coco e seus maridos. Este é o contexto histórico da necessidade das quebradeiras criarem um movimento e institucionalizarem juridicamente como uma "Associação".

A valorização das quebradeiras de coco, enquanto grupo, pelos poderes constituídos foram ocorrendo, segundo Almeida (1995, p. 34), a partir de 1988 e 1989 com o processo de mobilização intensa dos trabalhadores rurais em torno da criação de iniciativas de associativismo e cooperativismo. Esse reconhecimento extrapolou o âmbito local, com a criação do MIQCB – Movimento Interestadual das Quebradeiras de Coco Babaçu em 1991.

3.1 O MIQCB – MOVIMENTO INTERESTADUAL DAS QUEBRADEIRAS DE COCO BABAÇU PARA ALÉM DE UMA ASSOCIAÇÃO CIVIL

O MIQCB é um movimento social que foi criado em 1991 e que tem por escopo mobilizar e organizar as Quebradeiras de Coco Babaçu no afã de conseguir a valorização econômica, política e social do papel das mulheres nas sociedades locais e gerais, cujo objetivo é organizar as quebradeiras de coco para conhecerem seus direitos, na defesa das palmeiras de babaçu, do meio ambiente e da melhoria das condições de vida e de trabalho nas áreas de ocorrência dos babaçuais.(MACIEL, 2012, p. 57)

Embora tenha sido formalizado como Associação Civil é um movimento social com características muito mais amplas daquilo que a dogmática do direito prevê para as "Associações" com direitos e obrigações destinadas ao sujeito de direito que tem a

10 Em entrevista no documentário "Bora Gente: Diálogos em movimento" a Dona Alaídes falou sobre a "guerra" armada promovida contra as quebradeiras de coco babaçu para através da violência e assassinatos impedir o acesso das quebradeiras e seus familiares à terra, fazendo com que seus maridos tivessem que permanecer acordados no "mato" vigiando se não vinha a polícia ou os capangas dos fazendeiros para expulsar as quebradeiras de coco babaçu, pois não detinham o título de propriedade da terra concedido pelos Governo por meio das normas jurídicas mencionadas no texto.

vontade como base de associarem-se ou permanecerem associados. Neste caso, a pesquisa empírica demonstra que o movimento social e interestadual antecedeu a forma jurídica de associação que foi apenas a exteriorização jurídica decorrente de um amplo movimento de assunção de identidades de quebradeiras de coco babaçu. Em outras palavras, o elemento de assumir identidade não é à vontade, mas a identidade coletiva e a autoconsciência cultural de pertencimento a um grupo social.

A forma jurídica de "Associações" tende a absorver a identidade do indivíduo e do grupo que o forma, quer dizer, pelo que foi constatado nas entrevistas, pouco importa para as quebradeiras a condição formal de "associadas", o que tem valor preponderante é o pertencimento ao "Movimento" das quebradeiras de coco babaçu. Sobre o tema observou Oliveira (1979) em seu estudo sobre a "Dupla Crise da Pessoa Jurídica" ressaltando um vício de origem na teoria da pessoa jurídica que é negar a existência de grupos intermediários entre o Estado e indivíduos. É como se as associações para o direito fossem formadas por um agrupamento de indivíduos com objetivos comuns e passam a ser "pessoa jurídica", ou seja, sujeitos de relações jurídicas junto ao Estado, as demais pessoas jurídicas e indivíduos.

A Presidente do MIQCB, a época Dona Dijé, em entrevista afirmou que o movimento o movimento visa o fortalecimento político não apenas das sócias da entidade, mas a luta é mais ampla e abrange a todas as quebradeiras de coco babaçu Relatou a entrevistada:

> A luta das Quebradeiras de Coco é pelo reconhecimento dos direitos relativos ao conhecimento oriundo da experiência, sua organização político-social para dizer aos Governos que o Babaçu faz parte da sobrevivência das Quebradeiras. O babaçu é a principal bandeira de luta do movimento, para que não tenham que sair do campo. O MIQCB requer o reconhecimento das Quebradeiras como cidadãs e espera que a academia seja cada vez mais sensível às causas das Quebradeiras." (Entrevista sede do MIQCB, São Luís 08 de fevereiro de 2011.)

Nota-se a abrangência do movimento que ao obter benefícios como a aprovação de Leis, não beneficia apenas as sócias da Associação, mas a todas as autoidentificadas como quebradeiras de coco babaçu.

Observa-se que o Movimento Interestadual das quebradeiras de coco babaçu concentrado em quatro Estados da Federação, com sede em São Luís, movimenta a luta por direitos em termos nacionais e não apenas locais, possui seis regionais: do Mearim, de Imperatriz e da Baixada (as três no Maranhão), do Pará, do Piauí e do Tocantins. Cada uma possui coordenação executiva e assessoria técnica, apoiada por projetos de diversas ONG's e com a União Europeia (BARBOSA, 2006, p. 36).

Observou Maciel (2012, p. 59) que o Movimento Interestadual das quebradeiras de coco babaçu promove periodicamente encontros interestaduais para discutir questões relacionadas à preservação das palmeiras babaçu, livre acesso ao coco babaçu, questões de gênero, educação no campo, acesso à terra, conhecimentos tradicionais e trabalho infantil, entre outros. Estes encontros têm sido fundamental para a integração do grupo, para sua reafirmação étnica e proposição de seus próprios direitos específicos. Acarretou no fortalecimento do movimento no campo político de atuação, dentro de uma sociedade que tem por fundamento constitucional o pluralismo, positivado na Constituição Federal de 1988.

3.2 A ASSOCIAÇÃO EM ÁREAS DE ASSENTAMENTO DO ESTADO DO MARANHÃO – ASSEMA

No município de Pedreiras, Estado do Maranhão foi realizada pesquisa de campo na Associação em Áreas de Assentamento no Estado do Maranhão - ASSEMA. A entidade foi fundada em 1989, por lideranças locais do município de Esperantinópolis, Estado do Maranhão, articuladas com as de Lago do Junco, São Luiz Gonzaga e Lima Campos[11].

A ASSEMA constitui uma entidade social liderada por trabalhadores rurais, homens e mulheres voltados a prestar assessoria técnica, social, jurídica, econômica e política, aos homens do campo e às quebradeiras de coco babaçu em suas ações em melhoria da qualidade da agricultura familiar, estimulando a organização em sistemas associativistas e cooperativistas[12]. Em outras palavras, pelo que se verificou na pesquisa junto ao sitio da ASSEMA, em nenhum momento em seu conceito institucional consta a palavra "Associação" a não ser em seu nome por força de lei, mas consta como uma "entidade social" liderada por trabalhadores rurais. Ou seja, a forma jurídica imposta pela lei é relegada a um plano secundário diante das amplas finalidades da entidade. Neste sentido, revelou o técnico Ronaldo Carneiro de Souza, militante nos movimentos sociais desde 1988, trabalha na ASSEMA desde 1998, relatou sobre a entidade que:

> ASSEMA para ser fundada teve que fazer um desafio, trabalhar a assessoria técnica na região, organização sociopolítica, criar associações, lutar por terras e a questão ambiental. Ela passou por um período de avaliação em 1995 e 1996 e em 1997 passou a trabalhar com agricultura mais limpa, pensando na preservação do babaçu. (RONALDO CARNEIRO DE SOUZA, Entrevista realizada em Pedreiras. Em 10.02.2011)

Observou-se no trecho acima, a tripla preocupação da entidade com assistência técnica, com a organização social dos grupos e com a preservação ambiental.

O entrevistado afirmou que a ASSEMA trabalha em rede com outros movimentos sociais, que articulados, passaram a colocar em pauta a questão ambiental[13], visando trabalhar com uma agricultura mais limpa, sem agrotóxicos e voltado para a preservação dos babaçuais.

Além do fomento e apoio técnico à questão agroextrativista, a associação comercializa produtos manufaturados e transformados a partir do manejo do babaçu, registrando nos produtos a marca "Babaçu Livre", o que denota uma tentativa de politização do mercado para que setores sociais e empresariais também passem a divulgar a ideia de que não pode existir limitação privada ao acesso das quebradeiras de coco às palmeiras de babaçu, pois é do recurso natural que se garante a reprodução física e social do grupo.

---

11 PORRO, Noemi Miyasaka; VEIGA, Iran. Caderno de Estudos: A experiência da COOPAESP, ASSEMA e MIQCB com a medida provisória 2186-16 de 2001. Esse Caderno de Estudos versa sobre a experiência da COOPAESP, ASSEMA e MIQCB na relação com a empresa Natura, na perspectiva das lideranças, colaboradores e assessorias.

12 ASSOCIAÇÃO EM ÁREAS DE ASSENTAMENTO DO ESTADO DO MARANHÃO – ASSEMA. Quem somos? Disponível em http://www.assema.org.br/geral.php?id=Quemsomos. Acesso em: 20.04.2011.

13 O entrevistado relatou que o discurso de proteção ambiental do movimento serviu para justificar o acesso e a luta pela terra e a reivindicação em relação à Lei do Babaçu Livre.

Nesta parte, verifica-se que o regime jurídico "Associação" pode limitar as atividades da ASSEMA diante da previsão do Código Civil de "fins não econômicos" das Associações. No entanto, a finalidade da ASSEMA não é econômica, pois não possui intuito de "lucro", mas de traduzir uma política de estímulo a marca "babaçu livre", sendo esta atividade meramente de subsistência da entidade que possui finalidades amplas.

Segundo o documento obtido junto à entidade denominado de "Apresentação Institucional 2008", a ASSEMA visa à consecução de diversas estratégias de sustentabilidade política e financeira com a busca por novos apoiadores e por mercado para os produtos "Babaçu Livre"[14] e atuação da entidade junto as famílias agroextrativistas e organizações associadas em áreas voltadas para educação no campo, segurança alimentar das referidas famílias, esclarecimento em relação a legislação de acesso à biodiversidade e repartição de benefícios, e atuação política para a formação de economia solidária junto às cooperativas.

Sobre o tema repartição de benefícios oriundos do acesso aos conhecimentos tradicionais das quebradeiras de coco babaçu decorrente do contrato de acesso aos conhecimentos tradicionais das quebradeiras de coco babaçu pela empresa Natura[15], o entendimento das associações ligadas em rede de atuação conjunta seja a MIQCB e a ASSEMA possuem o entendimento de que o conhecimento tradicional pertence a todas as quebradeiras do Brasil, não é de propriedade das Associações, em geral os bens das associações pertencem tão somente aos associados, observa-se que nas associações aqui estudadas a dinâmica jurídica ligada à luta política é outra. Ou seja, ainda que a quebradeira de coco babaçu não seja associada das associações terá direito à repartição de benefícios pelo seu vínculo de identidade e de atividade junto ao movimento social.

Na pesquisa de campo foi convergente na fala dos técnicos e no documento apresentado pela ASSEMA denominado "Destaques no Trabalho da Assema 2008" que a repartição de benefícios não poderia estar concentrada em um grupo de quebradeiras ou uma entidade social apenas.

No caso das "Associações" convencionais a norma jurídica e a dogmática jurídica prevê o vínculo jurídico com a associação pela forma jurídica de "estar associado", ou seja, é a relação jurídica com a associação que permite ao associado gozar dos benefícios da associação, partindo de uma ideia individual de usufruir direitos. Diferentemente, a pesquisa com as quebradeiras de coco babaçu aponta que os direitos são garantidos não por ser a quebradeira de coco babaçu, sócia da associação, mas simplesmente pelo vínculo de identidade étnica e de atividade com o conhecimento de quebrar o coco, fazer

14 Os produtos "babaçu livre" são os produtos produzidos pelas quebradeiras de coco e fornecidos pela ASSEMA, como o sabonete com a marca "babaçu livre", o licor, o perfume e o sabão.

15 Em 2005, a Natura entrou em contato com as entidades sociais representativas das quebradeiras de coco babaçu com intuito de enviar dois profissionais para visitar a COOPAESP e a ASSEMA (Associação em Áreas de Assentamento no Estado do Maranhão), em razão de ter pesquisado amostras de farinha de mesocarpo e chegado a resultados de interesse comercial, tendo o objetivo de lançar um cosmético contendo esse recurso da biodiversidade. Naquela oportunidade, a Natura informou à COOPAESP que existia a Medida Provisória n.º 2.186-16, de 23 de agosto de 2001, garantindo novos direitos às comunidades tradicionais e que a Natura necessitava se regularizar em respeito a esses direitos, em virtude de já ter acessado amostras da farinha do mesocarpo. Assim, mediante a tentativa de regularizar-se a empresa, após intensas negociações, estabeleceu-se o vínculo jurídico com a comunidade tradicional, mediante a assinatura de um Contrato de Repartição de Benefícios devido ao acesso aos conhecimentos tradicionais associados das quebradeiras de coco babaçu.

o óleo, o sabonete, o licor e demais derivados do coco babaçu, ou, simplesmente por auto intitular-se quebradeira de coco babaçu e ser reconhecida como tal. Entender de modo estritamente civilista poderia levar a exclusão das quebradeiras de coco babaçu não associadas, que vivem em locais de maior difícil acesso, que ainda não participam do movimento ou das associações seja por questões geográficas, econômicas, políticas, familiares ou por escolha pessoal.

4. PIAÇABEIROS, INDÍGENAS E PESCADORES NO MÉDIO RIO NEGRO: ASSOCIAÇÕES NA DISPUTA POR TERRITÓRIOS

No município de Barcelos[16], na região do médio Rio Negro, estado do Amazonas formaram-se diversas associações em torno da extração da piaçaba. Nesta região atuam conflituosamente(embora haja alianças e acordos para objetivos comuns)os piaçabeiros, pescadores, os povos indígenas (Tariano, Tukano, Baniwa, Baré, entre outras), os empresários do turismo, e os "patrões" que são os comerciantes das fibras da piaçaba que intermedeia a relação entre a produção local e a comercialização externa. Estes "patrões" exploram a força de trabalho dos piaçabeiros pelo antigo sistema de "aviamento"[17] (MENESES, 2013). Neste cenário, a pesquisa de campo de Elieyd Sousa de Meneses realizada em sua dissertação de mestrado denominada "Os piaçabeiros no médio rio Negro: identidade étnica e conflitos territoriais" ajuda a entendermos as relações jurídicas em torno da ideia de criação de Associações.

A complexidade das relações sociais em torno da ideia de constituir "Associação Jurídica" nos permitiu constatar que a compreensão dogmática das "associações" como um "objeto puramente cultural, beneficente, altruísta, religioso, esportivo ou moral", como conceituou Duarte (2015), não se coaduna com a realidade fático-jurídica da diversidade sociocultural no Brasil. A constatação empírica vislumbrada pelo trabalho de Meneses (2013) pode-se constatar que nas relações sociais compostas pelos piaçabeiros, "patrões" e pescadores as associações têm por objetivo a conquista dos territórios coletivos como no caso dos piaçabeiros ou privados como no caso dos "patrões", ou seja, as associações visam a conquista de diversas formas de territórios a depender do grupo social que constitui a associação.

Os autodenominados piaçabeiros objetivam a criação das associações para a garantia do direito ao território para práticas extrativistas, ou seja, para o corte sustentável que os piaçabeiros praticam de modo a permitir a recuperação das palmeiras de piaçaba em um período de três a quatro anos. Durante este período buscam novos territórios para terem acesso ao recurso natural e estabelecerem novos piaçabais, instituindo outras relações de trabalho em outros lugares.

16 Informa Reis (2007, p.128) em sua pesquisa de mestrado que Barcelos é um dos 62 municípios do estado do Amazonas, com uma extensão territorial de 122.476 km2, localizado no rio Negro distante da capital cerca de 496 km por via fluvial e 396 km em linha reta, sendo considerado o maior município do Amazonas e o segundo do Brasil.

17 O aviamento segundo Meneses (2013) é o sistema de trocas fundamentado no adiantamento de mercadorias a crédito, caracterizando uma relação vertical entre os agentes sociais eu o compõe, designados de patrões e "fregueses".

Os "patrões" e suas "Associações Civis" exigem a manutenção e ampliação de seus domínios privados do território para comercializar a piaçaba e buscam o reconhecimento em Associações como "trabalhadores do ramo da piaçaba" e de controladores dos recursos naturais, sendo conhecidos como os "donos" dos igarapés, onde os piaçabeiros realizam suas atividades.

As associações coletivas dos povos indígenas buscam a demarcação dos seus territórios indígenas atraindo a oposição dos pescadores que entendem que os rios serão fechados e dos "patrões", pois com a demarcação a terra ficará indisponível para o mercado (MENESES, 2013, p. 19).

Os conflitos sociais marcados juridicamente pela criação de "Associações Civis" envolvem a luta por um "território em disputa" por diversos grupos sociais e por atores privados como os próprios "patrões", os madeireiros e os pescadores, grupos sociais que lançaram a campanha contra a demarcação das terras indígenas. Ao observar a realidade e sua pesquisa de campo, constatou Meneses (2013, p. 30):

> Ao interpretar a realidade empiricamente observável em Barcelos, noto que os agentes sociais estão primeiramente reinvindicando "reconhecimento" e suas identidades coletivas – como piaçabeiros, indígenas, "patrõezinhos", pescadores – para só depois reivindicarem o acesso aos recursos naturais e ao território, e posteriormente à captação de renda entre os grupos sociais.

Estes diversos agentes sociais na luta pelo "reconhecimento jurídico" de seus territórios interagem no sentido das fronteiras étnicas de Barth (2000, p. 2) em que os sistemas sociais são interdependentes cujas diferenças culturais permanecem apesar do contato interétnico e das interações sociais, culturais e políticas dos diversos grupos sociais que compõem esta complexa disputa pelo mesmo território.

As interações e confluências interétnicas pode ser percebida pela aliança política entre piaçabeiros e povos indígenas, passando a existir indígenas-piaçabeiros e piaçabeiros-indígenas denotando os deslocamentos das identidades. Neste contexto, informa Meneses (2013) foi criada em 1999 a Associação Indígena de Barcelos (ASIBA) como uma organização associativa heterogênea que reúne as etnias Tariano, Tukano, Baniwa, Arapaço, Wereuena, Tuyuca, também participam da Associação como associados os piaçabeiros, castanheiros, pescadores, rezadores ou "benzedeiros". Informa Meneses (2013, p. 33) esta associação tem por objetivo o fortalecimento da identidade étnica e dos modos culturalmente diferenciados e tradicionais dos povos indígenas de Barcelos. Na relação com o Estado a principal reivindicação além do reconhecimento étnico é a demarcação de terras nos rios Caurés, Quiuini, Aracá, Demeni, Preto e Padaurinhos, nos municípios de Barcelos e Santa Isabel do Rio Negro.

A Associação (Asiba) possui um forte sentido de consolidação da identidade étnica frente ao Estado e demais grupos sociais, ainda que os associados não pertençam a apenas uma etnia, visam o reconhecimento do Estado de suas ações e lutas pelo território. Esta associação tem uma finalidade étnica, cultural e política e tem enfrentado conflito com outras associações como a Associação Colônia de Pescadors Z-33, associação que reúne 868 associados e congrega pescadores de peixe ornamental e pesca artesanal. É uma associação que disputa de território e por acesso aos recursos naturais é intensa, inclusive os conflitos pelo acesso aos rios e sua manutenção em zonas não demarcáveis, pois além da atividade pesqueira está em jogo a disputa sobre a área de incidência de piaçaba em Barcelos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A discussão deste artigo teve como aspecto central discutir a necessidade de diferenciação das Associações de Direito Civil das Associações de Direito Coletivo Étnicos, tendo como plano de fundo o questionamento sobre a obrigatoriedade dos povos e comunidades tradicionais organizarem-se juridicamente para garantia de direitos em relação ao Estado ou entidades privadas.

A tentativa de enquadrar as associações ligadas aos povos e comunidades tradicionais a uma exegese estritamente de Direito Civil, no entender deste artigo é uma forma de manutenção dos processos de colonização e imposições epistêmicas e de racismo jurídico diante do histórico não reconhecimento do Estado brasileiro das formas orais de expressões jurídicas e culturais dos povos indígenas e demais povos.

Entendo que esta imposição jurídica, se não reconhecido o seu caráter Constitucional de "Direito coletivo étnico" e a adoção de uma análise dialogada do Direito com os povos, pode significar a deterioração das formas tradicionais no sentido exposto por Fanon (1968) em sua obra "Os condenados da terra". Em outras palavras, tentar aplicar ou interpretar tão somente o Direito Civil privatista nos conflitos que envolvam as Associações de caráter étnicotende a reforçar a desarticulação das formas de organização jurídica específica dos povos indígenas e comunidades tradicionais.

No entanto, no Brasil atuaram diversos movimentos sociais em busca de reconhecimento de seus direitos territoriais, culturais e ambientais, estes movimentos foram mais amplos do que a constituição e organização jurídica das associações destes grupos, ou seja, primeiro houve o fortalecimento das mobilizações sociais denominadas por Almeida (2007) de "unidades de mobilização" e os grupos ao perceberem que constituindo associações poderiam dialogar melhor com o Estado, garantir maior acesso à Justiça e lutar juridicamente por direitos coletivos tiveram a sensibilidade de criar associações civis.

Entretanto, as associações civis criadas pelos povos e comunidades tradicionais na reivindicação de direitos coletivos específicos não possuem as mesmas finalidades do modelo previsto pelo código civil e pelo direito civil como "agrupamento de indivíduos" vinculados a liberdade de associarem-se ou permanecerem associados, são associações de direito étnico outro tipo de associação na qual a busca de reconhecimento das diferenças étnicas é fundamental na luta por direitos territoriais dos povos indígenas na demarcação de suas terras, dos povos quilombolas na titulação de propriedade coletiva de suas terras, dos piaçabeiros para livrarem-se do sistema opressor do "aviamento" e em busca da preservação e acesso a piaçaba e das quebradeiras de coco babaçu cuja identidade e a autoconsciência cultural firmam o propósito de associarem-se para fins ambientais, de relativização da propriedade privada com o acesso ao coco babaçu fechado nas fazendas, com objetivos de fortalecimento da identidade de gênero e pelas leis do "babaçu livre".

O desafio para o reconhecimento das "Associações de direito coletivo" com caráter étnico, cultural, político e social, termo criado pelo autor,visa reconhecer que estas entidades ultrapassam os limites do reconhecimento individual do Estado liberal de separação entre Estado e sociedade civil, e apartamento do homem com a natureza, pois as associações dos grupos sociais não se amoldam a previsão civilista de que os direitos serão gozados apenas pelos associados, pois a identidade étnica se sobrepõe ao

formalismo jurídico, haja vista a experiência das quebradeiras de coco babaçu em tentar garantir direitos para as quebradeiras não associadas, através das ações do MIQCB e da ASSEMA. A identidade antecede a associabilidade e a formalização dos associados enquanto membros da associação.

Descolonizar o reconhecimento das associações seria interpretá-las não de forma homogênea e universal como prevê o Código Civil para as associações de indivíduos, mas compreender a dinâmica deste processo que envolve a abrangência dos direitos étnicos movidos pela amplitude dos movimentos sociais que são dinâmicos e atuam em rede de organizações sociais com alianças entre grupos, como a experiência das alianças entre indígenas e piaçabeiros em Barcelos e conflitos pelo território como ocorre com a Asiba e a Associação dos Pescadores de Barcelos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Luane Lemos Felício. **AS LEIS DO BABAÇU LIVRE:** uma análise do processo de juridicização das práticas sociais das mulheres quebradeiras de coco babaçu. Dissertação apresentada a Universidade do Estado do Amazonas. Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental. Manaus, 2010.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quebradeiras de Coco Babaçu:** identidade e mobilização. Legislação específica e fontes documentais e arquivísticas (1915-1995). São Luís: MIQCB, 1995.

____.**Terras tradicionalmente ocupadas:** processos de territorialização, movimentos sociais. R. B. ESTUDOS UBANOS E REGIONAIS v. 6, n.1, 2004.

____. **Apresentação.** *In* Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Joaquim Shiraishi Neto, org. Manaus: UEA, 2007.

____. ALMEIDA; MARIN. **Campanhas de desterritorialização na Amazônia:** o agronegócio e a reestruturação do mercado de terras. *In* Amazônia Região universal e teatro do mundo. Willi Bolle, Edna Castro e Marcel Vejmelka (org.).Editora Globo, 2008.

____. **Quilombos e novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.

ANTUNES, Marta. **As guardiãs da floresta do babaçu e o tortuoso caminho do empoderamento.** *In:* Woortmann. Ellen F; Menache, Renata; Heredia, Beatriz (orgs) **Margarida Alves. Coletânea sobre estudos rurais e gênero**. Brasília: MDA, IICA, 2006.

ASSIS,Wendell Ficher Teixeira. **DO COLONIALISMO À COLONIALIDADE:** expropriação territorial na periferia do capitalismo. CADERNO CRH, Salvador, v. 27, n. 72, pp. 613-627, Set./Dez. 2014

BARBOSA, Viviane de Oliveira. **A caminho dos babaçuais:** Gênero e imaginário no cotidiano de trabalhadores rurais no Maranhão. In Coletânea de estudos rurais e gênero.

BARTH, Fredrik. **Os grupos étnicos e suas fronteiras.** In: O guru, o iniciador e Outras variações antropológicas. Tradução de John Cunha Comeford. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução Fernando Tomaz – 11. ed. – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil, 2007.

CANOTILHO, J.J. GOMES. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra. 2001

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. **Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da invenção do outro.** *In* A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.

CESAIRÉ, Aimé. **Discurso sobre colonialismo**. Lisboa: Éditiones Présence Africaine, 1978.

CHAGAS, Míriam de Fátima. **Da invisibilidade jurídica aos direitos de coletividades:** fazer antropológico em terra de quilombos. In Desenvolvimento, reconhecimento de direitos e conflitos territoriais. Andrea Zhouri (org). ABA – Associação Brasileira de Antropologia publicações, 2011

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. **Os caminhos da descolonização na América Latina:** os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. *In* Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina / [organizador Ricardo Verdum]. - Brasília: Instituto de Estudos socioeconômicos, 2009

COELHO, Elisabeth Maria Beserra. **Territórios em confronto:** a dinâmica da disputa pela terra entre índios e brancos no Maranhão. São Paulo: Hucitec, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **As categorias jurídicas e o direito administrativo**. Revista de Direito Administrativo, v. 85, pp. 28-33, 2014. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/28805/27657>. Acesso em 27 de setembro de 2014.

DUARTE, Nestor. **Comentários sobre Associações.** *In* Código Civil Comentado. César Peluzo (Org). 9. ed. Revista Atualizada, 2015.

DUPRAT, Deborah. **O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade.** *In* Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus: uea, 2007.

DUSSEL, Enrique. **1492:** O encobrimento do outro. A origem do "mito da Modernidade". Conferências de Frankfurt/Enrique Dussel. Tradução Jaime A. Clasen. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968

FARIA, Luiz de Castro. **Antropologia: Duas Ciências**. Notas para uma História da Antropologia no Brasil. Alfredo Wagner Berno de Almeida; Heloísa Maria Bertol Domingues (org). Rio de Janeiro: CNPq/MAST, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande e Senzala,** 1933.

GONÇALVES, Maria de Fátima da Costa. **A Reinvenção do Maranhão Dinástico**. Dissertação de Mestrado. São Luís. Edições UFMA, 2000

GROSFOGUEL, Ramón. **Dilemas dos estudos étnicos norte-americanos**: multiculturalismo identitário, colonização disciplinar e epistemologias descoloniais. *Cienc. Cult.* [online]. 2007, v. 59, n.2, pp. 32-35.

HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos:** o breve século XX: 1914-1991. Tradução Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teorias dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MACIEL, Luciano Moura. **As quebradeiras de coco babaçu e o mercado: dilema entre proteção dos conhecimentos tradicionais e sujeição jurídica.** Dissertação de Mestrado – Manaus, UEA, 2012.

MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. **Os povos invisíveis.** In Direito Constitucional Quilombola: Análises sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3239. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2015.

MELLO, Marcelo Moura. **Reminiscências dos quilombos.** *Territórios da Memória em uma comunidade negra rural*. Campinas: Unicamp. Terceiro Nome. FAPESP. 2012. pp. 33-61.

MENEZES, Elieyd Sousa de. **Os "piaçabeiros" no médio rio Negro:** identidades coletivas e conflitos territoriais . Dissertação de Mestrado. - Manaus: UFAM, 2012.

MIGNOLO, Walter D. **A colonialidade de cabo a rabo:** o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da Modernidade. In A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, CLACSO, Consejo Lationamericano de Ciencias Sociales, 2005.

MIGNOLO, Walter D. **Desobediência Epistêmica:** Retórica de la Modernidad, Lógica de La Colonialidad y Gramática de la Descolonialidad. 1. ed. – Buenos Aires: Del Signo, 2010.

PORRO, NoemiSakiara Miyasaka. **Rupture and resistance:** gender relations and life trajectories in the babaçu palm forests of Brazil.

PORRO, Noemi Miyasaka; VEIGA, Iran. **Caderno de Estudos:** A experiência da COOPAESP, ASSEMA e MIQCB com a medida provisória 2186-16 de 2001. Esse Caderno de Estudos versa sobre a experiência da COOPAESP, ASSEMA e MIQCB na relação com a empresa Natura, na perspectiva das lideranças, colaboradores e assessorias.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **Ensaios em antropologia histórica:** prefácio de Roberto Cardoso de Oliveira: Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

OLIVEIRA, José Lamartine de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad del poder, cultura y conocimiento em América latina.** EM *ANUARIO MARIATEGUIANO* (LIMA: AMAUTA) VOL. IX, n. 9, 1997.

____. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. *In* A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas. Edgardo Lander (org). Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. Setembro, 2005.

REIS,Lilia Maria de Oliveira. **OS PIAÇABEIROS DE BARCELOS**: História de vida e trabalho. Dissertação de Mestrado. PPGSC/UFAM, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum:** a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. – 4. ed. – São Paulo: Cortez, 2002.

SHIRAISHI NETO, Joaquim; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Conhecimento tradicional e biodiversidade:** normas vigentese propostas. / Alfredo Wagner Berno de Almeida. [et al]. (Orgs.) – 2. ed. – Manaus: ppgas-ufam / nscacestu-uea / uea Edições, 2010

____. **Os quilombos como novos "sujeitos de direito":** processo de reconhecimento e impasses. Cadernos UNDB//São Luís/v.4. jan/dez 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **De como a natureza foi expulsa da modernidade**. Revista Crítica do Direito, v. 66, pp. 88-105, 2015.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. **Fundamentos Teóricos de uma América Latina plural**. In Estados e Povos na América Latina Plural/ Organizadores: Maria Cristina Blanco Tarrega. – Goiânia: Ed. Da PUC Goiás, 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DOCUMENTOS

ASSOCIAÇÃO EM ÁREAS DE ASSENTAMENTO DO ESTADO DO MARANHÃO – ASSEMA. Quem somos? Disponível em <http://www.assema.org.br/geral.php?id=Quemsomos> Acesso em: 20.04.2011.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PETIÇÃO 3.388 RORAIMA.** Brasília. 19-03-2009. pp. 229-342; pp. 359-418 (Raposa Serra do Sol – RR);

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 803.462 MATO GROSSO DO SUL**. Brasília. 09-12-2014.

NÚCLEO DE IMAGEM DE DIREITO E MEIO AMBIENTE – PPGDA/UEA. **"Bora, gente!:** Direitos e Conhecimento em Movimento. Documentário. *In* https://www.youtube.com/watch?v=YBJJhDYBTBs› Acesso em 03 de março de 2017.

RECEBIDO EM: 17/07/2017
APROVADO EM: 05/11/2017

A ABORDAGEM CIENTÍFICA-INSTRUMENTAL DO *NEXUS WATER-FOOD-ENERGY* COMO MÉTODO PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA POLÍTICA AMBIENTAL INTEGRADA NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

*THE SCIENTIFIC AND INSTRUMENTAL APPROACH OF T*HE NEXUS WATER-FOOD-ENERGY *AS A METHOD FOR THE CONSTRUCTION OF AN INTEGRATED ENVIRONMENTAL POLICY IN THE MANAGEMENT OF WATER RESOURCES*

André Augusto Giuriatto Ferraço[1]

Gabriela Garcia Batista Lima Moraes[2]

RESUMO: O trabalho evidencia a abordagem e aplicação da teoria do NEXO água-alimentação-energia, considerando a necessidade emergente de se garantir a seguridade hídrica em situações de contingências, aspecto em que é possível de se considerar tal alternativa analítica e multifacetada do nexo, pela relação sinérgica existente entre os eixos a fim de que se atinja politicas ambientais sustentáveis em um contexto brasileiro de constantes crises hídricas. Para tanto, a partir da revisão bibliográfica especializada, com base em exemplos brasileiros, tem-se o escopo de analisar o nexo água-alimento-energia como metodologia de gestão com capacidade para melhorar a eficácia jurídica do direito dos recursos hídricos, haja vista a sua abordagem sistêmica. Ao se tomar a gestão dos recursos hídricos levando-se em conta os efeitos em energia e alimentos, ou vice-versa, tem-se a oportunidade de melhoria da resiliência ambiental, bem como da superação de uma gestão setorial, limitada em sua metodologia ao desconsiderar os efeitos sistêmicos entre os recursos afetados. No direito ambiental voltado aos recursos hídricos, a sua inserção pode ser feita ao se levar em conta o princípio da integração.

Palavras-Chave: NEXO; Resiliência Ambiental; Recursos Hídricos; Princípio da Integração; Políticas Públicas.

ABSTRACT: The paper evidences the approach and application of NEXO water-food-energy theory, considering the emerging need to guarantee water security in contingency situations, in which it is possible to consider such an analytical and

1 Mestrando em Direito pela Universidade de Brasília - UnB, na linha de pesquisa Internacionalização, Trabalho e Sustentabilidade. Membro pesquisador do Grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN-UnB).andreaugusto.gf@gmail.com

2 Professora de Direito Ambiental da Universidade de Brasília – UnB, Codiretora do grupo de Estudos Direito dos recursos naturais e sustentabilidade (GERN-UnB), Coordenadora de Extensão da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e Doutora em Direito pela Universidade de Aix-Marseille-França e pelo Centro Universitário de Brasília.gblima@gmail.com

multifaceted alternative of the nexus, by the relation synergic interaction between the axes to achieve sustainable environmental policies in a Brazilian context of constant water crises. To do so, based on Brazilian examples, the scope of analyzing the water-food-energy nexus as a management methodology with the capacity to improve the legal effectiveness of water resources law, systemic approach. When managing the water resources, considering the effects on energy and food, or vice versa, we can improve environmental resilience, as well as to overcome a sectorial management, limited in its methodology to the disregard the systemic effects among affected resources. In environmental law focused on water resources, their insertion can be made considering the principle of integration.

Keywords: NEXUS; Environmental Resilience; Water resources; Principle of Integration; Public policy.

INTRODUÇÃO

O nexo, nome dado à metodologia integradora dos eixos água-energia-alimentos, é uma oportunidade de melhoria da eficácia jurídica ambiental[3], haja vista asua abordagem sistêmica e consequencialista como pressupostos na construção dos instrumentos de gestão, tal como prescreve o Princípio n°1 dos Princípios de Dublin, em especial quando aplicada ao uso múltiplo da água. Do ponto de vista do direito, ao se tomar a gestão dos recursos hídricos levando-se em conta os efeitos em energia e alimentos, ou vice-versa, tem-se a oportunidade de melhoria da resiliência ambiental na gestão do uso múltiplo da água. Em outras palavras, defende-se aqui a inserção do nexo como metodologia de gestão dos recursos hídricos para uma política ambiental multissetorial pela aplicação do princípio da integração no direito ambiental.

Garantir o uso múltiplo da água é um desafio de gestão. Trata-se, pois, de trabalhar o acesso por diferentes destinatários, em diferentes medidas, de um bem escasso e essencial à vida humana. O uso múltiplo da água compreende o consumo individual, o uso para irrigação, o uso para a indústria, para a agricultura, para o setor energético, dentre outros. Enquanto a distribuição do uso da água é um caminho de gestão fomentado pelas suas distribuidoras em obediência à legislação hídrica correspondente, a reação às crises aciona múltiplos atores, interferências e nuances ao passo que ainda não é clara a estrutura jurídica para o enfrentamento de crises e as repercussões no uso múltiplo da água.

Uma via possível, como se propõe no presente estudo, é a compreensão do uso do nexo água-alimentos-energia como metodologia de integração ambiental na gestão dos recursos hídricos. Ressalta-se a necessidade de mudança da perspectiva setorial para uma abordagem que considera fatores múltiplos e comuns na gestão dos recursos naturais.

Ainda que se diga o óbvio, faz-se oportuno lembrar que a disponibilidade e acesso à água são essenciais para garantir a vida biológica. De 2010 a 2050, estima-se um

3 Eficácia jurídica, para a presente análise, consiste na análise da existência de elementos normativos suficientes para cumprir com os objetivos para os quais ela foi criada(MALJEAN-DUBOIS, 2003, p. 23; BARROSO, 2003, p. 247; VARELLA, 2009, pp. 34-35).

crescimento de 2 bilhões na população mundial (RINGLER, et al., 2016, p. 161), com o consequente aumento da demanda mundial por água, energia e alimentos em 55%, 80% e 60%, respectivamente (LEFLAIVE, X. et al., 2012 e IRENA, 2015).

O descompasso existente as estimativas de crescimento populacional e da necessidade de utilização dos recursos hídricos deve-se ao crescimento econômico e de consumo, o qual exige a utilização de recursos energéticos, minerais, processos de industrialização e manutenção das atividades agrícolas e pecuárias.

As Nações Unidas já reconhecem que a escassez hídrica mundial tem raízes em questões de poder, desigualdade social e pobreza, e não na disponibilidade do recurso per si (UNDP, 2006). O Brasil, apesar da abundância em recursos hídricos, ainda não apresenta uma gestão de recursos de modo sustentável, evidente as crises hídricas que assolam o sudeste e recentemente o centro-oeste brasileiro, tais como ocorrido na Cantareira, em São Paulo, em Brasília, Distrito Federal, bem assim os recorrentes casos no nordeste do país .

Ao se prosseguir a análise da crise para elementos de política pública, a crise hídrica é uma realidade em razão da sua escassez, necessidade e uso múltiplo. É um problema também de gestão, ainda carente de eficiência de diferentes maneiras: excetuando-se os princípios gerais da Política Nacional de Recursos Hídricos, não há regras básicas, a nível federal, para solidificar um parâmetro mínimo de medidas de racionalização. A água de reuso, por exemplo, não é obrigatória, embora deveria. Também não há consenso acerca da gestão na distribuição de água para consumo e água para irrigação ou indústria, sendo temas próprios da competência estadual, se desconectam da interferência nacional que configura uma crise hídrica.

Ademais, há de se esclarecer a relação entre a gestão e o direito. A definição da destinação do uso múltiplo, o uso em situação de escassez, entre outros desafios, são questões de gestão. Contudo, a forma de definição é modelada pelo direito. É o direito que dita os atores responsáveis e a sua competência. O direito dos recursos hídricos, contudo, peca na sua amplitude e na dificuldade de se comunicar com os setores da agricultura e de energia, por exemplo. A prevalência setorial do direito repercute na dificuldade de uma abordagem sistêmica das regras: cada setor com as suas regras. São, pois, setores próprios, com as suas entidades, princípios, regras e prioridades, embora as prioridades de um gerem consequências indesejáveis no outro.

A título de exemplo, vale lembrar o caso da crise na Reserva da Cantareira de São Paulo em 2015.A crise hídrica abalou a cidade e os serviços de distribuição de água disponibilizados pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP). Depois de mais de um ano de polêmica, somente em agosto de 2015 foi reconhecida a crise hídrica, por meio da Portaria do Superintendente do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE)-2617, de 17-8-2015. Consoante tal situação, construir estratégias jurídicas se apresentou como uma questão de ordem, de gestão de um bem público, e ainda, de justiça distributiva[4] do ônus a ser suportado em momento de crise. A

4 A justiça distributiva, de modo geral, se designa como parâmetro de divisão dos ônus e dos bônus sociais de maneira justa, equitativa e equilibrada entre os membros da sociedade. Na sua relação com o direito, a busca pela justiça distributiva está na interpretação do próprio direito, e na sua realização. (MORAIS, 2009,p.45 e SAMPAIO et al., 2009, pp. 631-640.

SABESP, no entanto, apresentou, via contrato, tratamento distinto aos consumidores e à indústria. Especificamente, os consumidores comuns (água para uso residencial) estavam pagando mais pela água do que consumidores comerciais que assinaram contrato de demanda firme que define um conjunto de exclusividades e preços diferenciados para o cliente, deste que este seja para fins comerciais[5].

Existe uma questão de injustiça em termos de equidade ambiental nas ações da SABESP em relação aos seus diferentes contratos direcionados para diferentes tipos de consumidores. Há, pois, racionamento para alguns e manutenção dos níveis de consumo para outros. Ainda, aqueles que utilizam água para consumo direto estão pagando mais do que aqueles que utilizam a água para fins comerciais.

Outra faceta do problema diz respeito à falta de integração entre os elementos (água, consumo próprio e uso comercial). Uma proposta próxima e mais específica é a conexão entre água, alimentos e energia, ou simplesmente nexo, método de abordagem para a implementação da política de recursos hídricos capaz de conferir maior eficácia ao princípio da integração proposto pela Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei. 9.433/97).

O estudo pretende demonstrar, a partir da revisão bibliográfica especializada e dos estudos de casos, a relação de interdependência estabelecida entre os três principais eixos de análise: água, energia e alimentos, haja vista a necessária gestão integrada do uso múltiplo da água. Deve-se ter em mente que a centralidade estruturante da pirâmide encontra-se em razão da disponibilidade de recursos hídricos, pois se trata de elemento presente em todas as perspectivas de análise e seus desdobramentos.

A relevância da análise da sustentabilidade e da resiliência ambiental com ênfase nesses três eixos, deve-se ao fato de que a água, a energia e os alimentos são itens essenciais para a sobrevivência da humanidade, para a redução da pobreza e para o desenvolvimento econômico, bem como se apresentam como bens jurídicos essenciais ao mínimo existencial. Tal aspecto reafirma a hipótese de que a implementação de políticas setoriais isoladas ignora a multidimensionalidade da sustentabilidade, assim como a interdependência existente entre os recursos hídricos, alimentícios e energéticos, o que implica no não cumprimento eficiente das disposições jurídicas, eis que fere os pilares básicos da justiça socioambiental.

Nesse sentido, o trabalho pretende evidenciar a abordagem e aplicação do nexo, considerando a necessidade emergente em situações de contingências concretas quanto ao uso dos recursos. Pretende-se demonstrar as possibilidades de se considerara aplicação do nexo, como alternativa analítica e multifacetada, diante da relação sinérgica existente entre os eixos, a fim de que tal abordagem se torne mandatória no processo de tomada de decisão para politicas ambientais sustentáveis. A partir de tal abordagem, será possível conferir uma nova aplicação do principio da integração positivado na Política Nacional de Recursos Hídricos, com vistas à definição do uso múltiplo da água..

5 Em um primeiro momento, ao ser indagada sobre esses contratos, a SABESP se recusou a publicar uma lista com os clientes e detalhes referentes,com o argumento de que estavam protegidos por sigilo contratual, um ditame de direito contratual. No entanto, após ação da Corregedoria do Estado de São Paulo, com base ainda na lei de acesso à informação, a SABESP apresentou os contratos de demanda firme, mas sem os dados sobre consumo e valores cobrados pelo uso da água. Foram 613 contratos publicados em março de 2015. (CARTA CAPITAL, 25.02.2017).

Para que tal abordagem ganhe espaço na gestão de recursos hídricos, inicialmente pretende-se ressaltar a necessidade de orientação para uma perspectiva ambiental norteada pelo princípio da integração. A partir de tal orientação será possível estabelecer uma relação entre a abordagem de nexo (método analítico) e o princípio da integração (princípio jurídico) proposto pela Política Nacional de Recursos Hídricos, bem como a condução para a integração das dimensões do desenvolvimento sustentável que tal arranjo pode propiciar.

Desta feita, o estudo analisa (1) a necessária condução para uma política ambiental multissetorial pela aplicação do princípio da integração para, então, tecer algumas considerações sobre (2) o nexo água-alimento-energia como metodologia de gestão, sua (3) relação com a resiliência ambiental e, por fim, propor(4) a resiliência ambiental analítica como uma via de aplicação do nexo na gestão de recursos hídricos.

1. O PRINCÍPIO DA INTEGRAÇÃO NA ORIENTAÇÃO PARA UMA POLÍTICA AMBIENTAL MULTISSETORIAL

Consubstanciada no objetivo do desenvolvimento sustentável número seis da Agenda 2030, garantir a seguridade hídrica é uma das principais preocupações globais. Uma melhor gestão dos recursos naturais requer a integração de políticas setoriais que apresentam elementos comuns. Nesse sentindo, o princípio da integração (VINUALLES, 2015) ressalta a necessária transversalidade na definição e aplicação dos planos, programas e políticas públicas setoriais que possam afetar o meio ambiente com o objetivo de se atingir o desenvolvimento de modo sustentável. O caráter mandatório do princípio reside na disposição de que a elaboração de tais instrumentos deve propiciar a interconexão entre o componente ambiental com o desenvolvimento, bem assim entre os elementos de interconexão existente entre ambos os pilares (VINUALLES, 2015, pp. 164-165).

A abordagem especializada, elemento que percorre a teoria da administração pública (ARANHA, 2015) e delimita a estrutura jurídica da gestão dos recursos naturais pode, no entanto, ser prejudicial quando a eficácia jurídica setorial é insuficiente ao cumprimento de um objetivo que exige uma abordagem sistêmica. A proteção do direito a um ambiente ecologicamente equilibrado é sistêmica. Não envolve, pois, apenas um setor, mas todos que repercutirem em recursos naturais. O direito, por outro lado, ainda é predominantemente setorial: as normas e a estrutura administrativa aplicada aos recursos hídricos é diferente daquelas aplicadas à energia, que é diferente aqueles aplicados à agricultura. E não seria diferente: a administração pública configurada no Brasil é baseada no princípio da especialização como pressuposto de eficácia jurídica da gestão da coisa pública: o argumento é que se gerencia melhor se especializado. Se, por um lado, é uma forma legítima de se procurar melhorar a administração pública, por outro, a consequência é uma gestão setorial que, por vezes, pode ser insuficiente se o objeto gerido exige uma abordagem multissetorial.

É uma consequência visível nas políticas hídricas na medida em que, ao optar pelo isolamento na gestão e análise do recurso, bem como por considerações delimitadas quanto ao manejo, acaba por desconsiderar as implicações e usos existentes do mesmo recurso por outros setores, tais como o agrícola e o energético, objeto desse estudo.

Desse modo, a fragmentação das políticas voltadas aos setores mencionados obsta a abordagem do recurso de modo abrangente e holístico, a qual deve ser, em todo caso, observada em razão da natureza altamente inter-relacionada do ecossistema. A proposição de políticas isoladas para gestão e solução de crises não contempla as dimensões do desenvolvimento sustentável, o que resulta em uma abordagem no mínimo ineficiente ou, até mesmo,inconsequente na preservação do recurso natural.

Quando a gestão de atividades voltadas a recursos naturais é fracionada e dividida entre diversas entidades, uma orientação mais completa sobre o problema torna-se difícil de alcançar. O recurso, ao invés de ser tratado de modo integrado e conexo é dividido em função das atribuições e competências organizacionais dos setores públicos ou das organizações sociais, as quais apresentam disparidade inquestionável com o mundo natural.

Tal aspecto reafirma que a implementação de políticas setoriais isoladas ignora a multidimensionalidade da sustentabilidade, assim como a interdependência existente entre os recursos hídricos, alimentícios e energéticos, ferindo os pilares básicos da justiça socioambiental.

Mediante a integração e gestão entre os setores e escalas, o enfoque multissetorial pode contribuir para a busca da seguridade hídrica, alimentícia e energética, bem como na redução de contradições e lacunas existentes entre os setores, ao propiciar e reforçar as relações sinérgicas existentes entre as dimensões que conduzem ao desenvolvimento sustentável.

O nexo existente entre a água, a energia e a alimentação é um marco conceitual que ressalta as múltiplas interdependências entre os setores e enfatiza a necessidade de um manejo integrado entre os mesmos. Sua orientação para o reconhecimento das interconexões pela implementação de uma perspectiva multissetorial conduz à gestão integrada e sustentável dos recursos naturais, promovendo o acesso adequada e equitativo aos alimentos, ao uso múltiplo da água e da energia (EMBID, Antonio; LIBER MARTÍN.LC/TS.2017/16).

No Brasil, ainda que existam normas para questões de água, energia e alimentação, cada setor as desenvolve separadamente e se organiza de forma independentes dos outros dois, referindo-se apenas marginal e ocasionalmente quanto aos outros setores.

Em uma tentativa de se conferir maior integração hídrica, a Política Nacional de Recursos Hídricos, positivada na Lei nº 9.433/97, prevê uma gestão descentralizada, participativa e integrada do recurso. Contudo, a norma atribuiu ao poder público a competência de conferir normatividade às disposições dos comitês de bacia, espaço em que, em tese, se proporciona uma abertura horizontal para manifestação de múltiplos interesses e usos comuns ao bem, e, do mesmo,determinou a competência dos entes públicos para a fiscalização das medidas que os comitês estipulam. Não obstante, as disposições dos comitês não são vinculantes em relação às determinações que o poder púbico toma em razão de sua conveniência, tendo em vista a confluência política de setores estratégicos com interesses hídricos, tais como o energético e alimentício.

Esse aspecto ressalta a ideia de que a integração preconizada pela Política Nacional de Recursos Hídricos é utilizada no sentido de conferir maior espaço de atuação institucional para a sociedade civil, com a adoção de uma perspectiva de gestão integrada,

através da articulação de ações dos agentes envolvidos, como o Poder Público Federal, Estadual e Municipal, bem como os usuários da sociedade civil. No entanto, a política nacional não se apresenta como instrumento suficiente para promover a superação da visão setorial do meio ambiente, especialmente no que diz respeito ao recurso hídrico, ainda que possa ter essa intenção ao consolidar como objetivo e diretriz na gestão do recurso nos artigos 2° e 3° da lei.

Diante desse panorama é que a abordagem de nexo atua como uma nova perspectiva para trazer concretude ao princípio da integração, ao passo que o modelo de ação é informado por interconexões entre diferentes setores que apresentam recursos naturais comuns e, por isso, necessitam de um gerenciamento integrado. As políticas de água, energia e alimentos são cada vez mais interdependentes e os impactos e a escassez do recurso em um setor afeta aos demais, sendo vital entender tais interdependências para atingir objetivos econômicos, ambientais e sociais de longo prazo (BELLFIELD, Helen, 2015).

2. O NEXO ÁGUA–ALIMENTAÇÃO–ENERGIA OU "*WATER–FOOD–ENERGY NEXUS*" COMO METODOLOGIA DE GESTÃO

Importante contribuição para a implementação de políticas e atividades voltadas a uma atuação verdadeiramente sustentável é a aplicação da teoria do nexo existente entre a água, os alimentos e a energia (NEXO). Uma vez compreendida a sua perspectiva sistêmica (2.1) analisa-se os principais objetivos dessa abordagem como metodologia (2.2).

2.1 O NEXO COMO PERSPECTIVA SISTÊMICA DA ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A base sistêmica do nexo é percebida ao buscar conectar diferentes conceitos e efeitos entre sistemas sociais, estes percebidos como regimes próprios, com princípios, regras, objetivos próprios (LUHMANN, 1998, p.09). Por buscar conectar causas e efeitos é também a consolidação de uma fundamentação consequencialista.

Acerca da base sistêmica, ao operar a conexão entre água, alimentos e energia, pressupõe que, embora sejam campos distintos, com lógica e regras próprias, se conectam na repercussão um no outro. De acordo com Stern e Öjendal (apud LEESE, M; S. MEISCH, 2015. p. 695-696), nexo pode ser entendido como uma rede de conexões entre ideias, processos ou objetos diferentes, o que implica em um número infinito de possíveis vínculos e relações, de modo que é possível obter diferentes resultados. O uso do nexo entre água, energia e alimento como metodologia de gestão pretende não apenas o estudo da gestão de cada um dos campos, e sim da gestão diferentes consequências entre eles e inserir a relação dessas consequências na gestão integrada e não mais setorial da água. Grosso modo, é a superação da gestão setorial.

Tendo em vista serem sistemas próprios de gestão (água, energia e alimentos), a conexão entre eles está na consequência que um sistema causa no outro. Por esse motivo tem-se a percepção da base sistêmica, porém consequencialista do nexo. O consequencialismo é, precisamente, a consideração das consequências na tomada de

decisão (LIMA, 2012, pp.115-130). A percepção da consequência da repercussão de um sistema no outro (como, por exemplo, do uso da água na indústria no uso da água para consumo) é a oportunidade de introduzir uma gestão integrada entre eles. Estamos em um primeiro momento dessa percepção: compreendendo as consequências. Um segundo momento é institucional: coordenar institucionalmente as consequências em comum.

O desafio, porém, é maior do que parece. Sobretudo, ao se levar em conta a autonomia própria de cada sistema de gestão. Cada sistema tem as suas próprias regras, a sua própria lógica e os seus atores. Por exemplo, a bacia hidrográfica de São Marcos compreende o Estado de Goiás, o Estado de Minas Gerais e o Distrito Federal. Abrange as atividades de produção agrícola, irrigação, geração de energia hidráulica e abastecimento de água. A Agência Nacional de Águas[6] estipula o volume outorgado, devendo o Estado gerir aquele volume.

O Estado trabalha com um volume específico outorgado de água, mas pode realizar essa distribuição conforme considera prioritário ao seu território. A Bacia, contudo, abrange territórios de dois estados diferentes e do Distrito Federal, e a gestão de um Estado não está necessariamente integrada à gestão do outro e nem à do Distrito Federal. As suas respectivas prioridades podem não coincidir, como ocorreu em relação à preferência pela irrigação em detrimento da energia e do abastecimento, consequente repercussão dessa escolha no curso do rio, interferindo na gestão dos recursos hídricos também do Distrito Federal. Ademais, as concessionárias responsáveis pela distribuição de água também têm as suas próprias regras de gestão e podem inclusive, deter maior influência do que as agências e órgãos governamentais.

Segundo Guimarães, Landau e Reis, "a área irrigada por pivôs centrais na bacia do Rio São Marcos em março de 2013 foi de 87.670hectares, valor bastante superior aos 63500 hectares pactuados pelo marco regulatório da Agência" (GUIMARÃES; LANDAU e REIS, 2013), isso demonstra um conflito no uso múltiplo e a necessidade de uma gestão integrada, ainda não alcançada.

Tais fatores ressaltam o valor estratégico da água, bem como a sua capacidade de gerar conflitos, ao passo que diferentes agentes, estejam eles em uma relação vertical ou horizontal no que se refere a interesses ou hierarquia, competem pelos termos determinantes da gestão dos recursos hídricos e as consequências decorrentes da administração do mesmo, ao passo que conexo aos eixos da alimentação e energia, capaz de afetar prejudicialmente populações.

A dificuldade de integração que exige uma metodologia com base no nexo entre energia-água-alimentos necessita superar também essas dificuldades de diálogo entre os diferentes atores e níveis de gestão.

Uma vez compreendida a perspectiva sistêmica e consequencialista do nexo água -energia-alimentos, segue-se à compreensão dos seus objetivos.

6 A Agência Nacional de Águas (ANA) é a responsável por definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados, nos termos do. Art. 4º, XII, da Lei 9.984/2000 (Criação da Agência Nacional de Águas).

2.2 O NEXO ÁGUA-ENERGIA-ALIMENTOS E OS SEUS OBJETIVOS

Os três principais objetivos do nexo água-energia-alimento postulam metas relacionadas para 2030 que incluem (1) o fim da fome, segurança alimentar,melhoria na nutrição, e promoção da agricultura sustentável (SDG2); (2) assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos (SDG6); e (3) garantir o acesso à energia acessível, confiável, sustentável e moderna para todos (SDG7) (RINGLER, et al., 2016, p. 161). Consoante as metas acima, o uso múltiplo dos recursos hídricos, quando por meio da abordagem analítica e integrada proposta pela aplicação do nexo, pode se apresentar como instrumento para gestão voltado a atingir tais objetivos.

Propõe-se que tais objetivos possam ser atingidos por meio de tomadas de decisões voltadas a medidas que visem acelerar o acesso equitativo na gestão e uso dos recursos e a retomada da integração dos pilares básicos da sustentabilidade, a sociedade, a economia e o meio ambiente, a fim de que se atinja estabilidade e coesão socioambiental.

Importa salientar que o estudo do NEXO também já apresenta evoluções e variações, representadas, até mesmo, por meio de gráficos que justificam as interações existentes entre os elementos que os compõe, como pode se verificar no que expõe os trabalhos de Hoff na Conferência de Bonn em 2011, assim como o Fórum Mundial Econômico de 2011na análise de Riscos Globais e de Segurança Hídrica.

No que se refere ao quadro ambiental, voltado à sustentabilidade pela perspectiva analítica relativa à água, comida e energia, a ideia básica é de que o tratamento dos recursos hídricos de modo setorial isolado é incompleto, pois todas as tomadas de decisões relativas a este campo influenciam nas matrizes energéticas e alimentar, sobretudo graças à globalização e ao contexto de mudanças climáticas acentuado com a sociedade de risco (BECK, 2002, p. 28 e HAMMERS CHMIDT, 2002. pp. 100-101).

Torna-se evidente que o aumento na produção de alimentos, consequência lógica do aumento da população mundial, exige grandes recursos adicionais de água e energia. O acesso à energia moderna renovável depende do aumento da quantidade de água para uso, assim como o acesso a fontes de água potável exigirá mais água e mais energia para garantir a esta água padrões de saúde que se considere seguros. Todas as melhorias requerem vontade política, investimento significativo e capacidade institucional, razão pela qual o NEXO é um "novo tipo de política ambiental paradigma", o qual tem sido bem sucedido na mudança do debate político de tomada de decisões (AL-SAIDI e ELAGIB, 2017. p.1137).

No âmbito do direito internacional ambiental, o tema já fora debatido em diversos fóruns desde 2011, tais como a Conferência de Bonn em 2011, a Conferência Rio+20 em 2012 e a Conferência Climática da Organização das Nações Unidas – COP18, em 2012. Tem caráter instrumental e integra o conceito de “sustentabilidade” tal como expresso no Relatório de Brundtland da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas de 1987 (“Nosso Futuro Comum”), o qual propõe a equidade global ao atender às necessidades humanas das gerações presentes e futuras, a conservação ambiental e a redistribuição dos recursos entre as nações mais pobres (RUGGIE, 2007, pp. 819-840 e SEPPALA, 2009, pp. 401-417).

Em termos gerais, todos os estudos acima se concentram na promoção de segurança e considera o envolvimento de eixos diversos, são eles: a sociedade, orientando os comportamentos antrópicos; a economia, com crescimento econômico; e o meio ambiente, por meio da promoção de serviços ecossistêmicos (BIZIKOVA; ROY e SWANSON, 2013. p. 28). Depreende-se que o nexo visa a iniciativas voltadas à economia ecológica, possibilitando ações racionais voltadas a serviços ecossistêmicos, criar mais com menos e acelerar o acesso inclusivo equitativo (ALLOUCHE; MIDDLETON e GYAWALI, 2015, pp. 610-626).

Desse modo, a teoria em comento busca atingir, propositalmente, eficiência sistêmica, levando em consideração elevadas redes de interdependência e contingenciamentos intersetoriais, como um novo paradigma que contrapõe a idealização e execução de medidas isoladas em distintos setores (HOFF, H., 2011).

3. RESILIÊNCIA AMBIENTAL

Desde o sua origem na década de 1970(COOPER e WALKER, 2011. p. 144), embora sem clara repercussão no direito, a resiliência ambiental vem atuando conjuntamente com a os termos de sustentabilidade quanto à gestão riscos e vulnerabilidades ambientais, ampliando seu espaço de atuação e já ganhando notoriedade jurisprudencial e doutrinária como princípio ambiental, assim como ressaltado organização internacional *International Union for Conservation of Nature* (IUCN), em 2016, no congresso mundial de direito ambiental, na *World Declaration on the Environmental Rule of Law*.

A noção do que se trata por resiliência, no âmbito ambiental, é bastante complexa, como bem ressalta Crawford S. Holling, considerado o primeiro a tratar sobre o assunto, a resiliência representa a capacidade de um ecossistema de permanecer coeso, mesmo sob condições extremas (C.S. HOLLINGS, 1973). Nesses termos, uma sociedade com caráter resiliente e sustentável é estruturalmente organizada a ponto de ser capaz de minimizar os efeitos de possíveis violações ambientais, reestabelecendo a dinâmica socioeconômica (TOBIN, 1999).

Por uma perspectiva socioambiental, resiliência pode ser entendida como a "gestão da capacidade dos sistemas socioecológicos lidarem com a mudança, se adaptarem às alterações e moldarem as modificações" (FOLKE, 2006, pp. 253-267), é a possibilidade de reagir às disrupturas dos sistemas humanos ou ecológicos, mantendo-os sadios, íntegros e equilibrados (NICHOLAS, 2014). Em suma, é a capacidade de superar adversidades ambientais (FARRALL, 2012).

A proximidade entre a teoria que respalda a resiliência ambiental e a teoria do nexo água-alimentação-energia repousa, exatamente, na consideração de elementos interdependentes, não tratados de modo genérico, mas analítico, e capaz de integras o meio ambiente, a economia e a sociedade. Ambas teorias atuam como abordagens e métodos de gerenciamento ambiental.

Nesse âmbito, a aplicabilidade da resiliência propõe-se como catalizador das adversidades externas aos elementos preponderantes do nexo, de modo que considera e visa a internalização e neutralização de tais perturbações, de modo a garantir a harmonia do sistema. É possível afirmar que a noção da abordagem

conferida pela resiliência reconhece a vulnerabilidade ambiental, de modo a orientar as tomadas de decisões, gerenciamentos e ações a se considerar transmudações súbitas e sistêmicas no meio, a fim de que seja possível resistir e se adaptar à ocorrência dos mesmos.

4. RESILIÊNCIA AMBIENTAL ANALÍTICA: A APLICABILIDADE DO NEXO NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

A maior parte do mundo está lidando com a escassez de água, a qual tende a apresentar cada vez maiores índices de procura, devido a alterações climáticas e ao crescimento da população mundial. Com as mudanças climáticas, eventos que colocam em risco a boa gestão dos recursos hídricos tendem a ocorrer com mais frequência (SCHOLZ e YANG, 2010, p. 190–199), razão pela qual a identificação das vulnerabilidades hídricas torna-se essencial para a gestão efetiva do risco em longo e médio prazo.

A água constitui um desafio global à humanidade. Nesse sentido, a atuação dos atores sociais nas tomadas de decisões que se proponham à uma abordagem analítica integradora dos eixos relativos à água, alimentos e energia, apresentam-se mais propícios à compreensão das estratégias e possibilidades que permitem o aumento da eficiência dos recursos envolvidos, assim como a compensação e o uso sustentável dos mesmos.

A implementação de tal racionalidade na toma de decisões para políticas ambientais, contudo, apresenta algumas dificuldades já apontadas por Hoff desde 2011. Concentrando-se no eixo referente aos recursos hídricos, ressalta-se que as informações sobre as fontes de água potáveis são insuficientes; não há grande difusão do conhecimento relativo aos impactos ambientais causados por hidroelétricas e o desenvolvimento de usos diversos de ecossistemas aquáticos; a informação sobre o uso consultivo de água pelo setor energético ainda é insuficiente; pesquisa quanto ao uso de energia e produtividade na agricultura ainda é carente; as avaliações dos ciclos de água e energia não compreende a relação sinérgica do nexo. Do mesmo modo,a análise agrícola em relação à demanda energética se baseia em termos de produtividade quantitativa, não tomando em consideração o valor nutricional dos alimentos, revelando uma lacuna sob uma perspectiva de segurança; não há o monitoramento de dados em consonância com o nexo a fim de que se apure compensações.

A este respeito, autores como Lindberg e Leflaive alertam para a insuficiência de políticas setoriais isoladas, sendo necessário, para o eficiente e sustentável desenvolvimento das mesmas, que se considere a inter-relação entre os eixos água, comida e energia.

> Políticas relacionadas à água, à energia e à agricultura são frequentemente elaboradas sem considerações suficientes sobre sua inter-relação ou sobre suas consequências inesperadas. O caráter setorial da abordagem de muitos governos para elaborar políticas em diferentes áreas e em diversas escalas é o fator chave para esta incoerência. Acordos institucionais precisam ser reformulados, políticas e instrumentos políticos precisam ser redesenhados para criar uma maior interação nessas áreas, em diversas escalas espaciais e temporais (LINDBERG e LEFLAIVE, 2015).

A efervescência dos setores de produção, construção e industrialização das últimas décadas, acompanhada da expansão urbana e o crescimento demográfico, apresentam-se como elementos factíveis do desenvolvimento econômico. Contudo, a lógica de crescimento econômico não fora desempenhada de modo sustentável, ou, quando oportunizada, não apresentou grandes avanços em termos inter-relacionais de água, alimentação e energia, havendo, em todo caso, uma sobreposição de um elemento sobre o outro, ou o tratamento isolado de um recurso em detrimento ao outro na realização de políticas.

Soma-se ainda o fato de que a grande maioria dos Estado levam em consideração as determinações do Banco Mundial e organizações multilaterais, que primam pela integração mercadológica dos mais carentes e pela eficiência dos recursos naturais, os quais apresentam instrumentos de controle e regulação, o que revela o caráter tecnicista de tais organizações, muitas vezes focadas à gestão integrada (HOFF, H., 2011) e, não necessariamente, sobre a análise inter-relacional das práticas de produção e uma possível alteração das mesmas.

O desenvolvimento de estratégias concentradas em apenas um aspecto do nexoágua-comida-energia apresenta maior possibilidade de fracasso, visto que não considerada as relações sinérgicas de interconexão existente entre as mesmas (WEF, 2011b), as quais são capazes de se revelar como elementos de risco que compromete a compensação e a capacidade de resiliência do meio em que a política seja executada.

> Especialistas argumentam que o cumprimento desses desafios é prejudicado pela existência de estruturas administrativas separadas e políticas para a agricultura, água, energia e planejamento urbano. O desenvolvimento de comissões de alto nível que reúnam departamentos governamentais, partes interessadas e representantes dos países poderia melhorar a governança do setor público, o planejamento e o fluxo de informações (WEF, 2011b).

Em termos de Brasil, é perceptível a desagregação dos setores de regulação e fiscalização dos recursos em estudo. A estrutura intervencionista brasileira, no que diz respeito à água e à energia, apresenta-se de modo separado, por meio da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), autarquia federal vinculada ao Ministério de Minas e Energia (MME), e a Agência Nacional de Águas (ANA), que faz parte do Ministério de Meio Ambiente (MMA). Já o setor mais expressivo que se relaciona ao eixo alimentício, pode ser determinado pela produção agrícola, setor que se apresenta ligado ao Ministério de Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Torna-se bastante evidente que a abordagem pela perspectiva de nexo água-comida-energia no cenário brasileiro, ainda carece de políticas que considerem a relação de inter-relação sinérgica existente entre os eixos, de modo que o processo de tomada de decisões entre setores tenha mecanismos que permitam a análise em conjunto.

A fim de que seja possível intensificar os objetivos sustentáveis na realização e elaboração de tais políticas, Hoff apresenta algumas sugestões centrais para aquelas voltadas ao âmbito da água, da energia e de segurança alimentar.

Como forma de trazer maior concretude as práticas analíticas na tomada de decisões de políticas públicas voltadas aos recursos hídricos, o autor contribui ao propor o aumento da produtividade dos recursos (HOFF, H.. 2011), aspecto em que o

reconhecimento de perdas, ganhos (WEF, 2011b)e riscos (LINDBERG e LEFLAIVE, 2015. p. 12) referentes aos elementos do NEXO apresentam-se de grande valia;propõe, também, a utilização de resíduos como um recurso em sistemas multiuso; o maior uso de incentivos econômicos; a existência de coerência entre governos e políticas públicas; reafirma a necessidade de beneficiar ecossistemas produtivos; assim como salienta a necessidade de integração de todas as partes interessadas (WEF, 2011b) e afetadas pelo uso dos recursos e a redução da pobreza por meio do crescimento verde e que haja ideal conscientização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sistêmico e consequencialista, o nexo se apresenta como metodologia que exige a integração das repercussões das regras de energia no uso da água, das regras de irrigação no uso da energia e nas regras de consumo no uso da irrigação.

Todavia, a sua implementação não é evidente. Além de precisar estar presente em uma escolha política e introduzida em uma política pública, precisa ainda superar uma série de desafios existentes nos problemas de gestão atuais.

Os problemas de gestão dos recursos hídricos são consequências de uma gestão que não é suficiente para lidar com as repercussões da gestão de outros setores que interferem no uso da água, razão pela qual se útil a adoção de uma perspectiva integrada para a gestão do recurso. A ausência dessa perspectiva provém de uma série de fatores, desde a estrutura autônoma que cada setor ganha para a sua gestão, uma estrutura autônoma, mas que não dialoga com outros setores, à falta de diálogo entre os atores envolvidos. Outras questões são as diferentes direções que diferentes setores priorizam, o que implica na repercussão de um setor em outro, tal como foi brevemente ilustrado no caso de São Marcos.

A orientação atualmente definida é a concessão de um limite de água do nível federal ao nível estadual e este administre aquele limite de água concedido conforme as suas prioridades. Os cursos de água, contudo, repercute para além do território de cada Estado e, portanto, para além das suas prioridades. Os estudos recentes em torno do nexo água-alimentos-energia são pertinentes ao atual momento de crise hídrica. Posto que até certo ponto, a crise hídrica é reflexo de uma crise de gestão. Uma gestão insuficiente.

Longe de pretender exaurir o tema, do ponto de gestão, o nexo apresenta desafios para a ação estatal como condutora da proteção do recurso hídrico. Juridicamente, esses desafios se traduzem na capacidade do Estado de realizar uma gestão que venha integrar as competências federais e as competências estaduais correspondentes na política de gestão dos recursos hídricos. O diálogo entre os agentes federais e estaduais não é nem automático, nem evidente e precisa ser reconhecido por esses mesmos agentes como necessário. Sem a superação desses limites, a competência jurídica na gestão da água se impõe como entrave à sua eficácia jurídica.

REFERÊNCIAS BOBLIOGRÁFICAS

AL-SAIDI, M.; N.A. ELAGIB. **Towards understanding the integrative approach of the water, energy and food nexus,** Science of the Total Environment, 2017.

ALLOUCHE, J.; MIDDLETON C.; GYAWALI D. Technical Veil, Hidden Politics: Interrogating the Power Linkages behind the Nexus. **Water Alternatives**. v. 8, n.1, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. España: SigloVeintiuno, 2002.

BIZIKOVA, L.; ROY, D.; SWANSON, D. **The Water-energyfood Security Nexus: Towards a Practical Planning and Decision-support Framework for Landscape Investment and Risk Management**. Winnipeg, MB, Canada: International Institute for Sustainable Development, 2013.

CARTA CAPITAL. **Crise hídrica: As cinco perguntas que a Sabesp se recusa a responder**, 25.02.2017. Disponível em: http://www.cartacapital.com.br/sociedade/as-cinco-perguntas-que-a-sabesp-se-recusa-a-responder-2858.html. Acesso em 23.06.2015.

COOPER, Melinda. WALKER, Jeremy. **Genealogies of resilience: From systems ecology to the political economy of crisis adaptation**. Security Dialogue 42, 2011.

C.S. Hollings, "Resilience and Stability of Ecological Systems," **Annual Review of Ecological Systems 4** (1973).

FAO - Food and Agriculture Organization of the United Nations. **The Water-Energy-Food Nexus: A new approach in support of food security and sustainable agriculture**. Roma: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 2014.

FARRALL, Maria Helena. O conceito de resiliência no contexto dos sistemas socio-ecológicos. **Revista Online da Sociedade Portuguesa de Ecologia**, n. 6, pp. 50-62, 2012.

FOLKE, Carl. **Resilience: the emergence of a perspective for social ecological systems analyses**. Global Environmental Change, v. 16, n. 3, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: Direito ao Futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GUIMARÃES, Daniel Pereira; LANDAU, Elena Charlotte; REIS, Ruibran Januário dos Reis. **A caracterização da Bacia Hidrográfica do Rio São Marcos**. Embrapa, 2013. Disponível em: https://ainfo.cnptia.embrapa.br/digital/bitstream/item/94070/1/Caracterizacao-bacia.pdf. Acesso em 10.08.2017.

HAMMERSCHMIDT, Denise. **O Risco na Sociedade Contemporânea e o Princípio da Precaução no Direito Ambiental**. Revista Sequência, nº 45, dez. 2002.

HOFF, H. **Understanding the Nexus**. Background Paper for the Bonn 2011 Conference: The Water, Energy and Food Security Nexus. Stockholm Environment Institute, Stockholm. 2011.

IRENA - International Renewable Energy Agency. **Renewable energy in the water, energy and food nexus**. IRENA, 2015.

ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório**: Fundamentos de Direito Regulatório. 3 ed. Laccademia Publishing, 2015.

LEESE, M. AND S. MEISCH, 2015. **Securitising sustainability? Questioning the 'water, energy and food-security nexus'**, Water Alternatives, 8:1,

LEFLAIVE, X. et al. Water. In: **OECD. OECD Environmental Outlook to 2050: The Consequences of Inaction**. Paris: OECD Publishing, 2012.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. **O consequencialismo ambiental: entre o formalismo e a efetividade da proteção jurídica do meio ambiente**, Revista de Direitos Difusos, Ano XII, v.57/58 - Janeiro a Dezembro/2012, pp.115-130

LINDBERG, C.; LEFLAIVE, X. **The water-energy-food-nexus: The imperative of policy coherence for sustainable development**. Coherence for Development - Better Policies for Better Lives - Organization for Economic Co-operation and Development, n. 6, 2015.

LUHMANN, Niklas, **Sistemas sociales:** Lineamientos para uma teoría general, Barcelona: Anthropos, 1998.

MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. **La mise en œuvre du droit international de l'environnement**. IDDRI. Analyses, Gouvernance Mondiale, n° 03/2003.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. **O conceito de justiça distributiva no Estado Democrático de Direito: uma compreensão da justiça distributiva e do acesso à justiça no Estado Constitucional Democrático brasileiro**. Dissertação de Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. BH: 2009.

NICHOLAS A. Robinson, **The Resilience Principle**, 5 IUCN Acad. Envtl. L. eJournal 19 (2014), http://digitalcommons.pace.edu/ lawfaculty/953/.

SABESP. **Perguntas Frequentes: contrato de demanda firme.** Disponível em: http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalhe.aspx?secaoId=66&id=3543. Acesso em 23.06.2017

SABESP. **Notícias: Contratos de demanda firme**, 10.03.2015. Disponível em: "http://site.sabesp.com.br/site/imprensa/noticias-detalhe.aspx?secaoId=66&id=6480". Acesso em: 23.06.2017.

SAMPAIO et al. **Justiça distributiva:** uma revisão da literatura psicossocial e desenvolvimentista. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 14, n. 4, out./dez. 2009.

SCHOLZ, M.; YANG, Q. (2010**). Guidance on variables characterising water bodies including sustainable flood retention basins**. Landscape and urban planning, v. 98, n. 3. 2010.

TOBIN, Graham. **Sustainability and community resilience:** the holy grail of hazards planning? Environmental Hazards, 1999. doi:10.1016/S1464-2867(99)00002-9

ONU – Organização das Nações Unidas. **O futuro que queremos. Rio +20 - Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável**. ONU, 2012.

RINGLER, et al. **Global linkages among energy, food and water: an economic assessment in J. Environ Stud Sci. J Environ Stud Sci** (2016). DOI 10.1007/s13412-016-0386-5. 2016.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP**). Human Development Report 2006. Beyond Scarcity:** Power, Poverty and the Global Water Crisis. Nova Iorque: UNDP, 2006.

ONU. **Nosso Futuro Comum/Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991).

OECD/FAO. **Agricultural Outlook 2013-2022**, 2012.

PLATA, Miguel Moreno. Una lectura prospectiva de la agenda Rio+20: la emergencia de la gobernanza para el desarrollo sostenible. **Revista Xihmai**, México, v. VIII, n.15, pp. 57-74, enero/junio, 2013, p. 61.

RUGGIE, J.G. **Business and Human Rights: the evolving international agenda.** In: The American Journal of International Law. v. 101, n. 4, 2007.

SEPPALA, N. **Business and the international human rights regime: a comparison of the UN initiatives**. In: Journal of Business Ethics. vol.87. Supplement 2, 2009.

VARELLA, Marcelo Dias. A efetividade do direito internacional ambiental: análise comparativa entre as convenções da CITES, CDB, Quioto e Basiléia no Brasil. in: BARROS-PLATIAU, Ana Flávia; VARELLA, Marcelo Dias (orgs.).**A efetividade do direito internacional ambiental**. Brasília: UNICEUB, UNITAR e Unb, 2009.

WEF - World Economic Forum. **Global Risks 2011. An initiative of the risk response network. World Economic Forum, 6th ed**., 2011b. p. 60.

____. Water Security: **The WaterFood-Energy-Climate Nexus. World Economic Forum Water**, 2011a.

WMO – World Meteorological Organization. **High Level Segment at COP 18 Kicks off**. Daily news: 4 December 2012.

RECEBIDO EM: 29/10/2017
APROVADO EM: 01/12/2017

AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS AO POVO KAINGANG CONSTANTES NO RELATÓRIO FIGUEIREDO

THE VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS TO THE KAINGANG PEOPLE IN THE FIGUEIREDO REPORT

Luana Menezes Lira[1]

RESUMO: O trabalho é embasado em uma análise documental do Relatório Figueiredo, elaborado em 1967 com o objetivo de apurar denúncias de violações de Direitos Humanos dos Povos Indígenas causadas por agentes do Serviço de Proteção aos Índios. O objeto de estudo são as violações levantadas relacionadas ao povo indígena Kaingang no estado do Paraná, que estavam submetidos ao Poder Tutelar, como mecanismo jurídico de controle. É uma pesquisa interdisciplinar, nos campos do Direito, Antropologia, Sociologia, História e Filosofia. O trabalho está inserido em uma perspectiva de busca da "verdade" para consolidação de uma "memória" que foi apagada por quase 45 anos.

Palavras–chaves: Relatório Figueiredo; Direitos Humanos; Povos Indígenas

ABSTRACT: The work is based on a documentary analysis of the Figueiredo Report, prepared in 1967 with the objective of investigating allegations of violations of Human Rights of Indigenous Peoples caused by agents of the Indian Protection Service. The object of study is the violations raised related to the Kaingang indigenous people in the state of Paraná, who were submitted to the Tutelary Power, as a legal control mechanism. It is an interdisciplinary research, in the fields of Law, Anthropology, Sociology, History and Philosophy. The work is part of a search for "truth" to consolidate a "memory" that has been erased for almost 45 years.

Keywords: Figueiredo Report; Human rights; Indian people

INTRODUÇÃO

Busca-se trazer neste trabalho uma parte da História que foi apagada por longos anos e ao ser *redescoberta,* trouxe algumas questões que deverão ser discutidas para o melhoramento das políticas públicas que visem atender as necessidades dos povos indígenas. O objeto de estudo é o Relatório Figueiredo, que permaneceu ocultado por cerca de 45 anos, sendo compreendido atualmente, na área acadêmica e nos estudos indígenas, como um dos mais relevantes documentos produzidos pelo Estado brasileiro

1 Graduação em História - Faculdade Projeção; Pós-Graduação em história, sociedade e cidadania - Centro Universitário de Brasília; Mestrado em Direitos Humanos e Cidadania – Universidade de Brasília; Doutoranda em História - Universidade de Brasília. luana.menezes.lira@gmail.com

relativo aos povos indígenas. Este documento traz a constatação de extermínio de povos indígenas, como também de torturas e crueldades de todas as formas, praticados por agentes do Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e por outros agentes interessados no patrimônio indígena.

A investigação liderada pelo procurador Jader de Figueiredo Correia[2] ocorreu em 1967, durante o período de Governo Militar, em que a política envolvia a repressão de todos aqueles que se contrapunham ao regime. O documento foi solicitado pelo ministro do Interior, Afonso Augusto de Albuquerque Lima[3], embasando-se em Comissões Parlamentares de Inquérito instauradas entre os anos de 1962 e 1963, e em outras denúncias de deputados. A equipe técnica responsável pela investigação percorreu mais de 16 mil quilômetros, realizou entrevistas com dezenas de agentes do SPI e visitou mais de 130 postos indígenas.

Essa comissão detectou inúmeros crimes e também orientou a investigação de muitos outros que foram informados pelos indígenas e constatados através de perícias. O relatório evidencia através das palavras a crueldade e bestialidade de agentes que deveriam proteger os povos indígenas. Com a perda desse documento, o Brasil não teve qualquer forma de justiça após a conclusão do Relatório. O ministro Albuquerque Lima conseguiu apenas recomendar a demissão de 33 servidores do SPI e suspensão de 17, sendo que algumas destas pessoas tiveram seus processos arquivados por escassez provas.

Após um incêndio no Ministério da Agricultura em Brasília o documento foi noticiado como destruído no ano de 1968, vigorando essa versão até 2012, quando foi descoberto encaixotado no Museu do Índio no Rio de Janeiro, contando com aproximadamente 5 mil páginas, divididas em 29 tomos - um havia se perdido. O documento, produzido por uma equipe técnica liderada por Jader de Figueiredo Correia, teve sua importância retomada pelas mãos da Comissão Nacional da Verdade, que apurou violações aos povos indígenas entre 1946 e 1988.

Os registros que existiam até 2012 sobre este Relatório eram reportagens feitas na época da divulgação dos resultados, como uma entrevista coletiva em março de 1968, trazendo os detalhes constatados por Figueiredo e sua equipe. Essa divulgação teve repercussão internacional, sendo tema de reportagens para os maiores meios de comunicação do mundo. Após todo esse processo, não houve investigações das denúncias, mas a exoneração da equipe que havia participado do Relatório. Aqueles que não foram exonerados foram alocados em outras funções.

O objetivo desta pesquisa é analisar as percepções e compreensões que permeiam as violações de Direitos Humanos do povo Kaingang (Paraná) presentes no Relatório Figueiredo cometidas pelos agentes do Serviço de Proteção aos Índios,

2 Em algumas fontes referem-se a Jader de Figueiredo como Procurador da República, contudo ele era Procurador do Departamento Nacional de Obras Contra a Seca (DNOCS), conforme está disposto no D.O., Portaria nº 154 de 17 de julho de 1967.

3 Membro da arma de engenharia, participou da Revolução de 1930, reprimiu a Intentona Comunista em 1935 no Recife e participou da Segunda Guerra Mundial no 9° Batalhão de Engenharia de Combate. Participou da criação da Sudene, dirigiu o Departamento Nacional de Obras contra as Secas, chefiou a Divisão de Assuntos Econômicos da Escola Superior de Guerra e foi interventor na Rede Ferroviária Federal, de onde renunciou denunciando a corrupção impune (GASPARI, 2014).

por meio do exercício do Poder Tutelar. O interesse em relacionar a questão indígena e Direitos Humanos surgiu a partir de leituras realizadas durante algumas disciplinas cursadas em uma especialização, principalmente sobre o Princípio da Dignidade Humana, trabalhado por Hannah Arendt (1989; 2010), que busca estabelecer limites para ações estatais, evitando que o Estado viole a dignidade humana, objetivando a promoção da vida digna e igualitária para todos os cidadãos independente da raça e religião.

Deve-se compreender que o Poder Tutelar do Estado e as suas ações para com os povos indígenas sempre foram de cunho político-econômico, desde o período da Colônia, momento em que se inicia a exploração do trabalho indígena e dos recursos naturais que a América Portuguesa possuía. Conforme o próprio Estatuto do SPI (1910) previa, os indígenas eram compreendidos como um estrato social provisório, devendo se transformar em trabalhadores nacionais. Os povos indígenas não eram vistos como cidadãos de direitos, mas tutelados do Estado, permitindo que seu patrimônio pudesse ser usurpado por aqueles que deveriam cuidar e zelar pela preservação de suas culturas e povos. Ressalta-se que os violadores não levaram em consideração que os povos indígenas são seres humanos, que passaram durante muito tempo sendo entendidos como "bestas", devido à teoria de divisão das raças, onde os indígenas estavam na base, inseridos em processo de evolução, especificamente no estágio inicial.

1. RELATÓRIO FIGUEIREDO: DA ELABORAÇÃO AO RESSURGIMENTO

No final do século XIX, as disputas de terras entre imigrantes e indígenas, principalmente no Sul do Brasil, tiveram uma repercussão mundial devido ao extermínio de índios que habitavam a região. Diante deste cenário, vários debates ocorreram e o Governo Brasileiro criou o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) no ano de 1910, que passou a ser chamado simplesmente de Serviço de Proteção aos Índios (SPI) (DAVIS, 1978).

Com a criação do SPI, muitas denúncias começaram a ser feitas contra seus agentes e sobre irregularidades na gestão. A situação do SPI estava cada vez mais degradante para com os povos indígenas, principalmente pela má conduta dos servidores. Além da mídia, o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI), denunciou fatos ocorridos contra os povos indígenas, resultando em uma visibilidade em todo o mundo. Em setembro de 1967, foi instaurada nova Comissão pela Portaria nº 239/1967.

Em 1967, a Comissão de Inquérito é impulsionada pelo então Ministro do Interior Afonso Augusto de Albuquerque Lima, sendo presidida pelo procurador Jader Figueiredo. A Comissão logo inicia os trabalhos de apuração das denúncias, levantando provas testemunhais e documentais, percorrendo as Inspetorias I.R. 1 (Amazonas-Manaus), I. R. 5 (Mato Grosso do Sul-Campo Grande), I.R. 6 (Mato Grosso-Cuiabá), e incluiu nessa investigação de 1967 as Inspetorias I.R. 7 (Região Sul-Curitiba) e I.R. 9 (Rondônia-Porto Velho). A Comissão ecoou em nível nacional e internacional diante dos crimes e violações que estavam presentes nas denúncias a serem apuradas.

No ano de 1968, o Ministro Albuquerque Lima concede uma entrevista coletiva na cidade do Rio de Janeiro, para divulgar o resultado do Relatório da Comissão de Investigação do Ministério do Interior produzido por Jader Figueiredo e seus auxiliares. A CI, havia percorrido 16 mil quilômetros, entrevistou vários agentes do SPI e realizou visitas a Postos Indígenas de cinco inspetorias. Até a data de 1968, o relatório possuía 4.977 páginas, em 20 volumes, mais 5 anexos com 550 páginas das Comissões anteriores.

Pode-se afirmar de maneira bem superficial que o Relatório Figueiredo foi uma espécie de "distração", utilizada para fazer crer que mesmo estando em um Regime Militar, havia uma rejeição a violações dos Direitos Humanos, uma forma de mascarar a situação interna do país para o âmbito internacional. Com a divulgação do Relatório, o Ministro tomou decisões que mudaram um pouco o cenário da política indigenista no país:

> Primeiramente fechou o Serviço de proteção aos Índios e conseguiu estabelecer um novo órgão do governo, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Em segundo lugar prometeu que todos os criminosos envolvidos no escândalo do SIP seriam punidos e que as terras vendidas ilegalmente ou tomadas dos índios seriam devolvidas. E por fim convidou várias organizações internacionais, como a Cruz Vermelha Internacional, a enviar missões de investigação ao Brasil para testemunhar em primeira mão as condições dos Índios (DAVIS, 1978, p. 38).

As medidas acima expostas por Davis (1978), que foram tomadas pelo então Ministro Lima, apaziguaram a inquietação internacional em relação a política indigenista brasileira e evitaram a investigação das Nações Unidas sobre o Governo Brasileiro. O Ministro Albuquerque Lima decide fechar o SPI, criando um novo órgão, a FUNAI (Fundação Nacional do Índio), instituída através da Lei nº 5.371, de 5 de Dezembro de 1967, vinculada ao Ministério da Justiça (BRASIL, 1967). O objetivo da FUNAI era de recuperar e reestabelecer o quadro do órgão de proteção aos indígenas, sendo a responsável por políticas indigenistas do Governo Federal de acordo com o crescimento econômico do país.

De acordo com Shelton Davis (1978), o encerramento do SPI e a criação da FUNAI, e a promessa de punir todos os envolvidos nas atrocidades apontados no Relatório, e de devolução das terras indígenas foram medidas propostas somente para amenizar a imagem do Brasil no exterior. Assim, como tática, o presidente convidou a Cruz Vermelha Internacional e os órgãos de ajuda humanitária para visitarem o país e constatarem como estavam os povos. Contudo, muitos protestos foram observados no mundo inteiro, e trouxeram muitos problemas para a então Ditadura civil-militar que fora acusada em uma Conferência de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de ser conivente com massacres de povos indígenas. Esse contexto pós-divulgação do Relatório e com as medidas tomadas, o Brasil não sofreu nenhum tipo de sanção pelos crimes perpetrados pelos seus agentes estatais (DAVIS, 1978, p. 35).

Em dezembro de 1968, foi decretado o Ato Institucional 5 do então Governo Militar. Nada foi feito para punir os responsáveis pelas atrocidades. O Relatório foi arquivado na sede da FUNAI em Brasília, onde permaneceu por cerca de 40 anos, até que fosse transferido para o arquivo do Museu do Índio, no Rio de Janeiro, não se sabe a data ao certo.

Por um bom tempo afirmou-se que toda a documentação referente a esse processo de investigação havia se perdido por causa de um incêndio. Atualmente estamos de posse não somente de 20 volumes, mas de 29 volumes produzidos pela Comissão de Inquérito, com cerca de 7 mil páginas. No 20º volume é um relatório conclusivo, com os resultados das apurações. Entre os volumes 21 ao 29 estão os autos referentes às defesas, que não foram concluídos, destacando que no Relatório não consta página de encerramento das investigações.

O documento ressurge em abril de 2013, que vai coincidir com os primeiros trabalhos da Comissão Nacional da Verdade. Marcelo Zelic, vice-presidente do grupo Tortura Nunca Mais de São Paulo e coordenador de pesquisa "Povos indígenas e ditadura militar – subsídios para a Comissão Nacional da Verdade (1946-1986)", ao solicitar documentos para investigar sobre as violações de direitos humanos durante a ditadura militar, em específico das Comissões de Inquérito do Congresso Nacional entre 1962 e 1963, que investigavam as irregularidades do SPI, conseguiu ter acesso ao Relatório Figueiredo entre caixas perdidas no Museu do Índio no Rio de Janeiro em abril de 2013, com mais de 7 mil páginas preservadas.

2. A CONSOLIDAÇÃO DO PARANÁ: PARA "UM CERCO DE PAZ" DOS KAINGANG

Pode-se afirmar que o processo de ocupação do Paraná é dividido em quatro momentos. O primeiro corresponde à ocupação indígena que também estava presente em todo o território da América Portuguesa. No Paraná, podia-se destacar a ocupação dos povos Xetá, Kaingang e Guarani, percebidos por um processo colonizador mais recente. O segundo momento caracteriza-se pelo trabalho desenvolvido por jesuítas espanhóis junto aos indígenas aldeados, nas chamadas reduções (missões), com o objetivo de catequizar esses povos e assim trazer uma "certa" civilidade. O terceiro momento corresponde ao período entre 1881 e 1930, quando há a introdução do sistema Obrages,[4] que visava a exploração extrativista de erva-mate e madeiras. Por fim, o momento mais recente ocorre com a introdução de empresas colonizadoras para finalmente concretizar a colonização das áreas sobre domínio dos indígenas. Esta dissertação tem sua demarcação temporal nos dois últimos processos de ocupação, fases mais prejudiciais aos indígenas Kaingang (TOMMASINO, 1995).

Os Kaingang atualmente representam o terceiro maior grupo indígena no país (IBGE, 2010), localizados entre os estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Durante a história do Brasil, esse grupo foi denominado de várias formas em cartas, diários, tratados, crônicas entre outros escritos, podendo-se destacar: Botocudos, Gualachos, Guaianãs, Guanhanãs, Guñanas, Guayanazes, Chiquis, Pinares, Coroados, Camés, Votorões. Estudos etnográficos que começaram a ser desenvolvidos no país entre os séculos XIX e XX, foram importantes para romper com a dificuldade de nomear e identificar os grupos indígenas, principalmente os Kaingang.

4 Grandes áreas de terras concedidas pelo governo brasileiro a algumas empresas do exterior (argentinas e inglesas) para a extração de erva-mate e madeira no Oeste do Paraná. WACHOWICZ, R. C. Obrageiros, mensus e colonos. 2. ed. Curitiba: Vicentina, 1987

No estado do Paraná, desde o século XVII, os indígenas Kaingang estavam passando pelo processo de aldeamento através das missões religiosas, e além disso, no Estado havia um trânsito de produtos, de mão-de-obra indígena e de muitos expedicionários. No século XX ainda existiam grupos indígenas "arredios e hostis" aos colonizadores e que necessitavam ser "pacificados" (MOTA, 1994; TOMMASINO, 1995). Ocorreram vários processos para colonização da região do Paraná nos últimos quatro séculos, abandonados principalmente pela relutância dos Kaingang. Deste modo, este povo teve contato direto em diferentes dimensões com quase todas as formas de pacificação e colonização que faziam parte das políticas indigenistas oficiais (RAMOS, 2008).

Durante o século XX os Kaingang foram amplamente afetados pelo processo de nacionalização e de desenvolvimento do Brasil, principalmente por não possuírem um sistema de utilização intensivo do solo e das floretas que habitavam (TOMMASINO, 2000, 2004). O processo civilizador destruiu suas florestas, trouxe a implantação de serrarias e exploração de madeiras, passando a dar lugar para a produção de trigo e soja. As terras Kaingang sofreram transformações tanto fitogeográficas quanto morfológicas, e também afetaram a organização social, *habitus* social e o estilo de vida. Ocorreu uma aculturação em que estes indígenas deixam de utilizar seus saberes tradicionais, vivências e práticas socioculturais próprias e passam a serem sujeitos reclusos, aldeados e até produtores agrícolas (ALMEIDA; NÖTZOLD, 2011).

A "Marcha para o Oeste"[5] tinha como objetivos nacionalizar as fronteiras e ocupar as "terras vazias". Em especial no Paraná, esse processo de colonização se intensifica a partir de 1930, governado pelo interventor Manoel Ribas, que se utilizou da migração dos colonos de origem europeia para possibilitar a expansão cafeeira iniciada na região de São Paulo e também a migração de grupos do Sul do país em busca de terras maiores. Ou seja, são três frentes de colonização atuando no Paraná (MARTINS, 1995).

Os investimentos para essas ocupações advinham de empresas colonizadoras, que haviam adquirido grandes parcelas de terras do governo e revendiam terrenos menores aos colonos. O projeto econômico para alcançar os lucros e diversificar a economia fez com que essas formas de constituição de sociedade, fossem algo muito vantajoso para o governo (LAZIER, 2003).

Outra frente que vai ocupar o Paraná se inicia em São Paulo por volta de 1868 com a produção de café, contribuiu significativamente para a expansão de áreas produtivas. A grande demanda por produção de café resultou na implantação de novas vias de comunicação, como exemplo as estradas de ferro, que permitiam a rápida circulação de mercadorias. Essas ferrovias originaram vilas e cidades que adentravam os territórios indígenas.

Outro fator que favoreceu a expansão agrícola foi a política de imigração de 1870 que o Brasil desenvolveu para conseguir mão de obra assalariada de europeus (RIBEIRO, 1996). Assim, consolidava de maneira pragmática o processo civilizador e de branqueamento, no qual não existia espaço para as culturas indígenas.

5 Termo utilizado por WACHOWICZ, Rui. Paraná, sudoeste: ocupação e colonização. p. 113. E por Cassiano Ricardo na obra "Marcha para o oeste" de 1970.

Durante essas expansões vários confrontos entre Kaingang e colonos (agricultores, construtores e estrangeiros) foram registrados. Em muitos confrontos os Kaingang estavam em desvantagem, acarretando a perda de grupos inteiros. A desvantagem numérica ocorria por estarem divididos em lutas internas o que contribuiu para a conquista.

Devido ao contato violento entre colonos e indígenas, que teve como pano de fundo massacres, alguns consideravam revoltantes essas investidas. Assim, surgem as associações que buscavam fornecer amparo às comunidades indígenas. Contudo, nenhuma saiu da "teoria humanitária", pois, os colonos não aceitavam outra forma de dominação e ocupação das terras que não fosse por meio da morte dos indígenas.

A relação entre indígenas e colonos no Paraná sempre foi marcada por intensos conflitos. As chacinas podiam ser vistas tanto do lado dos colonos, quanto do lado indígena, que lutavam por suas terras e por retaliação à morte de seus parentes. Diante desse cenário de guerra no interior do país, "teorias sociais racistas" eram proclamadas nas salas das universidades paulistas por professores de origem europeia, especialmente alemã. Eram reforçadas por missões europeias que solicitavam ao Estado brasileiro proteção aos seus colonos que aqui estavam (DAVIS, 1978, p.24).

Diante do cenário conflituoso busca-se uma solução para o relacionamento entre os povos indígenas e o Estado. O primeiro passo dado foi o de estatizar um conjunto de estruturas em 1910, consolidado no Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais que, após alguns anos, transformar-se em Serviço de Proteção aos Índios. Este seria o órgão onde se estruturaria todo o monopólio de poder sobre os povos indígenas de todas as regiões do país.

O Órgão era constituído de uma Diretoria Geral e pelas Inspetorias regionais, pela gestão dos indígenas no âmbito estadual. Nos espaços regionais/municipais havia as unidades denominadas "postos, povoações indígenas e centros agrícolas", que eram subordinadas à Inspetoria Regional (LIMA, 1995, p. 230).A implantação dessas unidades administrativas ocorre em três momentos entre os anos de 1930, 1944 e 1960. O Paraná, estava inserido na 7ª Inspetoria juntamente com Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Mesmo com a criação do SPI a situação dos povos indígenas no Brasil, em especial dos Kaingang não teve grandes avanços, apenas institucionalizou-se uma forma de controle e confinamento dos povos em pequenas extensões de terras. Muitos não se adaptavam nos novos modos de vida proposto. Após o processo de conquista por colonos na região sul do país, o povo Kaingang enfrentou "situações críticas" que os orientou a estabelecer "novas formas de sobrevivência" em parcelas de terras delimitadas pelo Governo. Essas terras representavam uma parcela mínima, do que fora o território originário dos Kaingang. Todo esse processo de expropriação de terras tem seu ápice na segunda metade do século XX.

Além da redução de seus territórios, os Kaingang tiveram ainda que conviver com a destruição de florestas e campos, que foram substituídos por cidades, fazendas de gado e lavouras. Entre as perdas que esse processo de conquista acarretou aos Kaingang destacam-se duas como sendo as mais significativas: a autonomia política e a autonomia econômica. Esse povo não possuía mais a liberdade para se organizar e ser liderado como antes e também passou a depender do sistema de produção capitalista com o qual

não possuía tanta afinidade, e na exploração do seu trabalho para sua própria sobrevivência (TOMMASINO; ALMEIDA, 2014).

O período de 1940 a 1950 foi outro momento de forte impacto para os Kaingang, pois, intensificam-se as ações do Indigenismo do SPI de maneira autoritária, articuladas em uma rede interinstitucional. Esta rede era composta pelo Governo do Estado, Governo Federal, Companhia de Colonização, Agentes do SPI, madeireiros e colonos. O principal objetivo a ser alcançado por esses atores era a regulação fundiária para que pudessem se apropriar das terras indígenas e torná-las produtivas na lógica capitalista. Isso gerou sérias interferências na organização social e nas práticas culturais dos Kaingang.

A partir desse processo de privatização das terras Kaingang, esse povo passa a ser administrado de forma rígida e disciplinadora pelos agentes dos Postos. Essa forma de controle causou uma saída de muitos indígenas de suas áreas para prestar serviços em outras propriedades rurais. Algumas dessas propriedades se localizavam dentro dos territórios indígenas. Eram os arrendatários ou até mesmo invasores das terras. Outro problema a afetar as terras indígenas são as serrarias dentro e fora dos Postos. Muitos indígenas também saem de suas terras e vão vender suas cestarias em centros urbanos, prática que permanece até hoje, ou se transformavam em pedintes em ruas e rodovias. Até a prostituição foi um meio encontrado para sobreviver nessa nova realidade (TOMMASINO; ALMEIDA, 2014).

Desde a colonização paranaense, a configuração Kaingang vem sendo redesenhada, sendo constantemente afetada por novos acontecimentos e, em pleno século XXI, pode-se constatar a permanência e a perpetuação de violações contra essas comunidades com vários índices de gravidade. No processo de interação com colonos, os Kaingang perdem a sua condição de liberdade, passam a ser submetidos à política indigenista, desde os aldeamentos durante o Império até ao Poder Tutelar na República através do Serviço de Proteção ao Índios e Fundação Nacional do Índio.

Pode-se afirmar que a história do estado do Paraná está entrelaçada com violações de Direitos Humanos do povo Kaingang. Com apoio de leis e decretos, colonos buscavam e continuam a expropriar as terras indígenas, o que vai justificar massacres, prisões, torturas, morte e muitos crimes bárbaros. São várias as formas de violações, tanto individuais quanto coletivas, que resultam em uma perda de liberdade de forma traumática. Mesmo com a Constituição de 1988 e a autodeterminação trazida em seu texto, a situação para os Kaingang e outros grupos indígenas não se altera na prática, o que faz com que a luta por maior autonomia e respeito permaneça.

3. O RELATÓRIO FINAL: AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS

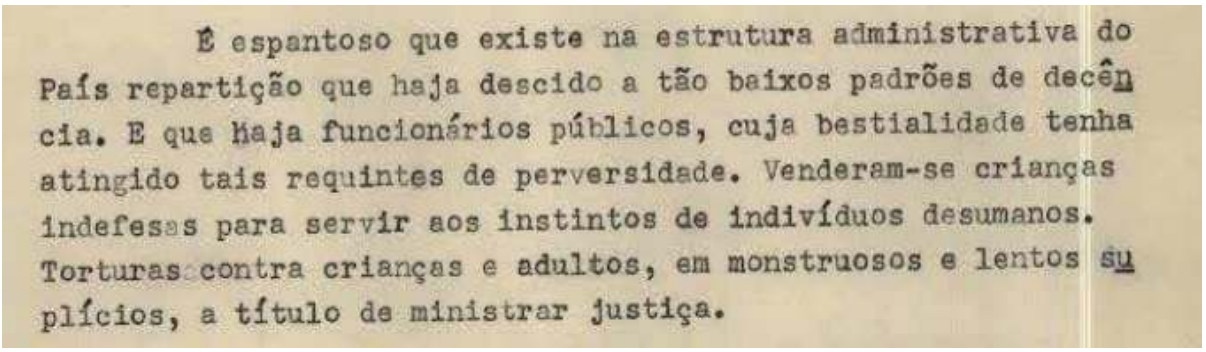
O Relatório que está disponível para consulta *on line* foi totalmente digitalizado, contendo cerca de 7 mil páginas. O volume final é um Relatório Síntese que foi encaminhado ao Ministro do Interior Albuquerque de Lima, composto por 68 páginas, onde pode-se constatar, nas palavras de Jader Figueiredo, o espanto e até repulsa pelos atos praticados pelos agentes do Serviço em nome de uma proteção. O Relatório Figueiredo é dividido em volumes. Do volume I ao IV estão dispostas cópias de documentos e depoimentos que foram colhidos durante a CPI de 1963; do

volume V ao XX, estão dispostos termos de inquirição, alguns documentos relacionados a prestação de contas, e que foram elaborados durante as inspeções que fizeram em 1967. Foram anexados ao Relatório documentos das primeiras Comissões de Inquérito (1962 e 1963) o que resultou na elaboração de 30 volumes com 6869 páginas.

Existem partes do Relatório que devido ao tempo e às condições de armazenamento, não são mais passíveis de leitura, muitos trechos de depoimentos já estão apagados ou ilegíveis. Existem também, alguns documentos anexados ao Relatório que estão repetidos. De forma geral o Relatório é bem denso, tanto numericamente quanto informações que podem ser obtidas de suas páginas. O Relatório foi produzido basicamente por provas testemunhais e documentais, estas, centenas de documentos das cinco inspetorias e unidades-sede do SPI.

A partir da análise realizada pela Comissão de Inquérito das fontes de que se apropriaram, concluiu-se que os índios, ao invés da busca pela sua integridade, ocorreu uma degradação cultural, onde indígenas eram escravizados e lhes eram negados condições mínimas de sobrevivência para uma pessoa humana. Como bem percebe-se na fala de Jader Figueiredo a dimensão do problema que se deparou.

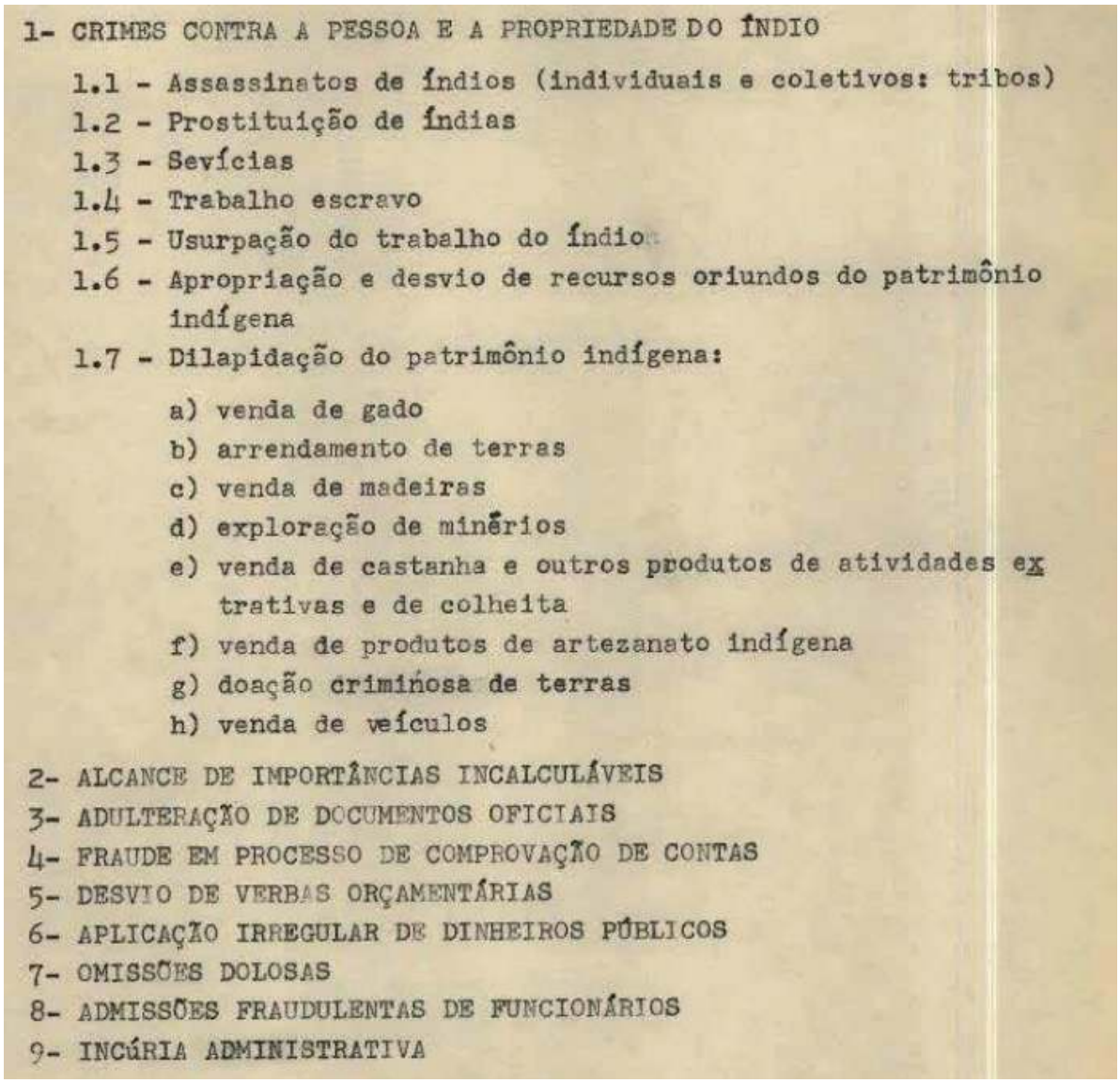
Figura 1: Análise de Figueiredo


É espantoso que existe na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência. E que haja funcionários públicos, cuja bestialidade tenha atingido tais requintes de perversidade. Venderam-se crianças indefesas para servir aos instintos de indivíduos desumanos. Torturas contra crianças e adultos, em monstruosos e lentos suplícios, a título de ministrar justiça.

Fonte: Relatório Figueiredo, 1967, p. 2, vol. Síntese

Jader Figueiredo categoriza no Relatório 9 (nove) categorias de crimes contra a pessoa e contra as propriedades dos indígenas, cometidos por funcionários do Serviço. Estes crimes foram cometidos por civis em sua maioria, mancomunados com latifundiários, grileiros e até com agentes políticos locais, como juízes, políticos e policiais. Estas relações podem ser muito bem percebidas nos depoimentos anexados ao Relatório.

Figura 2: Crimes Constatados



1- CRIMES CONTRA A PESSOA E A PROPRIEDADE DO ÍNDIO

1.1 - Assassinatos de índios (individuais e coletivos: tribos)
1.2 - Prostituição de índias
1.3 - Sevícias
1.4 - Trabalho escravo
1.5 - Usurpação do trabalho do índio
1.6 - Apropriação e desvio de recursos oriundos do patrimônio indígena
1.7 - Dilapidação do patrimônio indígena:

a) venda de gado
b) arrendamento de terras
c) venda de madeiras
d) exploração de minérios
e) venda de castanha e outros produtos de atividades extrativas e de colheita
f) venda de produtos de artezanato indígena
g) doação criminosa de terras
h) venda de veículos

2- ALCANCE DE IMPORTÂNCIAS INCALCULÁVEIS
3- ADULTERAÇÃO DE DOCUMENTOS OFICIAIS
4- FRAUDE EM PROCESSO DE COMPROVAÇÃO DE CONTAS
5- DESVIO DE VERBAS ORÇAMENTÁRIAS
6- APLICAÇÃO IRREGULAR DE DINHEIROS PÚBLICOS
7- OMISSÕES DOLOSAS
8- ADMISSÕES FRAUDULENTAS DE FUNCIONÁRIOS
9- INCÚRIA ADMINISTRATIVA

Fonte: RELATÓRIO, 1967, p. 3, vol. Síntese

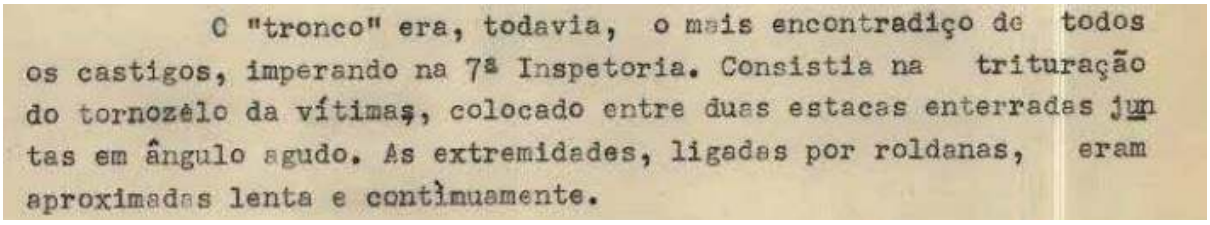
Os Kaingang sofreram todas essas formas de crimes contra suas pessoas e contra seus patrimônios. A investigação liderada por Jader Figueiredo era de cunho administrativo, ou seja, toda a investigação era focada somente nos agentes estatais, desde chefes de postos e inspetorias até os diretores do Serviço. Contudo, pode-se afirmar que a maioria dos crimes listados acima teve participação direta de grileiros, fazendeiros e no caso do Paraná, até de empresas colonizadoras. As relações estabelecidas entre agentes do SPI e particulares são, em sua maioria, orientadas para execução de crimes.

Para realizar as atrocidades eram designados capitães e polícias indígenas, as vezes até servidores do órgão. Esse agentes que eram responsáveis por coibir qualquer tipo de violência ou tortura dos indígenas, foram os principais atores das atrocidades

e atos bárbaros contra os povos. Temos também as esposas de chefes que tornaram-se famosas pelos maus tratos e pela desumanidade que cometiam contra os indígenas, que muitas vezes eram serviçais em suas residências, realizando trabalhos de forma escrava, passando por todo tipo de violação. Em muitos casos, a esposa dos chefes dos postos eram as professoras das crianças indígenas, responsáveis por uma educação formal e dos costumes civilizados.

No Relatório constata-se a forma cruel do tratamento dos povos indígenas e os castigos físicos que eram regular e frequentes nos Postos, dentre eles crucificações, espancamentos, sendo generalizados, não fazendo distinção de sexo ou idade, alguns castigos eram aplicados com tanto vigor que resultavam na invalidez e morte de indígenas. Na 7ª Inspetoria, os Kaingang conheciam muito bem a prática do tronco como forma de punição.

Figura 3: A prática do "tronco"



O "tronco" era, todavia, o mais encontradiço de todos os castigos, imperando na 7ª Inspetoria. Consistia na trituração do tornozêlo da vítimas, colocado entre duas estacas enterradas juntas em ângulo agudo. As extremidades, ligadas por roldanas, eram aproximadas lenta e continuamente.

Fonte: RELATÓRIO, 1967, p. 3, vol. Síntese

O tronco não era o único meio de tortura presente entre os agentes que eram responsáveis pelos Kaingang, conforme depoimento de 5 de novembro de 1967 de Vivaldino de Souza. A professora Marina Alves de Souza, que era contratada pelo Serviço, constantemente colocava índios de castigo de forma degradante, sendo uma vez responsável por mandar colocar um indígena em um fosso cheio de excremento humano. Neste mesmo depoimento afirma-se que os jornais do período divulgavam fotos de índios presos ao tronco no Posto Manoel Ribas no Município de Laranjeiras do Sul, e que devido a esses castigos muitos indígenas ficaram aleijados por terem seus fêmures completamente destruídos. Neste Posto as ordens vinham da professora Maria Leonor de Souza, casada com Raul de Souza Bueno, chefe do posto, e eram executadas pelos parentes Vivaldino de Souza Bueno, Lauro de Souza Bueno e David de Souza Bueno (RELATÓRIO, 1967, p. 1727, vol. IX).

Observa-se que todos os familiares de agentes do SPI acabavam se envolvendo e que muitos indígenas também eram utilizados para castigar seus próprios familiares, como forma de demonstração de poder e controle. Assim filhos espancavam seus pais, pais batiam e castigavam seus filhos, como uma forma de retratação perante aos chefes dos postos.

De acordo com o artigo 5 de Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante". A tortura e os maus tratos são uma ameaça direta à segurança de qualquer indivíduo e não cabe nenhuma justificativa para tais atos. A tortura resulta em sofrimento físico e/ou mental, sendo intencionalmente infligido. A realização

desses atos de tortura e violações ocorreram pois os agentes tinham ciência que não seriam punidos, pela ausência de uma política indigenista consolidada e fiscalização dessas inspetorias.

Existem dois tipos de torturas, a tortura física, que causa dor aguda e sofrimento excessivo, que pode resultar em mutilação, desfiguração e lesões permanentes, e morte, como era a do "tronco". A tortura psicológica inclui técnicas de privação e exaustão, confinamento solitário, coerção e intimidação. A psicológica foi aplicada também, sendo os indígenas mantidos em celas de madeira minúsculas, que mediam 1,30x1,00m., que mal cabia uma pessoa em pé, com pequeno espaço para ventilação, sem nenhuma forma de descarte de suas necessidades fisiológicas, sendo feitas no chão (RELATÓRIO, 1967, p. 4918, vol. XVI). Os indígenas eram mantidos em cárcere privado, em condições desumanas, que levava a um desgaste físico e mental, causando em muitos casos, traumas para a vida inteira.

Havia muito trabalho escravo indígena nas fazendas de grandes proprietários de terras da região onde se localizavam os Postos, os indígenas eram vistos como moeda de troca, em benefício para os responsáveis pelos Postos. Um dos agentes do SPI que fez fortuna por meio de mão de obra indígena foi Atílio Mazzallote. Este tinha propriedades em Ponta Grossa e Palmas, casas em Curitiba, tudo resultado de grandes áreas cultivadas em terras indígenas do Posto Mangueirinha, e por estar velho, passou a se dedicar somente à extração de madeiras e arrendamentos das terras, tudo isso feito com trabalho indígena sem nenhum tipo de remuneração (RELATÓRIO, 1967, p. 1719-1721, vol. IX).

O trabalho escravo era algo comum na 7ª Inspetoria imposto aos indígenas Kaingang, o fruto do trabalho também era subtraído pelos agentes, como roçados e plantações. Era uma demonstração de ganância, como afirma o relator, onde desviaram e apropriaram-se indevidamente dos patrimônios indígenas. De acordo com a Declaração dos Direitos Humanos (1948): "Artigo 4 - Ninguém será mantido em escravatura ou em servidão; a escravatura e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos".

Todas as violações de direitos humanos presentes no Relatório Figueiredo vem de não reconhecer o indígena como ser humano pleno de seus direitos, como disposto no artigo 6º da Declaração "Todo ser humano tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa perante a lei" e o artigo 7. "Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

Observa-se a violação do Princípio da Dignidade Humana, pois não se concebia o indígena como ser humano, sendo comparados a animais e sua força deveria para servir os funcionários do SPI. A figura feminina indígena era a que mais sofria essa desumanização, sendo totalmente subjugada pela sua fragilidade. A mulher, entendida como criatura frágil, sofria castigo horrendos. Quando davam à luz, no dia seguinte eram obrigadas a trabalhar no roçado, sendo proibidas de levarem consigo as crianças nascidas. Temos também o desejo carnal dos agentes do SPI pelas "caboclas", indígenas assim chamadas, sendo violentadas desde de muito novas, independente do lugar, podendo ser até mesmo dentro das repartições do Serviço.

Conforme depoimento de Phelippe Augusto da Câmara Brasil em 4 de novembro de 1967, era comum agentes do postos, ao ficarem embriagados, abusarem das mulheres indígenas.

Além de violências físicas, os indígenas Kaingang sofreram uma disciplinarização de seus corpos e de seus saberes. Os Kaingang passaram por um processo de elaboração de um novo sujeito, o sujeito nacionalizado. A partir do Relatório pode-se constatar que o Serviço buscava enquadrá-los na seguinte premissa "cada um faz não o que quer, mas aquilo que lhe é permitido, aquilo que lhe cabe como sujeito de uma determinada sociedade.

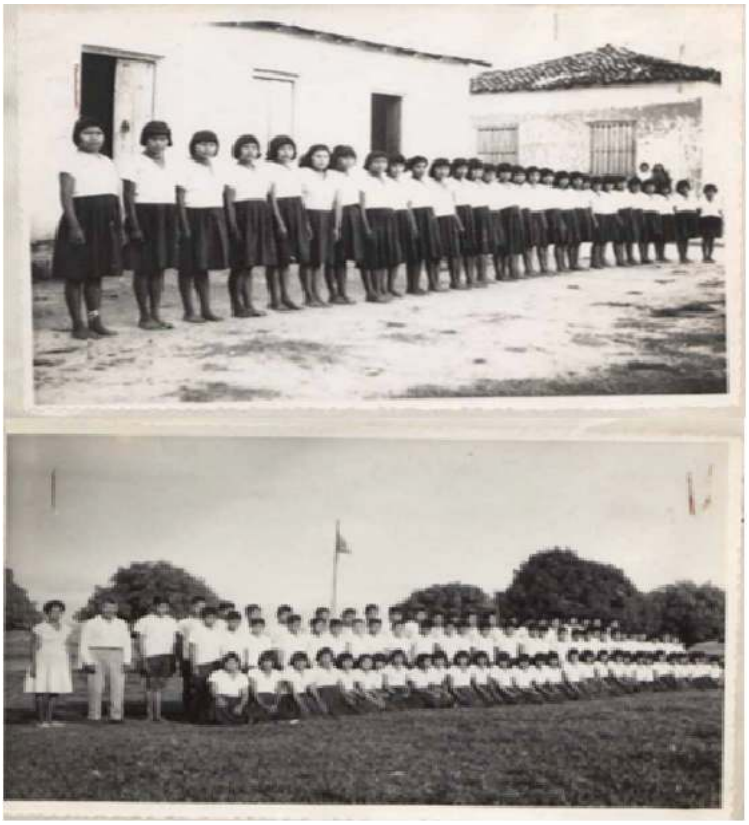
A religião teve papel importante no processo civilizador. No caso somente as religiões católica ou evangélica (pentecostal) podiam ser aplicadas aos indígenas, isso variava de acordo com a crença do responsável pelo Posto. Cada posto geralmente possuía uma escola e uma igreja. Os líderes religiosos eram orientados a ensinarem aos indígenas, que havia somente um Deus, e que suas práticas culturais eram consideradas erradas, por não terem um livro sagrado ou por terem várias entidades espirituais. Os rituais eram permanentemente proibidos de serem realizados, mesmo em datas comemorativas, as festas realizadas em muitos postos eram dedicadas as santos católicos.

A primeira forma de violação foi a de torná-los visivelmente incorporados à sociedade nacional, pela imposição da vestimenta. As mulheres eram obrigadas a vestirem de saias e blusas ou então vestidos na altura da canela. Aos homens eram dadas roupas com calças e blusas de tecidos de algodão, chapéu de agricultor e botinas. Alguns indígenas até se vestiam como era imposto, mas alguns ainda permaneciam descalços, não se adaptando aos calçados. As crianças eram proibidas de serem ensinadas pelos seus parentes mais velhos, aprendiam somente o que era ensinado pelas professoras/es nas escolas dos postos do SPI.

Tudo isso regulamentado pelo Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910, que previa a criação de escolas, indispensáveis para o desenvolvimento dos indígenas. O papel das escolas como principal "aculturador" era concretizado com a participação de alunos em eventos regionais e nacionais, como os desfiles no dia 7 de Setembro, data em que se comemora a Independência do Brasil.A educação escolar, cabe ressaltar que este é um espaço onde estão presentes métodos de controle e de utilização de certo discursos. Neste espaço busca-se a disciplinarização de saberes, relacionando-a com técnicas de correção e domesticação dos corpos dos alunos. Impõe-se a individualização e a homogeneização, formando uma determinada identidade, a de futuro trabalhador rural.

Observa-se nas fotos a seguir os alunos indígenas com uniformes, todos padronizados, demonstrando terem mais os seus costumes "tribais" e reconheciam e respeitavam símbolos nacionais, como exemplo a Bandeira do Brasil. Eram impostos aos alunos momentos cívicos, onde deveriam manter postura, cantar o Hino Nacional, hastear a Bandeira, como forma de pertencimento ao Brasil e a sua cultura nacional.

Figura 4: Alunos Indígenas



Fonte: RELATÓRIO, 1967, p. 1381;1461, vol. VII

As professoras nos Postos tinham um papel muito importante no processo civilizatório do povo Kaingang. Eram tanto responsáveis pelos castigos, como também por passar toda cultura nacional. Eram também pessoas responsáveis por demonstrar para o Serviço a efetividade das práticas nos Postos. Elas mandavam cartas para a direção da 7ª Inspetoria em Curitiba, onde narravam as atividades desenvolvidas nos Postos, sempre acompanhadas de fotos para ilustrar os trabalhos com os indígenas. Isso tudo ressalta que as professoras foram das mais importantes violadoras de Direitos Humanos do povo indígena Kaingang. Não eram violações somente do ponto de vista físico, mas também uma *violência simbólica,*6 que se dava por meio da disciplinarização.

Além de violações físicas, psicológicas e simbólicas sofridas pelos Kaingang, afirma-se com toda certeza que as maiores violações são referentes a dilapidação do patrimônio indígena, por refletirem até hoje nas relações entre Estado e indígenas, com sérios conflitos: com arrendamentos de terras; venda de madeiras; venda de produtos

6 Violência simbólica é um conceito social elaborado pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu. Assim define: "A violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem e também, frequentemente, daqueles que a exercem na medida em que uns e outros são inconsciente de a exercer ou a sofrer" (BOURDIEU, 1996, p. 16). A raiz da violência simbólica estaria presente nos símbolos e signos culturais, especialmente no reconhecimento tácito da autoridade exercida por certas pessoas e grupos de pessoas. Como exemplo disto temos a atitude professoral, a qual pressupõe o uso legitimado de estratégias punitivas em relação aos alunos (como reprovações e castigos) que não se enquadram nos moldes sociais da instituição escolar (BOURDIEU, 1989).

de colheitas; venda de produtos de artesanato indígena; doação de terras. Há também a adulteração de documentos oficiais, fraudes de comprovações de gastos, desvios de verbas orçamentárias, aplicação irregular de rendas e admissões fraudulentas de funcionários.

O desejo por terras indígenas, eram por serem propícias ao desenvolvimento da agricultura e da agropecuária. Contudo, o que mais chama atenção neste trecho acima do Relatório é a necessidade de que deveriam ser administrados pelo Estado para que pudessem produzir rendas. Os indígenas não eram vistos como sujeitos autônomos, e se não cultivavam as terras em sua totalidade, e estas não eram necessárias para a sobrevivência deles.

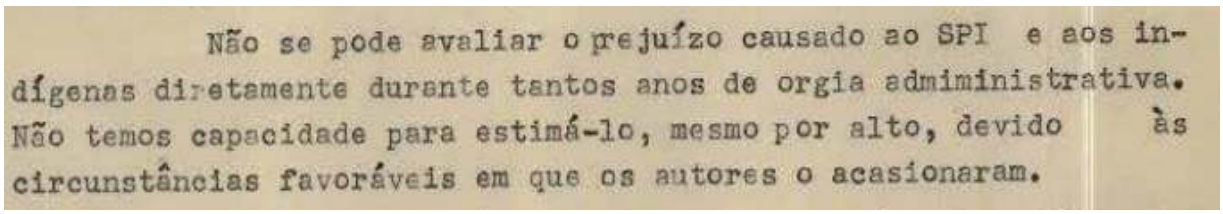
Ao passar o controle dessas terras aos gestores do Postos Indígenas subordinados ao SPI, inicia-se a degradação e a redução das terras indígenas. A forma mais comum de expropriação de terras foram os arrendamentos para colonos da região onde os Postos ficavam, muitas vezes realizados sem nenhum tipo de contrato que estabelecesse garantias e benefícios aos indígenas. Em muitos casos, como os responsáveis pelos Postos não ficavam no local, seus subordinados ficavam de posse de contratos em branco já assinados caso houvesse algum interessado em arrendamentos (Anexo 6). Os arrendamentos eram vistos como moeda de troca, mas quem saía favorecido em quase todos os casos eram os agentes do SPI, que faziam fortunas.

Outros contratos que geraram sérios prejuízos ao patrimônio indígena Kaingang foram os de extração de madeiras, em especial de pinheiros de araucária, muito comum na região. A extração de madeiras gerou tantos problemas que até o Ministério da Agricultura tomou conhecimento.

A prestação de contas era outro problema dos postos da 7ª Inspetoria. Os recibos eram falsos ou com valores e dados não condizentes com a realidade. Muitos apresentados para a prestação de contas possuíam datas de épocas em que funcionários não se encontravam no Serviço. Outros recibos eram fornecidos sem recebimento de valores ou prestação de serviços, com valores acima do real, com o objetivo de fraudar as prestações de contas dos postos. Não havia uma padronização dos recibos, o que permitia as mais variadas formas de apresentação do documento.

Constata-se pela afirmação do Jader Figueiredo a magnitude das violações aos povos indígenas, praticadas por funcionários do Serviço de Proteção aos Índio, que de proteção transformou-se em agressão. De acordo com o Relatório, essas violações duraram cerca de 20 anos, mas para muitos estudiosos que essas violações iniciaram-se no contato com europeus e estão presentes até hoje, em pleno século XXI.

Figura 5: Prejuízos Incalculáveis


Não se pode avaliar o prejuízo causado ao SPI e aos indígenas diretamente durante tantos anos de orgia adminiistrativa. Não temos capacidade para estimá-lo, mesmo por alto, devido às circunstâncias favoráveis em que os autores o acasionaram.

Fonte: RELATÓRIO, 1967, p. 12, vol. Síntese

Para finalizar, destaca-se que foram instaurados cerca de 150 inquéritos (Anexo 12) sendo 40 inquéritos em desfavor de pessoas da 7ª Inspetoria, e são também os que possuem mais crimes listados. Esses inquéritos chegaram ao fim, parece que quando ocorreu o desaparecimento do Relatório Completo, apagou-se todas as investigações e principalmente as violações ocorridas nesse período.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Relatório Figueiredo é uma prova essencial da permanência de mentalidade colonial que, em busca de um desenvolvimento e expansão da economia brasileira, permitiu atrocidades contra o povo Kaingang no Paraná. Atrocidades que se perpetuam, com mortes, estupros, desaparecimentos e usurpação de patrimônio indígena. Atualmente, governos locais e grandes produtores e proprietários de terras, permanecem com a ideia de que indígenas, porque não produzem e não geram riquezas para o país, não devem possuir territórios grandes.

A permanência da mentalidade de que indígenas devem ser tutelados, tendo sempre alguém os controlando e administrando, tem gerado grandes conflitos em relação às terras. Chacinas ocorrem pelo Brasil por causa de terras. As terras Kaingang no Paraná, ainda não demarcadas são objeto de disputa no âmbito jurídico. Mas a disputa não se restringe ao jurídico, ultrapassando para conflitos armados, estupros até destruição de bens indígenas.

Tudo que ocorreu durante os mais de 50 anos de controle do SPI sobre os indígenas está resumido no Relatório. Por mais que tivesse objetivos humanitários, como pregava Rondon, na prática não se aplicava, não havia interesse por parte dos agentes. Os servidores do Serviço apenas viram nele um meio de obter rendas e benefícios oriundos do patrimônio e da mão de obra indígena. O indígena não era visto por essas pessoas como ser humano, sendo muitas vezes associado a um animal selvagem, sem alma e sem dignidade.

O Relatório Figueiredo tem seus pontos falhos, como por exemplo não descreve como ocorria a resistência dos povos indígenas, as imposições dos militares e fazendeiros e até mesmo funcionários do SPI. Ressalta-se que não era esse o objetivo primário do documento e da Comissão de Inquérito, mas sim uma análise da vida desses povos e atos que estavam ocorrendo contra a sua dignidade humana. Esses povos indígenas presentes no Relatório sofreram violações gravíssimas de Direitos Humanos, são pessoas que sofreram negação de seu ser. São vítimas por estarem em uma situação em que não lhes foi permitido produzir e reproduzir a sua vida em comunidade com seus princípios e regras próprias de acordo com a qual não foram tratados como indivíduos portadores de direitos pelo Estado Brasileiro.

Mesmo com a redescoberta do Relatório em 2012, o Estado brasileiro se mantém calado diante tais atrocidades, e no caso dos Kaingang, o Paraná não buscou nenhuma forma de reparação. Não houve nenhum tipo de declaração direcionada aos povos indígenas, não houve nenhum tipo de levantamento de violações para que pudesse haver reparações. O trabalho levantado pela Comissão Nacional da Verdade, foi algo superficial, trazendo uma contextualização e algumas considerações, foram engavetadas. Trabalhos na área acadêmica, também só buscam a descrição dos fatos

e não propõem nenhum tipo mudanças a partir do cenário horrível que os indígenas viveram durante o SPI.

Compreendi que as violações presentes no Relatório Figueiredo são crimes do Estado. Este sendo detentor do controle e poder é o que mais vai utilizá-los de maneira inadequada, gerando resultados nocivos qualitativamente quanto numericamente. O SPI pode ser categorizado nessa lógica, como aparelho repressivo, disciplinador e "civilizador", possuindo uma organização burocrática com ramificações e estruturação complexa. Vai utilizar de um conjunto ideológico para justificar suas ações com os povos indígenas. Afirmo que nenhuma organização criminosa no Brasil vai conseguir se igualar tal poderio.

Assim, adentro em premissas que fazem parte da *Justiça de Transição*, pois a pesquisa partiu da ideia de busca da "verdade" sobre os fatos ocultados, uma ideia de "verdade" desagradável e ofensiva a muitos membros da sociedade brasileira. Uma ideia de verdade que quebra o desejo de perpetuação das atrocidades cometidas durante 31 anos no país. Uma ideia de verdade que supera um esquecimento imposto que foi utilizado pelo autoritarismo para encobrir seus atos, principalmente através do "silêncio", em que mortes e assassinatos eram um mecanismo de forçar o esquecimento e ocultação da história.

Esse processo de tentar mascarar uma parte da História Indígena, realizada com o desaparecimento do Relatório em 1968, faz lembrar de François Ost, segundo o qual o Tempo é uma construção social, sendo uma questão de poder, onde aqueles que estão no controle impõem a reescrita do passado. Assim, o humano é o único ser que pode "virar a ampulheta", ou seja, somente o homem pode manter aceso um tempo que a todo instante corre o risco de ser desligado. "Com o homem surge com efeito a possibilidade de uma repetição reflexiva do passado e de uma construção antecipadora do futuro – a capacidade de reinterpretar o passado e a faculdade de orientar o futuro" (OST, 1999, p. 30).

Ressurge, em 2012, o documento que se havia perdido em um incêndio em 1968 e a "memória" revive neste momento. A memória através desse documento é uma forma de ligar o passado. Contudo, sobre o período em questão, é uma memória em migalhas, pois é parcial e documentada por aqueles que atendem alguns interesses e objetivos. Uma memória coletiva, que se consolida no seio de grupos sociais e resulta em tradições vivas, fornecendo identidade e sentido. Dentro dessa lógica da memória, surge o perdão como ato de memória, esse perdão seria um resolução de um ato ofensivo cometido no passado, o perdão surge como uma cura da memória. Entende-se que o resgate da dignidade dos povos indígenas ocorre através do resgate da memória, retomando uma história de dor, trazendo uma história dos "excluídos" e dos "vencidos", para que assim elabore-se ações políticas para prevenir de ações da máquina do progresso.

O passado, materializado no Relatório Figueiredo, ressurge para que se compreenda a fragilidade dos povos indígenas diante do Estado, e que é impossível ter uma memória que resgate todas as formas de injustiças e barbáries, no entendimento de que por meio dessa fraqueza é que se quebra a ideia de história linear. A memória é algo perigosa, pois o seus resgate demonstra no caso dos povos indígenas, que o Brasil e o estado do Paraná, estão sobre uma montanha de cadáveres Kaingang e de ruínas. A memória é perigosa porque acaba expondo aqueles que sofreram as violações de direitos

humanos, e por reavivar a batalha hermenêutica sobre o significado do passado (SILVA FILHO, 2015).

Cabe então, como forma de "reparação", diante das inúmeras atrocidades expostas no Relatório Figueiredo, ao Estado Brasileiro pedir perdão, como ocorre nas Comissões de Anistia, com o sentido de afirmar que esses atos não se repetirão nunca mais, seguindo a ideia "para que não se esqueça e para que nunca mais aconteça". Não basta somente o julgamento dos acusados, mas uma reparação (não no sentido de pagamento de valores indenizatórios, mas de ressignificação do passado), pois os danos são irreparáveis e a dívida com os povos indígenas é inextinguível.

O Brasil é apoiador tanto da Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto da Declaração dos Povos Indígenas da ONU (2007), mas na prática não se aplica. Os povos indígenas só querem continuar a existir de acordo com seus modos de vida e visão de mundo, dentro dos Estados, mas que se respeite suas terras, línguas e culturas. O país não possui nenhum órgão, entidade ou organização que impeça que as violações de direitos humanos sejam praticadas aos povos indígenas.

Cabe criticar também a legislação vigente sobre a questão indígena no Brasil. São leis de brancos, feitas por brancos, sem a consulta a grupos indígenas para atender suas reais necessidades. Pode-se afirmar que parece ser um ato de força, em que a etnia dominante (no caso a elite branca) impõe seus códigos à etnia dominada (os povos tradicionais), a Lei imposta se transforma em uma arena de contendas múltiplas e de tensas interlocuções. A lei é um campo de luta em que a interação das forças em conflito e o controle da força bélica são em última instância decisivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ALMEIDA, Carina Santos de; NÖTZOLD, Ana Lúcia Vulfe. A luta pela terra em território Kaingang: os conflitos na Terra Indígena Xapecó (SC/Brasil) ao longo do século XX. **Revista Anos 90**, Porto Alegre, v. 18, n. 34, pp. 279-303, dez, 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DO INTERIOR. **Relatório da Comissão de Inquérito Instaurada pela Portaria nº 154, de 24 de julho de 1967**. Disponível em: << http://www.docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=DocIndio&PagFis=103>>. Acesso em: 10 jul. 2017

DAVIS, Shelton H. **Vítimas do Milagre**: O desenvolvimento e os índios do Brasil. Rio de Janeiro: Zahar, 1978

LAZIER, Hermogenes. **Paraná: terra de todas as gentes e de muita história**. Francisco Beltrão: Editora Grafit, 2003.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil. Petrópolis, RJ: Vozes, 1995.

MARTINS, W. **Um Brasil diferente**: Ensaio sobre fenômenos de aculturação no Paraná. São Paulo: T.A. Queiroz, 1995

MOTA, Lúcio T. **A Guerra dos índios Kaingang**: uma História Épica dos Índios Kaingang no Paraná (1969-1924). Paraná, Maringá: UEM, 1994.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru, São Paulo: Edusc, 1999.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Justiça de Transição: da ditadura civil-militar ao debate justransicional**: direito à memória e à verdade e os caminhos da reparação e da anistia no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015

TOMMASINO, Kimiye. **A História dos Kaingang na Bacia do Tibagi**: Uma Sociedade Jê em Movimento. Tese de Doutorado, USP, 1995.

____. Território e Territorialidade Kaingang. Resistência cultural e historicidade de um grupo Jê. In: MOTA, Lúcio T.; NOELLI, Francisco S.; TOMMASINO, Kimiye. **Urí e Wãxi – Estudos interdisciplinares dos Kaingang**. Londrina: EDUEL, 2000.

____. Homem e natureza na ecologia dos Kaingang na Bacia do Tibagi. In: MOTA, Lúcio T.; NOELLI, Francisco S.; TOMMASINO, Kimiye. **Novas Contribuições os estudos interdisciplinares dos Kaingang**. Londrina: EDUEL, 2004.

RECEBIDO EM: 07/09/2017
APROVADO EM: 03/01/2018

A CONTRIBUIÇÃO DAS INSTITUIÇÕES: O IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DOS ESTADOS

THE CONTRIBUTION OF THE INSTITUTIONS: THE IMPACT ON THE ECONOMIC DEVELOPMENT OF STATES

Vladimir Pinto Coelho Feijó[1]

RESUMO: estudo bibliográfico e analítico para demonstrar a importância da investigação e entendimento das relações que as instituições de um país com suas variáveis socioeconômicas. Para averiguar estas informações adotou-se como referência os apontamentos feitos por Douglass C. North, especialmente sob o prisma da Nova Economia Institucional. Será apresentada a teoria construtivista de Relações Internacionais como contrapeso ao modelo racionalista tradicional, e a importância que será dada às variáveis intangíveis da vida social humana ajudará a trazer luz aos tópicos trabalhados quando do estudo da importância das instituições, criadas pelos indivíduos para regular a si mesmos. Para os fatores relacionados ao processo das instituições, será resgatada a importância de uma das tendências evolutivas do Direito Internacional Público como destacado por Jorge Miranda e amplamente revisado por Valério de Oliveira Mazzuoli, a funcionalização. Destaca-se que o processo de institucionalização, nos países e no Sistema Internacional, tem por meta o desenvolvimento da estrutura humana, suas origens e possibilidades. Quanto a análise sobre quais benefícios podem ser auferidos por um país, do curto ao longo prazo,no aproveitamento eficiente de suas instituições, utiliza-se da Política Econômica Internacional para demonstrar como trazer a experiência de países mais desenvolvidos ao contexto interno de um Estado em desenvolvimento.

Palavras–chave: institucionalização; desenvolvimento socioeconômico; difusão cultural; nova economia internacional.

ABSTRACT: a bibliographic and analytical study to demonstrate the importance of the research and the understanding of the relations that the institutions of a country has on its socioeconomic variables. To ascertain this information, the references made by Douglass C. North, especially under the prism of the New Institutional Economy, were adopted. The Constructivist theory of International Relations will be presented as a

1 Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003), graduado em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2003), mestrado em Direito Público, área de concentração de Direito Internacional pela Universidade Federal de Minas Gerais (2005). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2018). Atua principalmente nos seguintes temas: Democracia, Direito Constitucional, Separação dos Poderes, Organizações Internacionais, Integração Regional, Direito Internacional, Direito Comunitário, Política Internacional. Advogado desde dezembro de 2003. vladimir.pcf@gmail.com

counterweight to the traditional rationalist model, and the importance that will be given to the intangible variables of human social life will help to bring light to the topics studied when studying the importance of institutions created by individuals to regulate themselves. For the factors related to the institutional process, the importance of one of the evolutionary tendencies of The International Law, as highlighted by Jorge Miranda and widely reviewed by Valério de Oliveira Mazzuoli, the functionalization, will be rescued. It is emphasized that the process of institutionalization, in the countries and in the International System, has as its goal the development of the human structure, its origins and possibilities. Regarding the analysis of what benefits a country can enjoy, from the short to the long term, in the efficient use of its institutions, it uses the International Economic Policy to demonstrate how to bring the experience of more developed countries to the internal context of a development.

Key Words: institutionalization; socioeconomic development; cultural diffusion; new international economy.

INTRODUÇÃO

Para compreender o que são instituições, como elas participam da vida e do processo de evolução das sociedades, um dos fatores chave a ser avaliados neste trabalho é a evolução econômica das sociedades, adjunta aos fatores socioculturais que permeiam as principais características das vidas dos indivíduos de uma sociedade.

Ao criar um paralelo entre evolução econômica e as peculiaridades da vida social, pode-se derivar uma lógica que prevede as condições de existência daquela sociedade e seus principais aspectos existenciais, para assim tentar incrementar, de maneira produtiva, teorias para melhorar a qualidade de vida daquela sociedade, sem necessariamente ter de abrir mão dos aspectos individuais que permeiam sua cultura.

O objetivo deste trabalho é fazer uma coletânea eficiente ideias de autores de expoente internacionais sobre o tema. Para tanto, será apresentada a importância do desenvolvimento das instituições de um determinado país para que este possa se desenvolver socioeconomicamente. Para este fim, convém exemplos empíricos para relacionar as necessidades percebidas pelos Estados no mundo contemporâneo, e as relações que existem entre as variáveis correlacionadas e suas principais instituições.

Serão feitas análises entre teorias econômicas, especialmente porque a teoria econômica ortodoxa, por ter um foco voltado para fatores quantitativos, é criticada pelo Nova Economia Institucional por não dar o devido valor às variáveis ligadas ao processo de desenvolvimento social, vitais para o entendimento das relações institucionais, podendo chegar a ser antagônica ao percebimento destas necessidades.

Ao fim, estes dados serão catalisados, em especial em referência a dois de seus aspectos chave: a importância do discurso nas construções políticas, relacionada a aspectos de confiança e legitimidade das ações dos governos, que será apresentada no prisma da teoria Construtivista, e à importância da tecnocracia para a construção de modelos sociais que tem como objetivo sero mais eficiente e prático possível.

Serão utilizados principalmente três métodos de pesquisa: O método compreensivo, o comparativo e o método funcional. O método compreensivo será apresentado para

que se possa compreender as regras de uma sociedade, é preciso entender em que elas se baseiam. Pode-se dizer que as instituições são o alicerce da ordem que existe em uma sociedade, e mesmo nos momentos em que elas agem somente como agente mediador, suas funções são sempre coesas em relação a um determinado ponto de referência, é dizer, as instituições não existem sem um sentido. E para entender melhore, portanto, buscar aprimorar seu comportamento, não se deve nunca perder de vista este sentido, ou seja, quais são os motivos da instituições de agir como agem e qual seu significado para a sociedade. Já a análise pelo método comparativo mostra-se necessária pelo levantamento do posicionamento de diferentes autores sobre instituições. A coletânea feita por estes autores dará ao conteúdo deste trabalho a legitimidade de se estudar fatos que possuem referência histórica, e não somente ideias. O Método Comparativo será utilizado primariamente para as ponderações e apontamentos das diferenças essenciais que existem entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos.Por fim, o método funcional é essencial para apresentar a instituição como um corpo. Através deste modelo, este trabalho se disporá a destrinchar as instituições, para que fiquem claras as suas funções e o porquê de cada uma delas ser, ou não ser vital para o bom funcionamento deste organismo.

1. A QUESTÃO ECONÔMICA E POLÍTICA

O Sistema Internacional reconheceu, após a Segunda Grande Guerra, a importância de migrar a análise de segurança como apenas as preocupações sobre as ameaças aos elementos constitutivos do Estado-nação para uma análise de segurança humana, atenta aos riscos à sustentabilidade da vida humana que necessita simultaneamente sobrevivência (*freedom from fear*), dignidade (*freedom from shame*), desenvolvimento (*freedom from want*) e sustentabilidade (*freedom from vulnerability*) (KHAGRAM et al., 2003). Muitas novas análises puderam ser tecidas após essa mudança de mentalidade.

A tentativa de produzir uma teoria que identifique as causas e a funcionalidade do fenômeno do desenvolvimento socioeconômico, mostra-se necessária ante ao desconforto gerado pelo assunto. No caso da teoria do desenvolvimento econômico podemos tentar extrair como referência de definição as lições de Celso Furtado, que afirma que ela

> [...] trata de explicar, numa perspectiva macroeconômica, as causas e o mecanismo do aumento persistente da produtividade do fator trabalho e suas repercussões na organização da produção e na forma como se distribui e utiliza o produto social. (FURTADO, 1961, p. 19).

Com isso, pode ser dito que o desenvolvimento ocorre, em termos econômicos, quando há aumento de renda real, ou seja, elevação da quantidade de bens e serviços disponíveis em determinado período de tempo à uma também determinada coletividade. Fica claro que o desenvolvimento econômico é um processo histórico, donde espera-se que haja um constante aumento de produtividade ou da renda por habitante. Provavelmente ele virá acompanhado do acúmulo de capital assim como de avanços técnicos e científicos.

> O desenvolvimento econômico é assim um fenômeno histórico, de um lado relacionado com o surgimento das nações e a formação dos estados nacionais

> ou estados nação, e, de outro, com a acumulação de capital e a incorporação de progresso técnico ao trabalho e ao próprio capital, que ocorrem sob a coordenação das instituições e principalmente de mercados relativamente competitivos. O desenvolvimento é, portanto, um fenômeno relacionado com o surgimento das duas instituições fundamentais do novo sistema capitalista: o estado e os mercados. (BRESSER-PEREIRA, 2006, p.4).

Por sua vez, a ideia de desenvolvimento sustentável remonta apenas à Convenção de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (1972) e a Estratégia Mundial de Preservação (1980) (ADAMS, 2003). Ele representaria a habilidade de prover um espaço onde haja serias preocupações com as complexas relações entre as sociedades, suas economias e o meio ambiente, assim como as ligações entre o passado, o presente e o futuro.

1.1 ENTENDENDO O PROCESSO ECONÔMICO-SOCIAL

Para entender como o processo econômico afeta a evolução de uma sociedade optou-se, nesse trabalho, por ter como referência a categorização das variáveis a serem estudas segundo Douglas C. North (2010): históricas, demográficas, econômicas e culturais, mas também as relativas ao acúmulo de conhecimento, da qualidade de seus indivíduos em diversos aspectos, e ainda do conhecimento das relações do homem com a natureza e sua evolução institucional. Ele destaca ainda que um dos enfoques que define os paradigmas da sociedade moderna é a importância dada aos diversos aspectos da vida social, de modo a torná-los inteligíveis e utilizá-los em um processo retroativo de desenvolvimento.

> What is the deep underlying force driving the human endeavor - the source of the human intentionality that comes from consciousness? It is the ubiquitous effort of humans to render their environment intelligible - to reduce the uncertainties of that environment. (NORTH, 2010, p. 4)

Do estudo destes conhecimentos é possível criar teorias econômicas que conseguem de fato abranger o caráter multidisciplinar das relações de uma sociedade. Economia é uma ciência social, mas a maneira como os economistas têm construído suas pesquisas muitas vezes reflete uma preocupação com o que deveria ser ideal, deixando de lado a importância da adaptação de cada sociedade para uma ciência que se pressupõe universal. Esta negligência em reconhecer as diferenças inerentes a cada sociedade faz com que as teorias criadas sejam muitas vezes limitadas, sem conseguir abranger o contexto invariavelmente complexo e multidisciplinar que é o da existência das sociedades, e a diferença que existe entre elas. Caso os estudos na área insistam apenas com estudos de indicação de "pontos ótimos" eles serão mera descrição de uma sociedade, a ideal, quando muito, de um período histórico apenas.

1.2 CRÍTICA AO MODELO ECONÔMICO VIGENTE

Frank Knight, em seu livro "Incerteza do Risco e Lucro" (1972), afirmava que havia uma distinção clara entre incerteza e risco, sendo este mensurável e aquela suacontraparte não calculável que economistas devem evitar,tentando transformar ao máximo suas determinantes em variáveis tangíveis que poderão então ser calculadas na forma de risco.

Knight foi pioneiro e base de muitas teorias e modelos econômicos utilizados até hoje. Da maneira como havia sido articulado, formular teorias econômicas sobre a incerteza não era até então possível, segundo a interpretação de autores renomados como Kenneth Arrow (1951) e Robert Lucas (1981). Esta tendência de teóricos formularem teorias econômicas que pressupõem uma realidade ergódiga, evitando variáveis intangíveis, ou matematicamente inconvenientes, por assim dizer, para criar modelos reguladores ocorre até hoje, mesmo nas instituições de mais alto renome.

> Economists, typically, do not ask themselves about the structure that humans impose on themselves to order their environment, and therefore reduce uncertainty; nor are they typically concerned with the dynamic nature of the world in which we live, which continues to produce novel problems to be solved. (NORTH, 2010, p. 13-14)

Como será visto mais adiante, as instituições são instrumentos criados para regular a sociedade através da criação de regras. Tento essa afirmação como verdade, tais regras devem ser seguidas pelos indivíduos e, por isso, pode-se dizer que as pessoas que participam ativamente de sua gênese de seu desenvolvimento, como empreendedores econômicos e políticos, estão regulando também suas próprias ações, ao desenvolverem estas instituições. "They will have as their source the underlying beliefs of those organizational entrepreneurs (political, social, and economic) [...]"(NORTH, 2010, p. 126).

Portanto, de onde vem a garantia de que o que está sendo feito irá de fato agregar valor ou eficiência à sociedade? As instituições, criadas por pessoas, estão tecnicamente sujeitas às mesmas limitações destas pessoas. Este é um dos principais pontos em que a teoria econômica ortodoxa difere da realidade ao lidar com aspectos fáticos da vida dos indivíduos: Uma teoria, para criar instrumentos de regulação da vida dos indivíduos deve sempre considerar as limitações destes indivíduos no contexto que vivem.

> And indeed, some of the "simplifying" assumptions of economic theory - such as perfect information; zero transaction and enforcement costs; and automatic instantaneous and veridical updating of beliefs - undercut its ability to explain, for example, why Canada is fabulously wealthy while Zimbabwe is not. (WILKINSON, 2005, p. 173, tradução nossa)

Por esta razão ao longo da história da humanidade, e principalmente em seus últimos séculos, com o *boom* econômico vivido pelos países, foi sendo agregada a noção de desenvolvimento humano ao desenvolvimento econômico. A humanidade começou a perceber a importância de se agregar valor ao indivíduo, através da educação, saúde, especialização de mão de obra, chegando até a incorporar felicidade à lista de fatores responsáveis pelo desenvolvimento individual dos membros de uma sociedade.

Estudos na área da psicologia apontam para os efeitos da pobreza sobre as escolhas dos indivíduos dentro de uma sociedade classificada como pobre.

> People living in poverty, especially in developing countries, have repeatedly been found to be more risk averse and more likely to discount future payoffs than wealthier individuals. For example, discount rates of poor U.S. households are substantially higher than those of rich households; likewise, studies of Ethiopian farm households and a South Indian sample find that lower wealth predicts substantially higher (behaviorally measured) discount rates. Wealthier households

> or those with higher annual incomes also display lower levels of risk aversion in representative samples [...] the potential reverse causality problem—that low risk aversion may on average lead to higher incomes or wealth—is tackled by using windfall gains as an instrumental variable.(HAUSHOFER e FEHR, 2014, p. 862)

Naturalmente, sociedades mais desenvolvidas possuem mais instrumentos e capacidades para aplicar e reconhecer o valor destas variáveis. O processo de institucionalização favorece a difusão dos valores que geram melhores benefícios e contribuem para as transformações consideradas positivas na sociedade.

> At the institutional level, recent meta-analyses of school-based interventions targeting social-emotional learning processes and delivered by teachers in elementary, middle, and high schools clearly document their positive impact on low-income children's social-behavioral problems and psychological distress [...] (BEARDSLEE et al 2012. p. 277)

Alguns padrões fixados nos Estados Desenvolvidos chegam, inclusive, a tornar-se mandatórias para regular as práticas comerciais entre os países, como por exemplo é o caso das normas trabalhistas impostas sobre a China para sua entrada na OMC.

1.3 A IMPORTÂNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL

O Direito Internacional é um dos instrumentos mais importantes para que haja transbordamento de conhecimentos técnicos entre diferentes Estados e, por consequência, as diferentes nações. Em um mundo onde existem grandes diferenças socioeconômicas entre os países, podendo um país ser mais de 10.000 vezes mais rico que outros, este transbordamento pode ser considerado um instrumento vital para a aceleração do crescimento dos países subdesenvolvidos. Uma das tendências evolutivas do Direito Internacional segundo Jorge Miranda (2012) é a funcionalização.

> Primeiro porque o Direito Internacional passa a extravasar cada vez mais o âmbito das meras relações externas entre os Estados e penetra, cada vez mais, em quaisquer matérias relativas tanto ao Direito interno como ao próprio contexto das relações internacionais. [...]. Em segundo lugar, essa funcionalização acompanha a criação de organismos internacionais capazes de permitir essa solução, uma espécie de ministérios internacionais que fazem o complemento dos ministérios nacionais. (MAZZUOLI, 2013, p.68-69).

Por esta razão podemos afirmar que o transbordamento de conhecimentos técnicos, tão importante para o desenvolvimento da institucionalização, encontra no Direito uma de suas principais formas de codificação, especialmente pelo caráter técnico/formal que se espera das ciências jurídicas mesmo em países de alto contexto, ou seja, países com alta taxa de informalidade das relações sociais. A codificação de teorias e fatos científicos é um dos aspectos mais importantes do desenvolvimento intelectual criado pelo homem. Estas codificações nos permitem avançar sobre o conhecimento acumulado adquirido no passado, o que é repassado para as instituições, para que elas "obriguem" os seres humanos a viver sobre este conhecimento adquirido.

> The institutional structure reflects the accumulated beliefs of the society over time, and change in the institutional framework is usually an incremental process reflecting the constraints that the past imposes on the present and the future. (NORTH, 2010, p.48-49, tradução nossa)

Como o conhecimento humano e o modo como são fabricadas as teorias científicas são, na maioria das vezes, cumulativas, pode-se dizer que o Direito Internacional possuium conjunto extremamente refinado de ideais universalmente aceitos, sendo de alguma maneira funcionais para a raça humana.Em especial pelo caráter voluntarista desse direito, que é majoritariamente criado por acordos livres entre os Estados e nações que assim desejarem. É criado também a partir de um debate amplo sobre o tema antes que o texto de um tratado seja formalmente adotado e assinado.

Se houve existem teorias econômicas vigentes que muitas vezes se encontram restritas a uma determinada sociedade, grupo ou período de tempo, poderiam estas se valer dos elementos e características do Direito Internacional, que, ao respeitar as diferenças fundamentais que existem entre as sociedades, se focam nos aspectos universais, inerentes à condição humana. Já foi exposto que as teorias econômicas que possam ambicionar produção de lei em sua área de saber, conhecimento universalizante, deveriam conter em sua formulação o debate entre pessoas oriundas de diversos *backgrounds* ou então fazer análise comparativa entre diversos mercados nacionais antes de produzir qualquer conclusão que alegasse essa universalidade.

Na área do direito afirma Jorge Miranda (2012) ser possível uma ampliação do Direito Internacional que não implicasse necessariamente na perda de qualidade de conteúdo."Será de presumir que o Direito Internacional virá a evoluir rumo ao reforço dos elementos de institucionalização, ainda que sem desaparecerem muitas das suas características tradicionais." (MIRANDA, 2012, p. 32).

Para destacar os efeitos do desenvolvimento institucional, serão estudados, no capítulo seguinte, os efeitos práticos que as instituições podem surtir nos diversos estratos da vida social, desde as mais formais, ligadas às estruturas oficiais presentes para regular a vida dos indivíduos, até as camadas mais "plácidas" da vida social, como por exemplo a vida cotidiana dos próprios indivíduos, seus modos de produção, cultura, economia, até mesmo suas vidas pessoais *etc*.

1.4 A NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

A Nova Economia Institucional (NEI) é uma escola de interpretação das relações econômicas e sociais que tem sua origem em dois artigos criados por Ronald Coase: "*The Nature of the Firm*" (1937) e "O Problema do Custo Social" (2009). Sem regras padronizadas, cuja característica principal é a consideração por produção de critérios e quadros metodológicos que integrem tanto eficiência, quanto distribuição e externalidades. ANEI busca abranger aspectos tangentes às características mais amplas das relações econômico-sociais, podendo ser extremamente relevante na análise de economias periféricas, devido à preocupação com os aspectos causais não isolados que compõem a vida econômica de cada região, país ou bloco. É dizer, diferentemente do modelo clássico de produção de teorias econômicas, a NEI não se limita a isolar possíveis quadros relevantes em relação à realidade existencial das regiões foco de seus estudos.

Atualmente seu maior expoente é Douglass North, e o tema principal de seusestudos consiste em apresentar relações coerentes entre instituições e sociedades. Os estudiosos que fazem pesquisas sob os parâmetros estabelecidos pela NEI seguem, em

sua maioria, os estudos de North (2010) sobre a complexidade das relações sociais, que é necessariamente permeada e demarcada pela existência e desenvolvimento de suas instituições. Basicamente, instituições funcionam como "a regra do jogo", consistindo tanto em regras formais legais quanto as normas informais sociais que governam o comportamento individual e estruturam interações sociais (quadros institucionais).

Como então a NEI pode ajudar os estudiosos das relações sociais a entenderem melhor o impacto das variáveis econômicas sobre as sociedades? Para poder produzir regras e normas que afetem estas sociedades, moldem instituições e finalmente alterem o comportamento dos indivíduos para o que o criador de políticas considera adequado, é preciso entender os incentivos por trás do comportamento humano, tanto no referente aos seus valores prévios, quanto da possibilidade da aceitação de novas normas a reger seu comportamento.

Para tanto é necessário explorar a mente humana de maneira muito mais profunda, para entender como o indivíduo interage de fato com o universo cultural que existe ao seu redor. Um dos trunfos da NEI é justamente não abrir mão destes aspectos tão essenciais, levando em consideração, em primeiro lugar, o sistema de crenças daqueles indivíduos, que permitiram que a atual conjuntura econômica fosse aceita, e como esta molda a sociedade, para prepará-la ainda para possíveis mudanças futuras.

> The new institutional economics, focusing as it does on the incentive structure humans construct, should provide a much deeper understanding than we currently possess of the complex interlinks involved in the interdependent economic, political, and social world we have constructed. Formal (neo-classical) economic theory ignores this structure and therefore is of limited value for coming to grips with these issues.(NORTH, 2010, pp. 83-84)

Outro aspecto importante da NEI é a capacidade inerente de sua premissa não ergódiga de estar sempre disposta a resolver novos problemas e traçar novos perfis constantemente, para poder resolver novos problemas que virão a surgir. Levando em conta a natureza não linear e o contínuo desenvolvimento e aumento da complexidade das interações humanas, assim como sua interdependência, sempre presente desde o advento das primeiras formas de economia.

A NEI tem como uma de suas teses centrais, a premissa de que existe uma corrente constante de problemas a serem resolvidos, pois, na medida que as sociedades resolvem problemas, novos problemas deverão surgir, ou se tornar a nova prioridade dos criadores de políticas, e é desta forma que a natureza humana retroalimenta seu próprio desenvolvimento. A NEI é então, por seu caráter abrangente, um instrumento ideal para pesquisadores que desejam compreender o sistema econômico-político como algo derivado das relações humanas, suas construções e interesses que pode, portanto, analisar de maneira mais profunda a possibilidade de desenvolvimento dos indivíduos e suas sociedades.

2. APONTAMENTOS SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO

As ideias construídas nesse trabalho partem do estudo das instituições. Diversos ramos da ciência debruçaram-se com esforços em definir instituição. Os estudos que no passado ficaram fechados em cada ramo da ciência ou em cada departamento tem

migrado para equipes multidisciplinares das ciências sociais. Algum destaque pode ser dado ao que ocorre nas universidades dos Estados Unidos da América (EUA), onde esse tipo de equipe tem produzindo um debate amplo entre cientistas políticos e economistas. Desses debates, seleciona-se como exemplo as ideias sintetizadas nas palavras de Hodson (2003)

> Institutions are durable systems of established and embedded social rules that structure social interactions. Language, Money, systems of weights and measures, table manners, firms (and other organizations) are all institutions. In part, the durability of institutions stems from the fact that they can usefully create stable expectations of the behavior of others. Generally institutions enable ordered thought, expectation and action, my imposing form and consistency on human activities. They depend upon the thoughts and activities of individuals but are not reducible to them.(HODSON, 2003)

Tal concepção das instituições pode ser chamada de *lato sensu*. Nas Relações Internacionais, assim como no Direito Internacional, vive-se uma tendência à objetivação (MIRANDA 2012, p. 32). Isso significa que as instituições tendem a ser construídas em torno de temáticas, criando aquilo que chamamos de regimes impositivos globais. Regimes seriam acordos multilaterais entre Estados que visam regular a ação nacional em determinado tema.Regimes definiriam o raio de ação admissível ao Estado por delinear injunções explícitas. (YOUNG, 2013, p. 55)

Tendo isso sido posto outras perguntas podem ser feitas e respondidas.

2.1 COMO FUNCIONA O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO

A manutenção da ordem sobre longos períodos de tempo depende da existência de instituições impessoais, que sejam capazes de regular e constranger os movimentos dos jogadores, de modo a limitar e aprimorar o processo de criação de novas normas e políticas. Essas mesmas regras também possibilitam o rápido estabelecimento de conjuntos normas que permitem que as sociedades se mantenham organizadas. Sociedades que se destacaram em sua história de institucionalização, como por exemplo, a americana, devem muito ao modo como este processo foi feito, levando em conta as necessidades do povo americano, e o respeito a como estas necessidades foram mudando e se adaptando ao longo do tempo.

Novos grupos de interesse foram surgindo durante as drásticas mudanças ocorridas no território dos EUA desde o momento de sua independência da Inglaterra, e os governos subsequentes naquele território tiveram um papel fundamental em adaptar o país ao novo status de suas classes sociais. Tendo feito seu trabalho de maneira eficiente, o país conseguiu então maximizar seus benefícios e se manter sempre à frente da curva econômica, com um sólido alicerce político e normativo, moldado exclusivamente para a sociedade americana.

> Over the past three-and-a-half centuries the United States (as it now is) has maintained a system of order with economic change including rapid recovery from a revolution gaining independence from England and from one of the most devastating civil wars in history. Moreover, the economic growth that has occurred over this period has radically altered the incomes and status of groups in the society. (NORTH, 2010, p.107)

North (1990) apresenta o conceito de "eficiência adaptativa" para justificar a capacidade de alguns criadores de política, de perceber os problemas pertinentes às características particulares de uma sociedade, para então formular soluções de problemas que sejam adequados para aquela realidade específica. Trata-se de um processo retroativo de reciclagem de cultura, que não necessariamente muda as particularidades de uma sociedade, mas sim trabalha seus problemas existentes dentro dos moldes que tenham sido determinados aos parâmetros de seus grupos sociais, com respeito à sua cultura e seus indivíduos. Para tanto, é necessário que a população, isto é, os indivíduos daquela sociedade, sigam algumas proposições que permitam que eles não sintam que seus direitos ou suas crenças estejam sendo violados quando da mudança institucional nas sociedades.

Na mesma obra o autor delimita quatro destas proposições: i) primeiro que a governança de qualquer sociedade há de ser legítima, e que as crenças dos indivíduos devem impor limites sobre as autoridades políticas, ou seja, os indivíduos não querem, e não acreditam em ser explorados, logo, as normas criadas pelo sistema político devem ser auto restritivas, para que não haja exploração por parte destas autoridades sobre as pessoas que confiam as capacidades destas autoridades à elas; ii)segundo, que constituições bem sucedidas devem ter codificados os direitos civis, limitando a autoridade da governança sobre os indivíduos da maneira como estes considerem adequado; iii)a terceira proposição destaca que direitos pessoais e de propriedade devem ser muito bem delimitados, para que não haja dúvidas que estes direitos não estejam sendo transgredidos; iv)por último que o Estado, por todas as normas que deve seguir, deve aos indivíduos a credibilidade do comprometimento de que irá cumprir e respeitar estas regras, provendo proteção aos indivíduos contra possíveis oportunismos e expropriações por autoridades públicas (NORTH, 2010)

Então, como a institucionalização se encaixa na criação destas proposições e como é ela que faz com que estas regras sejam aplicadas na sociedade? A própria existência da instituição é tanto a fonte quanto o resultado da vontade dos indivíduos de seguir regras. A instituição é a manifestação formal da vontade da sociedade, intercalada com a ordem subjacente que a faz funcionar. A Constituição de um Estado, por exemplo, é uma instituição que regula a ação tanto das autoridades políticas quanto dos indivíduos. A existência de um conjunto de normas deterrentes do comportamento das autoridades formam uma regra formal, baseada no desejo informal dos indivíduos de ter seus direitos respeitados, como membros participantes de uma sociedade, a todo momento. A vontade da sociedade cria instituições informais, que se traduzem, ainda que subjetivamente, nas instituições formais e codificadas, para regular o comportamento da sociedade, na busca pelo autodesenvolvimento, sempre presente na natureza humana.

2.2 O EXEMPLO DOS PAÍSES DESENVOLVIDOS

Quando existe consistência entre o quadro institucional de uma sociedade e a vontade dos indivíduos participantes, e quando estes indivíduos compreendem o ambiente em que vivem, é possível criar um caminho para que aquele grupo possa, ao longo do tempo, direcionar sua própria estrutura, através de suas instituições, para o caminho e o destino desejados. Segundo North (2010), o mundo ocidental

desenvolvido, que é a referência que caracteriza as economias desenvolvidas de hoje em dia, possui uma miríade de exemplos de sucesso em determinar o que é melhor para as pessoas que fazem parte daquele grupo, além de uma ampla história que pode ser estudada para que estas experiências possam ser reaproveitadas por outros países ou grupos interessados. O conforto, saúde, economia e produtividade vividos hoje pelos membros destes países são excelentes exemplos de como a congruência entre os interesses dos indivíduos e a resultante institucional podem gerar benefícios para os seres humanos, e como estes benefícios podem crescer de forma exponencial, especialmente se tomarmos como referência as mudanças ocorridas nos últimos 300 anos.

> The Western world evolved from a single world of personal exchange to the complex interdependent world that characterizes the developed economies today. Economic historians have typically described it in terms of growth in the size of markets until today we glibly talk about a global economy. (NORTH, 2010, p.120)

Porém, de onde vem o impulso do mundo desenvolvido ocidental que permitiu que ele se destacasse em relação a suas contrapartes? Em seu livro "A Ética protestante e o Espírito do Capitalismo" (1958), Max Weber destaca a importância da passagem da ética trabalhista vigente para a incorporada no Protestantismo, especialmente no Calvinismo, cujos valores de austeridade, incentivo ao trabalho e acúmulo de recursos, entre outros valores relacionados à performance econômica do indivíduo permitiram e facilitaram o advento do capitalismo como o novo modelo econômico. North (2010) afirma que o estudo causal da relação entre cultura, valores e crescimento econômico é de fato um estudo interessante, no sentido que é possível criar associações históricas entre os referidos momentos de interesse, quando estes se caracterizaram por mudanças no *status quo* do "estado social" destas sociedades. No entanto, quando tratamos de sociedades que teoricamente deveriam pertencer ao mesmo universo - notadamente países vizinhos do mundo ocidental desenvolvido - surge o debate da comparação entre diferentes sociedades, em se tratando de aspectos em que algumas delas prosperaram onde outras não conseguiram.

A comparação entre os países da Europa Ocidental, segundo North (2010), nos leva a acreditar que governos e economias altamente centralizados teriam falhado onde governos com economias descentralizadas proveriam melhores oportunidades para o crescimento econômico, porém, a comparação entre estes dois modelos recai inevitavelmente nos vícios intangíveis da probabilidade dos fatos sociais: Se governos e economias descentralizadas têm maior probabilidade de ser bem-sucedidas, isso significa que sempre serão? O autor argumenta que provavelmente, mas não necessariamente: a chave para resolver este dilema está na variedade de possibilidades produzidas quando o paradigma econômico é o de risco e variação. Em um universo onde há um grande número de tentativas de diversos indivíduos que estão tentando criar modelos econômicos bem-sucedidos, há uma alta chance que isto ocorra, e além do mais, mesmo as experiências falhas têm algo a acrescentar: Experiências relativamente falhas acrescentam algo ao rol de conhecimento de uma determinada cultura, e permitem, subsequentemente, o aumento da probabilidade de sucesso futuro.

> The last point deserves special emphasis. It was the dynamic consequences of the competition among fragmented political bodies that resulted in an especially creative environment. Europe was politically fragmented; but it had both a common

> belief structure derived from Christendom and information and transportation connections that resulted in scientific, technological, and artistic developments in one part spreading rapidly throughout Europe. (NORTH, 2010, p.138)

Para ilustrar seu exemplo, o autor destaca o sucesso econômico vivido especialmente pela Inglaterra e pelos Países Baixos, mas não deixa de considerar que outros Estados não tão bem-sucedidos também tiveram contribuições importantes, que viriam inclusive a determinar o tom do que viriam a ser os avanços tecnológicos dos séculos seguintes

> Italian city states, Portugal, and Germanic states all fell behind the Netherlands and England; but banking, artistic development, improvements in navigation, and printing were just a few of the obvious contributions that the former states made to European advancement. (NORTH, 2010, p.139-140)

Max Weber (1958) já chamava atenção para o espírito capitalista norte-americano, desde antes do séc. XX, e como parte deste espírito se manifestava justamente pela tentativa, pela vontade de crescer que impulsionava o povo americano a tentar coisas novas e aprender com os frutos de suas inovações, fossem eles bem sucedidos ou não: "That it is the spirit of capitalism which here speaks in characteristic fashion, no one will doubt, however little we may wish to claim that everything which could be understood as pertaining to that spirit is contained in it." (WEBER, Max, 1958, p.20).

2.3 AS BARREIRAS SOCIOCULTURAIS

O que diferencia a realidade econômica vivida pelos países desenvolvidos, e daqueles considerados subdesenvolvidos, ou de terceiro mundo? Se existe alguma diferença relacionada à dificuldade de criação de modelos econômicos, depois que estes modelos foram de fato criados, aceitos e incorporados nos países desenvolvidos - e estes pagaram um alto custo para obtê-los – onde está então a dificuldade dos países subdesenvolvidos de simplesmente incorporar estes modelos? Por que não utilizar uma estratégia de "late mover" para auferir todos os benefícios de um modelo bem-sucedido sem ter que pagar os custos iniciais? Segundo North (2010), mesmo quando existe a possibilidade de se entender um modelo econômico adotado em um país diferente, sua incorporação é um processo muito mais complicado, e depende de fatores muito mais amplos.

Em especial North (2010) chama atenção para a inter-relação que existe entre demografia, estoque de conhecimento dos indivíduos e as instituições ligadas à cultura destas sociedades, todos estes considerados como elementos criados ao longo de sua história, e responsáveis pelo que a sociedade é, a qualquer momento de sua existência: "[...] although the long shadow of the past plays an important role in influencing the present[...]" (NORTH, 2010, p. 95-96).

Na realidade, poderia ser argumentado que ao longo da história o padrão de vida das populações ao redor do mundo se manteve relativamente homogêneo por milênios - se comparado com os padrões atuais - tendo a grande discrepância entre os mundos desenvolvido e subdesenvolvido vista na era contemporânea somente se tornado evidente do séc. XX em diante. Economistas têm tentado explicar, desde o

advento da percepção do contraste destes dois mundos, o porquê de as economias em desenvolvimento continuarem falhando onde as economias desenvolvidas prosperaram, apesar do *know-how* que teoricamente já deveria ter alcançado aqueles Estados, e iniciado um processo de desenvolvimento pelo menos semelhante ao de suas contrapartes desenvolvidas.

North (2010) destaca a importância dos fatores culturais, e da capacidade dos indivíduos destes países de incorporarem valores capitalistas, quando suas próprias crenças e valores são muitas vezes contraditórios às intenções do modelo capitalista. Ou seja, apesar da melhor intenção das lideranças econômicas e políticas destes países, ou daqueles indivíduos que possuem uma cultura própria que seria capaz de incorporar estes valores, o quadro institucional destes países será necessariamente um que refletirá todo o conjunto de valores da população, visto que ele é um reflexo dela própria e de seus interesses.

2.3.1 A dificuldade dos países em desenvolvimento

Se já existem teorias econômicas capazes de explicar os modelos mais eficientes de economia, suas normas e costumes, pontos fracos e fortes, por que então, são encontradas tantas dificuldades ao se tentar desenvolver esta mesma cultura econômica em países de terceiro mundo? Por que estes países falham onde teoricamente não deveriam falhar, criam novas regras e leis que os prejudicariam ainda mais, como protecionismos mal aplicados, políticas de alto custo no longo prazo etc.? Onde está a dificuldade destes países de seguirem à risca os modelos dos países que já se desenvolveram, os países que já provaram que sua cultura econômica foi e continua de fato sendo bem-sucedida?

Novamente toma-se referência a concepção de North (2010), que expõe que toda a atividade humana organizada ocasiona uma estrutura para delimitar "as regras do jogo" e que: "That structure is made of institutions-formal rules, informal norms and their enforcement characteristics." (NORTH, 2010, p.48). A dificuldade dos países subdesenvolvidos se encontra muitas vezes não só nas suas instituições formais, como por exemplo, as leis do país relacionadas à ética trabalhista e profissional, mas nos outros dois aspectos de sua estrutura, como as normas informais, muito mais relacionadas à relação entre particulares, e à aplicabilidade das normas formais, especialmente onde esta encontra dificuldades. É dizer, segundo a caracterização de North (2010),o mercado de um país subdesenvolvido que possui sérias dificuldades de encontrar profissionais com uma ética profissional e capacidade de produção semelhanteà de trabalhadores de países desenvolvidos não conseguirá fazê-lo somente mudando suas normas formais.

> While the formal rules a society puts in place will reflect this heritage, the informal constraints embodied in norms of behavior, conventions, and self-imposed codes of conduct are the most important "carrier" of the artifactual structure. Formal rules can be changed overnight (by a revolution for example); informal constraints change much more slowly and play a critical role in the evolution of polities. (NORTH, 2010, p. 51)

Normas informais serão, portanto, essenciais para determinar o comportamento dos indivíduos de uma sociedade, e consequentemente refletirão dados importantes

sobre sua postura política e econômica.O desenvolvimento do processo institucional de um país está muitas vezes ligado à possibilidade de se estudar e tentar trabalhar sobre as falhas inerentes a seus modelos econômicos e políticos, e por esta razão, o mapeamento do desenvolvimento de países de terceiro mundo se torna ainda mais complexo, não só pela ineficiência de suas normas formais, mas também pelo impacto causado pela deficiência informal que caracteriza o comportamento de seus indivíduos."It is more difficult to model the political process in third world countries where corruption, bribery, and Mafia-like extortion tend to be the order of the day."(NORTH, 2010. pp. 55-56).

Portanto, a dificuldade dos países subdesenvolvidos se encontra justamente em seus valores culturais, que muitas vezes se colocam como barreiras entre a realidade atual e a busca pelo desenvolvimento socioeconômico. Adaptação de cultura é um processo que leva muitos anos, e é essencial para a incorporação de novos valores. Não é só porque um determinado *mindset* social – como por exemplo o dos países desenvolvidos - é mais produtivo, que os países subdesenvolvidos conseguirão aplicar seus paradigmas simplesmente através da imposição de normas formais. É necessário que haja uma preparação gradual da cultura dos indivíduos para que esta se torne compatível com novos modelos pré-determinados, e os governos devem ter isso em mente ao tentar formular novas políticas econômicas, ou dificilmente conseguirão atingir os resultados desejados em tempo hábil.

A conclusão que podemos tirar é que o modelo econômico atual dos países desenvolvidos, por mais atraente que possa parecer superficialmente, é de alguma forma incompatível com estas culturas, exigindo que haja adaptação de um ou de outro para que possa haver uma conexão adequada entre eles. Organizações Internacionais como a OMC tentam agir como elemento de catalisação destes elementos de culturas e economias, porém, enquanto estas adaptações não ocorrerem de fato, modelos econômicos desenvolvidos e culturas econômicas subdesenvolvidas se manterão incompatíveis, fadados a gerar sempre novos problemas, ignorando assim o benefício de se cortar os ônus de transação cultural pelo qual já passaram os países desenvolvidos.

> The inability of the third world to exploit the promise of modern technology is in startling contrast to the developed world and reflects an institutional framework and underlying beliefs that prevent the development of impersonal exchange and the consequent productivity developments. (NORTH, 2010, pp. 93-94)

O estudo das transformações dos mercados nacionais, das sociedades nacionais e das escolhas dos Estados a partir das instituições no cenário internacional é melhor explicado por teorias de Relações Internacionais.

3. AS RELAÇÔES INTERNACIONAIS

Como toda teoria é uma visão resumida a respeito de um objeto específico de estudo, a de Relações Internacionais toma para si a responsabilidade de analisar os principais fenômenos do ambiente de interdependência entre os Estados-nações fazendo o devido recorte de quais variáveis merecem maior atenção. O debate inicial dessa área focounas variáveis consideradas como as responsáveis pela guerra e pela paz. Entretanto, esse tipo de estudo foi substituído por outras análises que passaram

também a considerar variáveis de outros atores e de áreas que não somente o planejamento estratégico da guerra ou acordos de paz.

3.1 O CONSTRUTIVISMO

Como o tópico principal deste trabalho não é puramente teoria econômica, mas sim como e por que são criadas as instituições, e o efeito destas para o desenvolvimento dos Estados e sociedades, será reiterada a importância da moldura social para o desenvolvimento destas instituições. O modelo construtivista será utilizado como parâmetro e como crítica ao caráter técnico muitas vezes presumido pelas teorias racionalistas sobre os incentivos humanos, sendo estes utilizados para criar normas e instituições usadas para regular e constranger sua própria conduta. Em última instância, o Construtivismo será usado como instrumento de legitimação da importância das relações sociais e culturais para a criação destas instituições.

> Constructivism is not a theory, but rather an ontology. A set of assumptions about the world and human motivation and agency. Its counterpart is not Realism, Institutionalism, or Liberalism, but rather Rationalism. By challenging the rationalist framework that undergirds many theories of international relations, Constructivists create constructivist alternatives in each of these families of theories. (SLAUGHTER, 2011, p. 19)

O construtivismo, alicerçado na premissa que o universo social construído pelos indivíduos é um reflexo de suas ideias, crenças e valores, deseja enfatizar os aspectos intersubjetivos das relações humanas. Ao determinar a estrutura como um elemento causal, os Construtivistas se separam da classificação de estrutura como algo material, como é colocado pelos racionalistas. Isto significa que ao invés de tentar isolar elementos estruturais nos modelos criados pelos indivíduos, os Construtivistas enfatizam seu caráter retroativo, em que o que define os indivíduos também define suas estruturas, e não só isso: assim como ideais considerados falhos ou insuficientes podem ser mudados no contexto social, também a estrutura pode ser modificada, e assim o será, ao acompanhar a mudança de valores dos próprios indivíduos.

> [...] ideational structures and actors ('agents') co-constitute and co-determine each other. Structures constitute actors in terms of their interests and identities, but structures are also produced, reproduced, and altered by the discursive practices of agents. This element allows constructivists to challenge the determinacy of neorealism. Structures are not reified objects that actors can do nothing about, but to which they must respond. (COPELAND, 2006, p. 29-30)

Segundo Copeland (2006), é crucial que haja o reconhecimento que a realidade e a estrutura dos atores a qualquer momento é não só contingente, como historicamente construída. O Construtivismo não perde ou não desconsidera, devido a seu caráter ideacional, o elemento causal das estruturas sociais, ao contrário, reitera que se a construção humana a qualquer momento é o reflexo de ação e causalidade, estas serão também necessárias para exercer qualquer tipo de mudança no *status quo* social, ou seja, qualquer alteração da estrutura. O autor prossegue afirmando que, embora exista uma grande dificuldade de se alterar fragmentos da estrutura que estejam fortemente enraizadas, estas alterações são possíveis, ainda que vagarosamente, através de atos de vontade, e com a mobilização social adequada.

> The neorealist presumption that there are universal laws of international politics that work across space and time, driven by the given reality of structure, must therefore be discarded or at least highly qualified. (COPELAND, 2006, p. 29-30)

O Construtivismo em sua forma contemporânea, especialmente baseada nas contribuições de Alexander Wendt (1995), se encaixa muito bem na base da construção institucional deste trabalho. Embora a teoria receba críticas, especialmente em seu embate com os neorrealistas, estas estão principalmente focadas nos aspectos relacionados à segurança, e sobre a possibilidade de beligerância de outros Estados. Porém, sua contribuição para o melhor entendimento da criação institucional - que é o foco deste trabalho - como um reflexo do comportamento social, é muito bem vista no meio acadêmico, até mesmo por autores críticos de seu modelo construtivista como Andreas Behnke (1998), Maja Zehfuss (2001), Brian Campbell (1998) e outros.

Embora o Construtivismo possua uma base argumentativa forte, altamente reconhecida dentre as teorias de relações internacionais, e capaz de explicar o modelo de construção da estrutura que interessa esta pesquisa, fica faltando a conexão desta estrutura com a criação de instituições que instigarão o desenvolvimento econômico e social de economias domésticas e internacionais. Por não ser um dos tópicos principais da discussão construtivista, a responsabilidade de catalisar estes dois temas recairá, portanto, sobre a PEI, apresentada mais adiante. Por agora, é necessário destacar pontos sobre a institucionalização na área temática em análise.

3.2 A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC)

Organizações Internacionais como a OMC, voltadas para o desenvolvimento mútuo dos Estados, são de extrema importância no novo paradigma das relações internacionais, destacando não somente a grande diferença estrutural que existe entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos, como também mostrando a importância da presença destes, se aqueles desejam formar um modelo internacional de comércio integrado.

> The WTO agreements are lengthy and complex because they are legal texts covering a wide range of activities. But a number of simple, fundamental principles run throughout all of these documents. These principles are the foundation of the multilateral trading system.
>
> Non-discrimination - A country should not discriminate between its trading partners and it should not discriminate between its own and foreign products, services or nationals.
>
> More open - Lowering trade barriers is one of the most obvious ways of encouraging trade [...]
>
> Predictable and transparent – [...] With stability and predictability, investment is encouraged, jobs are created and consumers can fully enjoy the benefits of competition — choice and lower prices.
>
> More competitive - Discouraging 'unfair' practices, such as export subsidies and dumping products at below cost to gain market share [...]
>
> More beneficial for less developed countries - Giving them more time to adjust, greater flexibility and special privileges; over three-quarters of WTO members are developing countries and countries in transition to market economies. The WTO agreements give them transition periods to adjust to the more unfamiliar and, perhaps, difficult WTO provisions.

> Protect the environment - The WTO's agreements permit members to take measures to protect not only the environment but also public health, animal health and plant health [...](WTO, ?,)

Experiências passadas nesta organização provaram que, sem a participação efetiva dos países de terceiro mundo, além do atendimento de suas preocupações e interesses, os países desenvolvidos não conseguiriam impor padrões comerciais mundiais, visto que não poderiam perpassar os direitos de outro Estado soberano, e ao mesmo tempo manter a legitimidade de suas instituições.

Michalopoulos (1999) argumenta que, sem a participação efetiva dos países subdesenvolvidos na Rodada Uruguai, o GATT não conseguiria estender as proposições de seu tratado para a OMC, a maior organização mundial relacionada ao comércio internacional, fosse formada

> Beginning with the Uruguay Round, developing countries' attitude towards participation in the GATT and, subsequently, in the WTO changed significantly: Many developing countries played a very active role in the Uruguay Round negotiations; and a large number decided to become members of WTO. (MICHALOPOULOS, 1999, p. 117)

Não só a formação da OMC se tornou possível pela participação dos países de terceiro mundo, mas os efeitos positivos gerados pela instituição das premissas da OMC foram de fato importantes para o desenvolvimento do mercado coletivo mundial. Ao passo que países desenvolvidos obtiveram novas oportunidades em mercados emergentes, países subdesenvolvidos foram instigados a melhorar suas estruturas comerciais de maneira inédita, houve redução mútua de protecionismos e promoção de desenvolvimento econômico e social.

> This attitude change reflects a number of complex and inter-related developments: developing countries, in general, have become more effectively integrated in the international trading system, and several have become major exporters of manufactures. Trade policies in many countries have been liberalised, favoring an outward orientation and lower protection. (MICHALOPOULOS, 1999, p. 117)

Um dos efeitos mais impactantes da OMC foi a contribuição que ela teve para a mudança do paradigma econômico da China, que já era uma economia pujante, mas que, interessada em expandir seu mercado externo e se integrar comercialmente com outros países, visando seu próprio desenvolvimento doméstico, alterou diversas de suas normas de comércio internas para poder participar da OMC. O caso da China serve como exemplo empírico da importância destas instituições internacionais, e como elas podem alterar o padrão normativo dos Estados, servindo como catalisador para que estes percebam interesses em comum, mesmo nos casos onde o elemento cultural, por si só, pudesse ser uma barreira para negociações.

> The lowering of tariffs and the permission of foreign manufacturing and financial firms to enter the Chinese market more freely under the terms of WTO membership would force the state enterprises, the banking system and the institutions for foreign trade and investment to improve. (CHOW, 2004, p. 144)

Percebem-se inegáveis mudanças nas estruturas internas de um país tendo por referência padrões internacionalmente estabelecidos.

3.3 A POLÍTICA ECONÔMICA INTERNACIONAL

Para entender como um efeito causado nas economias domésticas se relaciona com as relações internacionais, é preciso delimitar quais teorias e escolas abrangem os tópicos relevantes ao desenvolvimento deste trabalho. A PEIé uma subdisciplina das ciências sociais, utilizada frequentemente para entender o transbordamento entre os campos da economia e da política, como este transbordamento se apresenta tanto na esfera doméstica quanto nas relações entre diferentes países, e será utilizada neste trabalho como referência ideológica para tentar explicar a causalidade simultânea que existe entre os fatores econômicos, políticos e sociais retratados já retratado acima. Além de prover referências teóricas de como estes estudos são realizados neste campo serão destacadas no contexto da PEI as principais dificuldades encontradas nos modelos que tentam abranger de maneira eficiente a complexidade inerente à integração douniverso causal que existe entre instituições internacionais e domésticas.

> We take the field to include all work for which international economic factors are an important cause or consequence. This ranges from the domestic politics of trade and exchange rate policy, through the politics of World Trade Organization (WTO) dispute settlements, to the impact of international flows of goods or capital on national political systems. (FRIEDEN et al, 2001, p. 118)

Para cumprir estes objetivos, a PEI cria paralelos entre a análise de economias nacionais e a análise de interações estratégicas entre os países quando estes se relacionam em temas econômicos internacionais. Estes dados são acompanhados por análises detalhadas do papel das instituições internacionais nesta inter-relação. Para explicar como estas instituições exercem seu papel, a PEI divide sua funcionalidade em duas funções gerais

> Institutions perform two general functions: aggregation and delegation. Some institutions aggregate interests in ways that affect the ability of groups to organize and the weight they will have in the political process. Other institutions delegate decision-making authority to particular actors, similarly changing the weight of various interests in the political process. (FRIEDEN e MARTIN, 2003, p. 132)

A dificuldade de integrar estas informações e formular novos modelos capazes de explicar a relação entre as camadas doméstica e internacional se encontra justamente na integração de informação simultânea sobre as relações causais entre estes dois modelos, ou seja, embora seja possível paralisar variáveis de uma destas esferas e derivar os resultados encontrados na outra, a retroatividade inerente à inter-relação das duas faz com que seja extremamente complexo analisá-las simultaneamente, considerando que mudanças aplicadas à uma se refletirão na outra, e por conseguinte retornarão à primeira. Portanto a PEI percebe a dificuldade de se criar modelos de equilíbrio que compreendem todo o sistema, em que exista uma relação de *feedback* simultâneo entre as duas esferas.

> Our ultimate goal is a simultaneous understanding of this mutual causation, recognizing feedback effects at both levels - a general equilibrium model, rather than a partial equilibrium one in which one level is held fixed while the other varies. (FRIEDEN e MARTIN, 2001, p. 120)

Por onde então começar a análise da relação entre estes dois universos, essencialmente distintos, porém interligados pela existência de instituições e modelos

socioeconômicos, muitas vezes com o mesmo único objetivo: desenvolvimento. Frieden et al (2001) argumentam que existem diferentes abordagens, especialmente relacionadas às prioridades dos fazedores de política domésticos e internacionais.

> One approach to domestic-international interaction looks directly at how the international economy affects domestic interests, institutions, and information in ways that then feedback to national policies.(FRIEDEN et al, 2001, p. 121)

Segundo os autores, oportunidades de negócios ou ampliações feitas no mercado internacional podem afetar os interesses das firmas nacionais, levando-as a alterar sua postura de negócios. Novas oportunidades de exportação podem, por exemplo, fazer com que firmas previamente protecionistas adotem uma postura liberal, e que portanto, passem a exigir da política nacional novas políticas econômicas adaptadas aos novos interesses, alterando assim o paradigma da economia nacional;a prospecção de acesso a novos mercados financeiros pode também levar firmas e setores a promover e incentivar o crescimento de mercados nacionais ou políticas monetárias que não seriam interessantes previamente.

> Again, all these involve a common causal mechanism: change in the economic environment affects the policy preferences and behavior of domestic groups, and thus has an impact on national policymaking and foreign economic policies. (FRIEDEN e MARTIN, 2001, p. 121)

Frieden et al (2001) também argumentam que a economia internacional pode afetar também as instituições domésticas, assim como as internacionais, tornando políticas previamente viáveis mais difíceis de se manter, e vice-versa. Os autores utilizam como exemplo o controle de capital nacional nos EUA, sob a premissa que é relativamente simples de se manter uma política de capital nacional quando os mercados de capital mundial estão estáveis (dormentes), que foi o que ocorreu com a economia americana até o final da década de 70. No entanto, a explosão de atividade financeira dos anos 80 e 90 fez com que se tornasse extremamente complicado para governos nacionais manter o controle de investimentos externos por conta própria.

> All these arguments share a common causal approach connecting the international and domestic levels: globalization, understood as developments in international economic integration, alters the choices available to national governments; this in turn affects national policy (and, one could continue, international outcomes). (FRIEDEN et al, 2001, p. 122)

Portanto mudanças no ambiente econômico internacional podem causar diversos efeitos em economias nacionais. Frieden et al (2001) destacam que em última instância, estas mudanças afetam as políticas nacionais por via de efeitos diretos na economia política doméstica, ao constranger instituições domésticas, alterar informações domésticas ou ao mudar políticas preferenciais e o comportamento de atores domésticos.

Outro modo de enxergar a raiz do conflito doméstico-internacional é através do modelo de Putnam (1988) do jogo de dois níveis, pelo qual os Estados, em conferência de criação de tratados internacionais, levarão em consideração os interesses de seus grupos domésticos e criarão os chamados *win-sets*, que são conjuntos de cenários que eles consideram aceitáveis em relação aos termos discutidos que serão

impostos pelo tratado internacional. Quando houver sobreposição dos *win-sets* dos Estados presentes na negociação, ou seja, quando houver um consenso de que o tratado satisfará os interesses domésticos dos Estados presentes, só então será criado o tratado internacional.

> The politics of many international negotiations can be usefully conceived as a two-level game. At the national level, domestic groups pursue their interests by pressuring the government do adopt favorable policies, and politicians seek power by constructing coalitions among those groups. At the international level, national governments seek to maximize their own ability to satisfy domestic pressures, while minimizing the adverse consequences of foreign developments. Neither of the two games can be ignored by central decision-makers, so long as their countries remain interdependent, yet sovereign. (PUTNAM, 1988, p. 434)

Portanto, através destas teorias, apresentadas no âmbito ideológico da PEI, é possível perceber que independente de qual estrato (nacional ou internacional) os cientistas, ou criadores de política possam dar prioridade ao analisar os possíveis efeitos da relação entre Estados, ambos os níveis são afetados simultaneamente, de maneira causal, quando existe interação econômica ou política entre diferentes países, porque elas estão interligadas, de maneira que os representantes dos Estados não conseguem ignorar completamente uma ou outra. Enquanto forem soberanos, não irão deliberadamente atacar ou prejudicar seu nível doméstico e enquanto forem interdependentes, terão interesse de contribuir para seus aliados, mesmo que estejam, em última instância, pensando nos benefícios auferidos à sua esfera doméstica.

A PEI é então, a última fronteira para o entendimento da conexão entre os mercados domésticos que são, em essência, o reflexo das vontades dos indivíduos de um país para com o Sistema Internacional. Se a vontade dos indivíduos é o que cria as instituições que regulam suas vidas, e se estas instituições são capazes de se relacionar com instituições de outros países, e mais ainda, instituições específicas do próprio SI, isto significa que, ainda que infimamente, as ações humanas são capazes de afetar até mesmo as estruturas mais complexas criadas pelo homem para tentar entender e manusear o mundo em que vivem. Um olhar superficial sobre o sistema pode fazer com que este pareça estar tão bem estruturado e complexo, que algo como o elemento individual possa parecer sem importância, porém, como foi discutido inúmeras vezes ao longo deste trabalho, é a vontade que sai de cada indivíduo - na forma de ação - integrada à de outros, a única coisa capaz de criar, modificar, ou até mesmo destruir as instituições tão complexas que formam o universo estrutural criado pelo homem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante tudo que foi lido a respeito do desenvolvimento fica a noção de que as instituições são a representação (formal ou informal) do comportamento dos indivíduos que servem como instrumentos do desenvolvimento humano. A criação, os objetivos e até mesmo as imperfeições das instituições são resultado do universo humano dentro de suas sociedades. Sesão os indivíduos, não só como habitante (número de pessoas) mas também seus valores, crenças e cultura que contribuirão na opção de um Estado adotar ou não um novo modelo econômico que vise produzir desenvolvimento.

Portanto, seja através de teorias econômicas, das ciências sociais ou de relações internacionais, o estudo do universo humano deve ser sempre complexo. Isolar variáveis para estudá-las separadamente não é por si só um erro, mas não se deve perder de vista que, para aplicar estas variáveis ao elemento humano, é preciso novamente agregar toda sua complexidade. Caso contrário, seja qual for a ideia, plano ou modelo, estes deixarão sempre algo importante de lado, que é justamente sua aplicabilidade, universo este onde o envolvimento das pessoas de fato importa, seja na construção ou interpretação da estrutura.

Tentou-se nesse artigo dar atenção especial para aqueles modelos que tentam agregar esta inerente complexidade do ser humano. As Teorias de Relações Internacionais têm um papel de extrema importância aqui, pois são elas, no mundo contemporâneo, o caminho para a interpretação do choque de diferentes culturas, especialmente se tratando de identidades nacionais.

O Estudo das instituições, sendo o reflexo do comportamento humano, deveria ser aplicado a todas as ciências sociais que desejam estudar este comportamento. Espero ter convencido o leitor que, por mais que existam ciências que se afirmem prontas e fechadas, a capacidade e o universo do ser humano não o são. Dessa forma também não estarão prontas a capacidade de produtores de política, administradores, empresários ou quaisquer outras profissões. Quando produzimos, em última instância, é para os seres humanos e seu desenvolvimento que estamos atuando, mesmo quando possa parecer que produzimos para apenas nós mesmos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, William Mark et al. **Green Development: environment and sustainability in the Third World**. Routledge, 2003.

ARROW, Kenneth J. **Alternative Approaches to the Theory of Choice in Risk-Taking Situations**. New York: Econometric Society, 1951, pp.404-437.

BEARDSLEE, William; ABER, John Lawrence; YOSHIKAWA, Hirokazu. The Effects of Poverty on the Mental, Emotional, and Behavioral Health of Children and Youth Implications for Prevention. **American Psychologist**. v. 67, n. 4, Maio de 2012. pp. 272-284)

BEHNKE, Andreas. Post modernising Security. **ECPR Joint Sessions, Mannheim**, pp. 26-31, 1999.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos.**O Conceito Histórico de Desenvolvimento Econômico**. 2006. Disponível em ‹http://www.bresserpereira.org.br/papers/2006/06.7-conceitohistoricodesenvolvimento.pdf›. Acesso em 28 de abril de 2017.

CAMPBELL, Brian et al. Realism versus Constructivism: Which is a More Appropriate Theory for Addressing the Nature of Science in Science Education?. **Electronic Journal of Science Education**, v. 3, n. 1, 1998.

CHOW, Gregory C. et al. Economic reform and growth in China. **ANNALS OF ECONOMICS AND FINANCE.**, v. 5, pp. 127-152, 2004.

COASE, Ronald. O problema do custo social. **The Latin American and Caribbean journal of legal studies**, v. 3, n. 1, p. 9, 2009.

____. The nature of the firm. **economica**, v. 4, n. 16, pp. 386-405, 1937.

COPELAND, Dale C. The constructivist challenge to structural realism. **Constructivism and international relations: Alexander Wendt and his critics**, v. 23, p. 1, 2006.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

FRIEDEN, Jeffry et al. International Political Economy: The state of the sub-discipline. **Manuscript, Harvard University, Cambridge, MA, Department of Government**, 2001.

HAUSHOFER, Johannes; FEHR, Ernst. On the psychology of poverty. **Science**. Especial Edition. The Science of Inequality. v. 344. Issue 6186. 23 de Maio de 2014, pp. 862-867

HODGSON, Geoffrey M.. The hidden persuaders: institutions and individuals in economic theory. **Cambridge Journal of Economics**, Edição 27, 2003, pp.159-175. Disponível em ‹‹http://www.geoffrey-hodgson.info/user/image/hiddenpersuaders.pdf››, Acesso em 21 de Março de 2017.

KHAGRAM, Sanjeev et al. 2003. "From the Environment and Human Security to Sustainable Security and Development." **Journal of Human Development** 4(2), pp. 289-313.

KNIGHT, Frank Hyneman. **Risco, incerteza e lucro**. Expressão e Cultura, 1972.

LUCAS, Robert.**Tobin and Monetarism: A Review Article**. Chicago: Journal of Economic Literature, 1981, pp.558-567.

MAZZUOLI, Valerio de O. Introdução ao Direito Internacional Público: Seção II - Gênese e Estado Atual do Direito Internacional Público. In: MAZZUOLI, Valerio de O.**Curso de Direito Internacional Público**.7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp.67-1070.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**.5ª ed. rev. e atual. Cascais: Princípia, 2012, p.32.

NORTH, Douglass C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. **International organization**, v. 42, n. 3, pp. 427-460, 1988.

SLAUGHTER, Anne-Marie. International relations, principal theories. **Max Planck encyclopedia of public international Law**, v. 129, 2011.

WEBER, Max. **The Protestant ethic and the spirit of capitalism**. Charles Scribner's Sons, 1958.

WENDT, Alexander. Constructing international politics. **International security**, v. 20, n. 1, pp. 71-81, 1995.

WILKINSON, Will.**CatoJournal: Book Reviews, vol. 25, nº. 1.**Disponível em:<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/2005/1/cj25n1-19.pdf>. Acesso em 12 de abril de 2017.

WTO. Understanding the WTO. Disponível em < https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_stand_for_e.htm>. Acesso em 13 de Abril de 2017.

YOUNG, Oran R. **Compliance & Public Authority: A Theory with International Applications**. Routledge, 2013.

ZEHFUSS, Maja. Constructivism and identity: a dangerous liaison. **European Journal of International Relations**, v. 7, n. 3, pp. 315-348, 2001.

RECEBIDO EM: 22/11/2017
APROVADO EM: 15/02/2017

 doi:10.30612/videre.v10i19.6227

PRINCÍPIOS JURÍDICOS: OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO EXPRESSÃO DE SEU ENTENDIMENTO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

PRINCIPLES: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL'S RULING AS EXPRESSION OF ITS MEASURE OF THE RULE OF LAW AND DEMOCRACY

Hugo Schayer Sabino[1]

RESUMO: O trabalho trata do conceito de princípio, da sua relação com o Estado Democrático de Direito, em expressão da liberdade, da igualdade e da legalidade e da percepção destes elementos em recentes julgados dos Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Principles – Democracy – Rule of Law – Supremo Tribunal Federal

RESUME: This paper deals with the concept of principle, its relation with Democracy and the Rule of Law as well as its consequences as liberty and equality and how those are dealt by the Brazilian Supremo Tribunal Federal.

Palavras Chaves: Princípios – Estado Democrático de Direito – Supremo Tribunal Federal

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata do conceito de princípio e das suas implicações dentro do ordenamento jurídico, na forma percebida em julgados selecionados do Supremo Tribunal Federal.

1. O CONCEITO DE PRINCÍPIO: DWORKIN E ALEXY

O conceito de princípio é tema recorrente na literatura jurídica. Muitos atribuem a sua primeira formulação a Josef Esser, na obra "*Grundsatz und Norm in der richterlichen Rechtsfortbildung*", de 1956, traduzida para o espanhol.[2]

Outra formulação de princípios muito conhecida é a da Ronald Dworkin. Ela se apresenta na obra "Levando os Direitos à Sério", nos capítulos sobre o modelo de

1 Possui graduação em Direito pela Faculdades Milton Campos(2002), graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Minas Gerais(2001), mestrado em Direito pela Faculdades Milton Campos(2006) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais(2014). Atualmente é Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. hschayer@hotmail.com

2 ESSER, Josef. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961. Esta obra não possui tradução para o português e a sua disponibilidade em alemão ou espanhol é mínima.

regras, de forma fragmentada. Em um primeiro momento, Dworkin afirma: "Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas." (2002, p.40)

Esta é, para Dworkin,uma distinção entre princípios e regras. Enquanto estas são elaboradas no modelo preceito, considerado como precedente, e sanção, tomada aqui como consequente, aqueles, os princípios, não obedeceriam esta dinâmica. Os princípios funcionam em uma dinâmica própria. Ela se dá nos termos seguintes: "Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção."(2002, p. 42)

Ou seja: os princípios orientam, dentro da realidade jurídica. Desta verificação decorre a dimensão do peso, reconhecida por Dworkin nos termos seguintes:

> "Quando os princípios se intercruzam (por exemplo, a política de proteção aos de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflite tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é."(2002, 42)

A relação entre a dimensão do peso e a percepção dos princípios como orientadores é direta e decorre da necessidade de aplicação de mais de um princípio em uma mesma situação. Como as orientações deles derivadas podem se mostrar contraditórias, necessário se faz a escolha, ou seja, a prevalência de um princípio sobre o outro e, assim, o chamado peso de cada princípio.

A posição de Dworkin sobre os princípios, no limite do texto analisado, pode ser sintetizada em três pontos: a diferença de formulação existente entre princípios e regras; a função orientadora dos princípios e a dimensão do peso.

Além destes três pontos, deve ser lembrada a principal distinção entre princípios e regras, segundo Dworkin:

> "A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. " (2002, 39)

Talvez seja de se estranhar, no trecho citado, a ausência de uma explanação mais detalhada sobre os princípios, mas, como se viu, Dworkin realiza esta explanação logo adiante. Para nós, justificando a opção em realizar a análise deste trecho ao final, é de interesse a afirmação de uma distinção lógica entre princípios e regras.

Copi esclarece bem qual é a finalidade e o objeto da lógica:

> "Mas o lógico não está interessado, em absoluto, nos obscuros caminhos pelos quais a mente chega às suas conclusões durante os processos de raciocínio. Ao lógico só interessa a correção do processo, uma vez completado. Sua interrogação é sempre

> esta: a conclusão a que se chegou deriva das premissas usadas ou pressupostas? Se as premissas fornecem bases ou boas provas para a conclusão, se a afirmação de verdade das premissas garante a afirmação de que a conclusão também é verdadeira, então o raciocínio é correto. No caso contrário, é incorreto. A distinção entre o raciocínio correto e o incorreto é o problema central que incube à lógica tratar." (1978, 21)

Considerando o apresentado por Copi, dizer ser a distinção entre princípios e regras de natureza lógica, não é um avanço. Em qual medida se faz esta distinção? Não há um parâmetro apresentado por Dworkin suficiente para tanto. Existiriam operações reservadas aos princípios, enquanto outras seriam exclusivas das regras? Pode-se tentar responder a esta pergunta afirmativamente, mas, mais uma vez, não se possui argumento suficiente. De forma simples: ainda que a distinção entre regras e princípios percebida por Dworkin se sustente, o fundamento, em termos lógicos, por ele exposto é duvidoso, não se mostra devidamente esclarecido. O texto de Dworkin também não apresenta um conceito ontológico de princípio. A conceituação por ele apresentada se dá em razão dos efeitos e não em razão das características dos princípios em si. Por esta razão preferimos a conceituação de princípios de Robert Alexy.

Para Alexy, princípios são mandamentos de otimização. Em alemão o texto apresenta a expressão *optimizierung gebot* (1994, p. 75). Na segunda tradução da Teoria dos Direitos Fundamentais, o conceito de princípio é apresentado como mandamentos de otimização (ALEXY, 2002, p. 90).Em traduções mais recentes para o português de trabalhos de Alexy, princípios têm sido conceituados como comandos de otimização.[3]Entretanto, em respeito à prevalência do texto sobre a vontade do autor, manteremos a expressão mandamentos de otimização.

A conceituação de Alexy para os princípios mantém as três características percebidas por Dworkin e dele podem ser deduzidas sem grandes dificuldades. A sua formulação em um modelo diverso daquele aplicável às regras, isto, em que um preceito se vincula diretamente a uma sanção decorre da própria expressão do conceito. A orientação ofertada pelo princípio também se faz presente na formulação do conceito, pois trata-se de alcançar o ótimo. Este esforço deve se dar na forma de mandamento. Por fim, a dimensão de peso decorre da percepção da pluralidade de princípios e sua aplicação simultânea. Nestes casos, um prevalecerá sobre o outro. Apresenta-se, assim, a dimensão do peso.

Identificados os conceitos de princípios e realizada a justificação da opção pela conceituação de Alexy, verificaremos, adiante, como se dá a operacionalização dos princípios no ordenamento jurídico pátrio.

2. A RELAÇÃO ENTRE O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS

Como mandamentos de otimização, os princípios são os orientadores das ações do Estado e, também, dos particulares. Assim, todo o conteúdo constitucional está apto a orientar as ações verificadas no Estado Brasileiro. Pode-se questionar, em especial,

3 Esta é a opção do Prof. Dr. Alexandre Travessni Gomes Trivisonno ao traduzir diversos artigos de Alexy, publicados na obra "Princípios Formais e outros aspectos da Teoria Discursiva do Direito. (ALEXY, 2014, 5). Os motivos suficientes para não adotar esta tradução em lugar da outra se encontram no texto.

a eficácia outorgada às normas constitucionais programáticas. Sobre o assunto, e reconhecendo a eficácia das mesmas, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, no julgamento do RE 841.526 – RS. O seguinte extrato do julgado ilustra bem a questão:

> "(...) deve ser reconhecida força normativa às normas constitucionais em geral, cujo conteúdo tem de ser efetivamente realizado, não se apresentando como mera promessa submissa aos fatores reais de poder dominantes na sociedade, conforme os ensinamentos de KONRAD HESSE, em sua memorável obra A força normativa da Constituição (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, tradução de Gilmar Ferreira Mendes)."(RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016)

Sobre a aplicação dos direitos fundamentais, e, consequentemente, dos princípios neles abarcados, em relações privadas, também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal em julgamento cuja ementa apresenta interessante síntese da questão, nos termos seguintes:

> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. (...)(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

Não se deve incidir no erro de identificar os direitos fundamentais com os princípios. Estes são maiores do que aqueles. Os princípios orientam a formulação dos direitos fundamentais. Tome-se como exemplo do afirmado, o Art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. Ali determina-se o Estado Democrático de Direito. Esta previsão constitucional perpassa todo o texto e se expressa em diversas consequências.

Em si, em um sentido ontológico, o Estado de Direito expressa a obediência à lei. Esta expressão pode ser encontrada no seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

> Ninguém é obrigado a cumprir ordem ilegal, ou a ela se submeter, ainda que emanada de autoridade judicial. Mais: é dever de cidadania opor-se à ordem ilegal; caso contrário, nega-se o Estado de Direito. (HC 73.454, rel. min. Maurício Corrêa, j. 22-4-1996, 2ª T, DJ de 7-6-1996.)

A submissão à lei, como expressão do Estado de Direito, permeia todo o texto constitucional. Em relação ao Estado de Direito, temos a previsão da observância da legalidade. Ou seja: somente o previsto em lei obriga. Esta previsão consta do Art. 5º, em seu *caput*, ao prever a lei como instrumento de regulação da igualdade; no inciso II do mesmo artigo, ao determinar a lei como único instrumento autorizado a instituir

obrigações. Ainda no Art. 5°, podem ser mencionados como relacionados à observância da lei, expressão do Estado de Direito, em maior ou menor medida, os seguintes incisos: VIII, XXXIV, XXXIX, LIV, LIX, LXV, LXVIII, LXIX, LXX. A menção dos incisos do Art. 5° se faz especial em razão de estarem eles previstos no Título II da Constituição Federal: Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Para aprofundar nesta análise é relevante a expressão dos direitos fundamentais como aquela manifesta no julgamento do Caso Lüth,[4] perante o *Bundesverfassungsgericht*, mencionado por Alexy (1998, 154), a saber, em tradução livre:

> Sem dúvida, os direitos fundamentais são destinados em primeiro lugar a garantir a liberdade da esfera individual contra a intervenção das autoridades públicas; eles são os direitos de defesa do cidadão contra o Estado. (BVerfGE 7, 198 (205)[5]

Considerando esta conceituação e as previsões constantes do Art. 5º, evidencia-se a importância da lei na tutela dos demais direitos e garantias fundamentais: vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Mas não somente isso. O Estado de Direito também permeia, na forma da legalidade, toda a administração pública, na previsão do Art. 37 da Constituição Federal.[6] Outros exemplos da percepção do Estado de Direito através do prisma da legalidade são encontrados na Constituição Federal, mas, em razão de seu caráter específico, considerando de natureza geral as considerações apresentadas, por ora, os deixaremos de lado, em favor da análise da outra característica do Estado Brasileiro: a democracia.

Nos dias atuais, a democracia é tomada como o governo em que o povo exerce a soberania. Este o pensamento presente no parágrafo único do Art. 1° da Constituição Federal.[7] Em oposição à democracia, outras formas de governo são percebidas, tais como a monarquia e a aristocracia. Para a presente reflexão, no sentido de ilustração, e também considerando a importância do texto para a temática, valemo-nos da seguinte passagem de Aristóteles:

> Entre os Estados dá-se comumente o nome de realeza àquele que tem por objetivo o interesse geral; e o governo de um reduzido número de homens, ou de vários, contato que não o seja de um só, chama-se aristocracia – seja porque a autoridade esteja nas mãos de diversas pessoas de bem, seja porque tais pessoas dela fazem uso para o maior bem do Estado. Finalmente, quando a multidão governa no sentido do interesse geral, se a esse governo o nome de república, que é comum a todos os governos. (2010, 61, §1279a)

Ainda que presente uma pequena diferença de nomenclatura, pois aquilo que hoje chamamos de democracia é referido no texto consultado como república, o trecho se

4 Aqui o texto original em alemão, referente ao trecho traduzido: "Ohne Zweifel sind die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern; sie sind Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat."

5 Disponível em http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv007198.html Consultado em 30 de novembro de 2016. Este site apresenta um acervo de diversas decisões do tribunal constitucional alemão.

6 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

7 (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

faz de enorme valia. Percebe-se, em primeiro lugar o fundamento da distinção entre as formas de governo no número de participantes de cada uma delas. A democracia, adotando a terminologia atual, se caracteriza pelo governo de todos. Disto decorrem duas das suas características ou vinculações, quais sejam: a igualdade e a liberdade.

A igualdade decorre do fato de todos os participantes do governo estarem nesta condição em iguais condições. Caso se dê a participação privilegiada de alguns, com maior peso ou em condições especiais, verificar-se-á a aristocracia, pois alguns governarão em situação distinta dos demais. A igualdade permeia todo o texto constitucional, seja de forma direta ou indireta, através do combate à desigualdade. Como exemplos de previsões diretas da igualdade, podem ser citados, na Constituição Federal: o Art. 5º, *caput*; Art. 7º, XXXIV; Art. 37, XXI. A forma indireta da igualdade, isto é, a desigualdade, pode ser encontrada no texto constitucional nos artigos seguintes: Art. 3º, III; Art. 43, *caput*; Art. 165 §7º; Art. 170, VII. Pode-se questionar a existência de uma forma indireta de igualdade, mas o combate da desigualdade vista, justamente, alcançar a igualdade. Por isto a forma indireta. Ainda em relação às previsões constitucionais de combate à desigualdade, pode-se questionar se ela seria expressão da democracia. Para esclarecimento da questão, basta lembrar dos fins e meios suficientes para tanto. Os fins são aqueles correlatos à dignidade humana e os meios são os esforços necessários para tanto. Ambos se relacionam à unidade fundamental da democracia: o indivíduo (cidadão).

A liberdade decorre da impossibilidade de se exigir dos participantes alguma restrição específica em relação à sua participação nas deliberações. Todos devem participar em igualdade, podendo mudar de opinião, postura, entendimento, quantas vezes desejar. Se esta liberdade não existir, há a divisão entre os participantes, pois alguns desejarão a situação dos outros, sem poder alcançá-la, e, consequentemente, o fim da igualdade. Esta situação apresenta a divisão característica da aristocracia. São exemplos de previsões sobre liberdade no texto constitucional, sem caráter exaustivo: o art1°, II: ao prever a livre inciativa; o Art. 5°, *caput*; Art. 5°, VI: liberdade de consciência; Art. 5°, XVII: liberdade de associação; Art. 206, II, liberdade de ensino, aprendizado, pesquisa e divulgação.

Sendo a igualdade e a liberdade características presentes no Estado Democrático de Direito, não se pode esperar que casos juridicamente iguais recebam, por parte do judiciário, tratamento diferente. O Art. 93, IX e X[8] da Constituição Federal são a expressão da preocupação com esta questão. Não somente isto. Ao fundamentar as decisões verifica-se a forma de aplicação dos princípios pelo poder judiciário.

8 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

(...)

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

3. OS JULGAMENTOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O ENTENDIMENTO DOS PRINCÍPIOS PRESENTES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Neste último ponto, julgamentos recentes do Supremo Tribunal Federal trazem à tona questionamentos sobre a medida do entendimento dos ministros, em forma colegiada ou individual, em relação à liberdade e a igualdade. Para percepção desta questão de maneira adequada se faz necessária a análise de alguns julgados.

O primeiro deles é ementado da seguinte maneira:

> Ementa: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016)

A decisão assim se expressa, segundo o *site* do Supremo Tribunal Federal:

> A Turma, por votação unânime, afetou o julgamento do feito ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, por indicação do Ministro Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 2ª Turma, 15.12.2015.
>
> Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem, com a consequente revogação da liminar, vencidos os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente). Falou, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República. Plenário, 17.02.2016.

Curiosamente, em 1° de julho de 2016, o Ministro Celso de Melo deferiu liminar em Habeas Corpus da qual consta o seguinte trecho:

> Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, "a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário" –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § '2º, e o art. 103-A, "caput", da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral. (HC 135100 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 01/07/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-140 DIVULG 04/07/2016 PUBLIC 01/08/2016)

No mesmo sentido, há manifestação do Min. Marco Aurélio de Mello. Ela se encontra na decisão dopedido de liminar do Habeas Corpus 138.377 – SP, nos termos seguintes:

> "Não se pode potencializar o decidido pelo Pleno no habeas corpus nº 126.292, por maioria, em 17 de fevereiro de 2016. Precipitar a execução da pena importa antecipação de culpa, por serem indissociáveis." (HC 138337 MC, Relator(a): Min.

MARCO AURÉLIO, julgado em 16/11/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 18/11/2016 PUBLIC 21/11/2016)

Devem ser mencionadas, ainda as ADC 43 e 44. Ambas versam sobre a questão da possibilidade de execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. Entretanto, nestas ações, ainda não temos um julgamento final, mas somente o indeferimento dos pedidos de medidas liminares.[9]

Recentemente, em julgamento perante a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Celso de Mello adotou a postura da maioria no julgamento de Agravo Regimental interposto contra decisão proferida no HC 135.933.[10] Mesmo após esta decisão, a liminar deferida no Habeas Corpus 135.100 permanece inalterada.

Para a temática desenvolvida no presente trabalho, não se faz necessária a análise das questões justificadoras dos posicionamentos adotados pelos Ministros nos julgamentos mencionados, no que tange à execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação. Importa-nos, sim, percebermos a questão em razão dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Enquanto expressão democrática, os julgamentos das medidas liminares referem-se ao decidido pelo Tribunal pleno para, então, afastar-lhe a aplicação. A referência é clara. Sabem os Ministros se tratar da mesma situação jurídica enfrentada no julgamento colegiado. Entretanto sentem-se eles autorizados, pelas mais diversas razões, a dar tratamento diverso daquele decidido pela Corte aos pedidos diretamente a eles dirigidos. Os critérios utilizados para tanto não são apresentados.

Em relação ao Estado de Direito, a situação não se mostra mais proveitosa. Ao decidir de forma diversa daquela decidida em colegiado, pelo tribunal pleno, os Ministros diminuem a importância do disposto no Art. 102, *caput*,[11] pois os julgamentos proferidos poderão ser desafiados por manifestações individuais da corte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante destas situações, não podemos afirmar a plena compreensão do conceito de princípios no ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que os princípios sejam manifestos em nosso ordenamento jurídico e muito tenha sido produzido sobre o seu conceito e sua aplicação, a análise dos casos julgados perante o Supremo Tribunal Federal demonstram uma aplicação limitada de seu conteúdo. Em relação ao conceito de Alexy, princípios como mandamentos de otimização, nota-se a pouca ênfase em alcançar os conteúdos protegidos. As decisões proferidas individualmente pelos ministros, em caráter provisório, liminar, não explicitam quais são os motivos suficientes para divergirem da decisão tomada pelo Tribunal pleno. Não existindo a determinação destes critérios, persiste a dúvida e a incerteza. Nestas situação não é possível determinar a possibilidade de repetição da

9 http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754

10 http://tinyurl.com/jfw52yt, consultado em 01 de dezembro de 2.016.

11 Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: (...)

decisão em um situação análoga, em respeito à igualdade, e nem mesmo, com precisão, a fundamentação legal precisa, os dispositivos legais violados ou de sustentação do decidido, em ofensa ao Estado de Direito.

Tanto o Estado de Direito quanto a Democracia mereciam entendimentos mais amplos, capazes de otimizar todo o seu conteúdo de maneira obrigatória.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Princípios formais e outros aspectos da teoria discursiva do Direito.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

____. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p. (Teoria & direito público).

ARISTÓTELES. **Política.** São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

____. **Theorie der grundrechte.** Baden Baden: Suhrkamp, 1994.

COPI, Irving Marmer.**Introdução à lógica**. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

DWORKIN, **Ronald. Levando os direitos à sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado.**Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

RECEBIDO EM: 28/01/2018
APROVADO EM: 30/03/2017

A TRIBUTAÇÃO E A EXTRAFISCALIDADE COMO MECANISMO DE FOMENTO DO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO BRASILEIRO E REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

THE TAXATION AND THE EXTRAFISCALITY AS FOMENT OF THE SOCIAL AND ECONOMIC DEVELOPMENT IN BRAZIL AND THE REDUCTION OF SOCIAL DIFFERENCES

Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior[1]

Marcus Mauricius Holanda[2]

Tânia Luíza Calou de Araújo e Mendonça[3]

RESUMO: No Brasil contemporâneo, verifica-se que o desenvolvimento social não está acompanhando de forma equitativa o crescimento econômico, apresentando lacuna entre essas vertentes, mesmo com a inserção na Constituição da República Federativa do Brasil, de direitos e garantias fundamentais. Eis que emerge o direito tributário como instrumento para o alcance dos objetivos da república, desempenhando um papel essencial para o fomento do desenvolvimento, estimulando ou inibindo comportamentos. Ocorre que a simples disposição não foi suficiente para conseguir o equilíbrio desejado. Qual seria a contribuição da tributação no desenvolvimento socioeconômico? Como poderia, de forma efetiva, implementar o disposto na Constituição Federal? Para tanto, o utilizando-se de uma análise doutrinária e técnica, o presente artigo faz uma análise sobre a posição da tributação e da extrafiscalidade como fomentadoras do desenvolvimento, e busca-se compreender o fenômeno do crescimento econômico e social no Brasil, e a relação do desenvolvimento como fator de eliminação da pobreza.

Palavras-chave: Desenvolvimento Sócioeconômico; Extrafiscalidade; Ordem Econômica.

1 Doutorando em Direito Constitucional Público e Teoria Política, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Mestre, com bolsa PROSUP/CAPES, em Direito Constitucional nas Relações Privadas, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Professor do curso de graduação em Direito da Faculdades Nordeste/DeVry Brasil (Fanor/DeVry Brasil). Professor do curso de pós-graduação lato sensu em Direito e Processo Tributários, da Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT). vicenteaugusto2@gmail.com.

2 Doutorando e Mestre em Direito Constitucional Público e Teoria Política, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário Christus (Unichristus). Professor do curso de graduação em Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (UNICATÓLICA). mm_holanda@yahoo.com.br.

3 Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR/CE). taniacalou@gmail.com.

ABSTRACT: In contemporary Brazil, it appears that social development is not keeping up economic growth, with gap between these strands, even with the inclusion in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, rights and guarantees. Here emerges the tax law as a tool for achieving the goals of the republic, plays an essential role in fostering development, stimulating or inhibiting behavior. It happens that the simple provision was not sufficient to achieve the desired balance. What would be the tax contribution in socio-economic development? How could effectively implement the provisions of the Federal Constitution? Therefore, the using of a doctrinal and technical analysis, this article makes an analysis of the position of taxation and extrafiscality as fomenting development and seeks to understand the phenomenon of social and economic growth in Brazil, and development relationship as a factor of poverty elimination.

Keywords: Social-Economic Development; Extrafiscality; Economic order.

INTRODUÇÃO

A construção do ordenamento jurídico brasileiro vigente apresenta, como um dos objetivos primordiais da República Federativa do Brasil, conforme disposição do artigo 3º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRFB/88), a erradicação da pobreza e da marginalização como forma de reduzir as desigualdades sociais e regionais, com fundamento em outro dispositivo, qual seja, o artigo 1º, inciso III, que determina o respeito à dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos.

Nesse contexto, verifica-se a essencial convergência entre uma efetiva concretização dos objetivos fundamentais em que se constitui o Estado Social Democrático de Direito no Brasil, e a tributação decorrente de um Sistema Tributário Nacional que a elenca como mecanismo arrecadatório, bem como mecanismo fomentador na estimulação do crescimento econômico.

Na contemporânea conjuntura socioeconômica brasileira, primordialmente a partir dos anos de 1990, constata-se que o desenvolvimento social não está acompanhando, de forma paralela, ao crescimento econômico experimentado pela República brasileira, a partir da inserção do Plano Real e do fortalecimento de suas estruturas a nível internacional. Assim, a a disparidade entre ambos os setores apenas demonstra um desequilíbrio de investimentos, bem como de regulação das políticas públicas que poderiam paralelamente incrementá-los.

Portanto, tem-se o questionamento: qual seria a contribuição da tributação, enquanto mecanismo de arrecadação e de desenvolvimento socioeconômico, para a diminuição dessa disparidade? E, ainda, de forma efetiva, como poderia ser implementado o disposto nos objetivos e nos fundamentos do vigente texto constitucional brasileiro?

Observa-se, sobremaneira, a responsabilidade do Estado brasileiro na tributação, de modo a utilizá-la como forma de viabilizar, fomentar e concretizar o desenvolvimento socioeconômico. Assim, no desenvolvimento da consecução dos interesses coletivos, tem-se o instituto da extrafiscalidade como uma das possibilidades para consecução dos objetivos e, ainda, para a prossecução do interesse público.

A tributação torna-se uma questão central, e a extrafiscalidade o instrumento de concretização e realização social e de bem-estar, constituindo uma importante

ferramenta na valorização do ser humano e na construção de uma sociedade economicamente equilibrada.

Almeja-se responder a esses questionamentos neste estudo, que faz uma análise acerca da Ordem Econômica constitucional, como fundamento da atividade econômica do Estado brasileiro, de forma a propiciar um ambiente de desenvolvimento econômico estável, estática e dináca, por intermédio de uma tributação sustentável, e da extrafiscalidade como instrumento fomentador do desenvolvimento econômico e social.

Para tanto, utilizar-se-á de uma metodologia pautada em pesquisa bibliográfica, com análise descritiva-analítica de diversos posicionamentos doutrinários e, em seguida, com uma abordagem eminentemente qualitativa, porquanto a tarefa é humanística, tem-se a concretização do escopo de estudo, qual seja, o de identificar, analisar e reger os institutos no ordenamento jurídico em face da experiência administrativa e tributária brasileira.

1. A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 1988: EM BUSCA DA CONCRETIZAÇÃO DOS OBJETIVOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

Com fundamento na dignidade da pessoa, como valor fundamental para a construção de uma República Federativa que almeja aprimorar o desenvolvimento nas mais diversas searas, sejam estas políticas, social, econômica e jurídica, o Estado Social-Democrático brasileiro passa a considerar ser o humano, em todas as dimensões, como elemento determinante.

Nesse contexto, o Estado brasileiro adota uma estrutura que almeja o bem-estar social e o desenvolvimento humanístico, e coloca o ser humano como centro do universo jurídico-constitucional, reconhecendo que um dos fins do Estado é proporcionar as condições mínimas para que as pessoas tenham dignidade (HOLANDA, 2014, p. 121).

Para que se possa exercer um respeito adequado à dignidade da pessoa, adota-se como elemento mínimo de condições uma reestruturação da função transformadora da atividade estatal, em que a Administração Pública deve contribuir para as realizações no campo do direito econômico, bem como contribuir com o desenvolvimento social.

Nesse ínterim, descreve Eros Roberto Grau que a Ordem Econômica brasileira é como "o conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica" (GRAU, 2008, p. 53). Por sua vez, assevera Paulo Bonavides que os preceitos constitucionais detêm ampla relação com os direitos econômicos, e, consequentemente, implicam em uma garantia que possa dar estabilidade às situações jurídicas criadas pelo legislador (BONAVIDES, 1989, p. 230).

Portanto, verifica-se que a intervenção do Estado na ordem econômica não significa, unicamente, que o Estado assumirá para si todos os setores da economia. Mas, outrossim, que poderá realizar, estimular ou inibir procedimentos com o fim de atender as demandas econômicas.

A atividade estatal na Ordem Econômica, ao almejar direcionar o comportamento das empresas, por exemplo, é uma das diversas formas de intervenção do Poder Público

na economia e no mercado. Assim, há a possibilidade de a atividade intervencionista ser realizada em vários setores, desde o implemento do turismo, com o incentivo fiscal às empresas que se instalarem em sua área de abrangência.

Como observa Luis Roberto Barroso, cabe ao Poder Público, na persecução do interesse público e na concretização de seus objetivos estimular "comportamentos da iniciativa privada que conduzam a esses resultados, oferecendo vantagens fiscais, financiamentos, dentre outras formas de fomento" (BARROSO, 2008, p. 16).

O fomento pelo Poder Público poderá ocorrer no intuito de desenvolver a economia e, consequentemente, criará postos de trabalhos com aumento efetivo da renda do cidadão, pode incentivar o comportamento, seja por indução, por participação, ou por absorção, condicionando e incentivando a atividade econômica (GRAU, 2008, p. 147).

Apesar da atuação econômica ter sido quase que integralmente mitigada para o meio empresarial, o Estado, enquanto agente econômico, pode, por meio da regulação econômica, atuar em na economia com o fim de atender as demandas sociais (CLÈVE, 2009, p. 211).

O Estado em sua atuação tributária pode, conforme Paul Singer, estimular "novas forças produtivas e de instauração de novas relações de produção, de modo a promover um processo sustentável de crescimento econômico", e que esse objetivo almejado "deve ser a criação de novas formas de organização da produção com lógica incluidora, ou seja, que ofereça a chance real de trabalhar com autonomia e de ganhar um rendimento suficiente para ter um padrão de vida digno". A atividade econômica do Estado deve assegurar o desenvolvimento, deve ser um instrumento de mudança social (SINGER, 2012, p. 124).

Verifica-se que o objetivo constitucional fundamental de erradicar e reduzir as desigualdades sociais e regionais, conforme dispõe o artigo 3º, inciso III, da CRFB/88, está plenamente respaldado no *caput* do artigo 170 do texto constitucional, em que a "[...] ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social".

Nesse sentido, verifica-se a necessidade de adoção de políticas públicas como possibilidade de intervenção do Estado para direcionar ao patamar elementar de direitos. O Estado deve operar como mecanismo de ação da sociedade, que visa "à equalização de condições sociais para fortalecimento dos cidadãos até o ponto em que se tornem aptos ao desenvolvimento político e econômico" (POMPEU; ANDRADE, 2011, pp. 8015-8016).

O respeito às liberdades, à dignidade, ao trabalho, dentre outros, deve sempre ser observado e realizados esforços para o crescimento nacional de forma equitativa, de modo a assegurar condições adequadas para o fator humano e econômico.

2. O PAPEL DO ESTADO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL BRASILEIRO E NA REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES SOCIAIS

A perspectiva constitucional brasileira, na consecução dos objetivos que deve atender, almeja que o crescimento da nação seja sustentável e próspero, tanto socialmente como economicamente. A aplicação de um sistema econômico, em consonância

com os ditames constitucionais e com o escopo concretizar os anseios para uma sociedade justa e equilibrada, com trabalho, renda e respeito aos próximos, consistem em estrutura basilar do Estado Social Democrático no Brasil.

Esta, inclusive, é a própria essência da criação do Estado, qual seja, a de atender aos anseios do grupo social que cederam parcela de seu poder para gerar as bases estatais, com o objetivo de se desenvolverem equilibradamente. Assim, conforme lição de Alfredo Augusto Becker, é dever do Estado, do qual não poderá afastar-se, a busca constante de uma sociedade justa como própria emanação de seus objetivos que o constituíram, quais sejam: a pluralidade de indivíduos, o bem comum e a igualdade, juntamente com a capacidade de agir, são os elementos criadores e unificadores (BECKER, 2013, pp. 214-216).

O interesse econômico impulsiona a atuação do ser humano na sociedade, atraindo para si todos os meios possíveis para realizar a atividade de forma eficaz e lucrativa (SENTO-SÉ, 2001). Entretanto, observa Celso Furtado que o desenvolvimento alcançado por meio das novas técnicas não pode ser alheio ao desenvolvimento social, não bastando somente o incremento tecnológico, mas sim beneficiar o maior número de pessoas possíveis (FURTADO, 2000, pp. 38-39).

Os Estados necessitam conciliar os interesses humanos, sociais e econômicos da população, priorizando os interesses públicos em detrimento dos interesses privados. Tal importância se verifica, porque o Estado tem o dever de garantir o mínimo. Em outros termos, são necessárias políticas sociais efetivas, que protejam o cidadão de forma aceitável à condição humana, ou seja, à dignidade humana, devidamente alicerçada no ordenamento jurídico nacional. O conhecimento é fator preponderante para uma nação desenvolver-se; o desenvolvimento social deve estar em equilíbrio; e o rompimento com o individualismo é fundamental para assumir uma posição de igualdade coletiva (POMPEU, 2009, pp. 142-143).

Ressalte-se, ainda, lição de Cristina Queiroz, quando, nesse sentido, sustenta que faz-se necessário determinar "o grau de vinculação do legislador aos direitos fundamentais, nestes incluídos os direitos fundamentais de natureza econômica, social e cultural", ou seja, que, para o Estado conciliar os interesses humanos, o legislador deve inserir a legislação no âmago de uma teoria de direitos fundamentais constitucionalmente adequados (QUEIROZ, 2006, p. 79).

O desenvolvimento social equilibrado deve vir acompanhado de políticas de proteção, não somente para a coletividade, que sofre os efeitos das políticas de mercado, mas para "salvar o sistema de mercado de suas tendências antropofágicas, criar mais espaço doméstico para a política e permitir ao mundo uma taxa de crescimento mais elevada" (KUTTNER, 2004, p. 35).

O desenvolvimento deve ocorrer com políticas sociais e econômicas voltadas para o desenvolvimento do mercado, mas a presença do Estado é inevitável como forma de equilíbrio entre lucros e distribuição de riquezas, "conciliando por fim o humano ao nacional". O Estado enfraquecido não pressupõe desenvolvimento humano, mas cria um campo apropriado para o abuso e a exclusão social (POMPEU, 2009, p. 144), uma vez que a evolução da política econômica deve sofrer ajustes, de maneira que a ordem se estabeleça racionalmente, livre e humana (CHOMSKY, 2003, pp. 21-22).

A evolução econômica e social é uma constante dos tempos; os diversos modelos econômicos que surgiram não permaneceram eternizados, sendo criadas formas de desenvolvimento econômico. É exigido do Estado e da empresa o fortalecimento econômico e social. Um novo modelo econômico, onde exista o lucro, o desenvolvimento tecnológico, e o respeito ao cidadão deve ser uma nova realidade, em razão de que o "[...] novo desenvolvimento é obra coletiva nacional que conta com instituições políticas e econômicas voltadas para o funcionamento dos mercados, mas que promovem desenvolvimento econômico e social" (POMPEU, 2009, p. 145).

A ideia de desenvolvimento de Amartya Sen está intimamente ligada não somente ao crescimento econômico, mas também pelo desenvolvimento social, uma vez que, para este, "o desenvolvimento tem de estar relacionado, sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos" (SEN, 2000, p. 29).

A economia, por sua vez, deve ser o meio de efetivação da dignidade do homem, e criar condições para que exista o crescimento econômico e o desenvolvimento social, para atender, ao mesmo tempo, as necessidades do capital e do social como meio de elevação social.

Deve ser observado que o desenvolvimento econômico sem o respeito à dignidade do ser humano, enfraquece o sistema democrático de proteção ao indivíduo, devendo ser questionado se a busca do equilíbrio está em perfeita sintonia (NUNES, 2003, p.116).

Demonstra Francis Fukuyama que, para a existência de equilíbrio entre desenvolvimento social e econômico, é necessário que as instituições econômicas sejam fortes e o Estado seja eficaz no desempenho de suas atividades. Dessa maneira, as possibilidades de êxito entre o desenvolvimento econômico e social serão maiores. A ideia de crescimento econômico e social sempre deve remeter à preservação do princípio da dignidade humana (FUKUYAMA, 2005, pp. 25-26).

Nesse sentido, o desenvolvimento econômico não tem como prosperar sobre o Estado enfraquecido e sobre a exploração da população, o "[...] Estado deve realizar a conciliação dos fins republicanos, a efetividade dos direitos sociais como patamar mínimo de igualdade com os interesses do desenvolvimento" (POMPEU, 2008, p. 15).

O desenvolvimento tem como condição, a efetivação dos direitos sociais, a formação de uma sociedade, e consequentemente, de uma democracia. Tem seu desempenho prejudicado, quando os cidadãos não possuem sua verdadeira emancipação, seja cultural, seja econômica ou social. Os direitos sociais quando concretizados, são redutores da desigualdade. O esforço contínuo do Estado e das instituições deve ser a força motriz desse desenvolvimento, como forma de afirmação social e econômica da população.

3. O ESTADO E OS TRIBUTOS COMO FORMA DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO: A CONSTRUÇÃO DE UMA TRIBUTAÇÃO RESPONSÁVEL

O desenvolvimento econômico deve, conforme ressaltado anteriormente, acompanhar o desenvolvimento social, mantendo, quando possível, o equilíbrio entre seus interesses. Se não fosse assim, qual seria o objetivo de estimular a produção, a partir de um Estado menos intervencionista, ao flexibilizar os direitos sociais?

Certamente, deve haver um objetivo nesta ação, pois, tal como analisar Luiz Carlos Bresser-Pereira, verifica-se que o papel do Estado, na promoção da riqueza das nações, concentra-se na própria organização ou aparelho Estatal, bem como na forma como é gerido. E é utilizando-se das lições de Mancur Olson, que é possível responder àquele questionando, utilizando-se da metáfora criminal e da relação do Estado com a prosperidade (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 115).

Como ensina Luiz Carlos Bresser-Pereira (2005, p.4) "embora o criminoso individual tenha preferência por uma sociedade mais rica, da qual poderá furtar ou roubar mais, e saiba que seu furto desorganizará a sociedade, nem por isso ele deixará de agir criminalmente, já que o ganho que teria por não agir assim seria uma parcela ínfima do ganho social daí derivado" (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 4).

Nesse sentido, Luiz Carlos Bresser-Pereira demonstra que o Estado é o bandido estacionário, pois diferente do bandido itinerante que no momento em que se esgotam as possibilidades, muda-se para outra região, o estacionário tem "interesse na prosperidade da população para dela poder mais roubar, e sabe que seu monopólio sobre o crime, ao afastar outros criminosos, garante segurança e aumenta sua capacidade de poupar e investir". Dessa maneira, o bandido estacionário se utiliza do equilíbrio, entre roubo e produção, pois sabe que não pode esgotar as possibilidades de forma que inviabilize a produção e consequentemente inviabilize a captação do "imposto-roubo", pois esse "imposto passa a desestimular a produção e sua receita começa a diminuir ao invés de aumentar". Por isso, a importância do equilíbrio das relações entre produção e taxação (BRESSER-PEREIRA, 2005, p. 116).

Assim, uma tributação considerada sustentável seria aquela realizada com a finalidade de atender aos fins basilares de sua existência, cujo conteúdo dessa relação é o bem comum. Portanto, a tributação a cada indivíduo seria realizada em uma igualdade geométrica e proporcional, de modo a garantir a prosperidade à sociedade, promovendo o equilíbrio e a sobrevivência do indivíduo enquanto ser tributável. O Estado, ao garantir a sua própria sobrevivência, não deve cercear os direitos individuais ao realizar uma tributação excessiva até mesmo confiscatória que impeça o crescimento e o desenvolvimento (BECKER, 2013, pp. 318-319).

Esta posição é corroborada por Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça e Saulo Nunes de Carvalho Almeida, para os quais os tributos "não apenas podem, mas devem possuir uma função extrafiscal, ou seja, uma função socioeconômica, de acordo com os princípios constitucionais tributários a serem perseguidos por um Estado Democrático de Direito". Nesse sentido, deve ser entendido que a extrafiscalidade como sendo um princípio oriundo de nosso Sistema Tributário, "não sendo correta a limitação da finalidade dos tributos a um papel meramente arrecadatório" (MENDONÇA; ALMEIDA, 2011, p. 679).

A compulsoriedade ao pagamento de tributos, conforme disposição expressa do artigo 3º do Código Tributário Nacional brasileiro, a Lei de nº. 5.172, de 1966: "Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada".

Condiciona-se, assim, ao pagamento de tributos, e, por vezes, se confunde com a própria criação do Estado, em que cada um cede sua parcela de poder e, assim, a sua

capacidade para contribuir para o bem comum. A tributação deve ser responsável, de modo que a igualdade no pagamento dos tributos respeite a capacidade de cada indivíduo.

4. A EXTRAFISCALIDADE COMO INSTRUMENTO DE FOMENTO AO DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

O Estado, conforme lição de Alfredo Augusto Becker, no uso das atribuições que o constituíram, e no escopo para o bem comum, para proporcionar a "felicidade material e espiritual", emerge a utilização da tributação para fomentar o desenvolvimento econômico, para isso pode se utilizar da extrafiscalidade para estimular ou inibir comportamentos. Assim, direciona a necessidade de instalação e produção com benefícios e incentivos fiscais para atendimento dessa aspiração humana. Assevera ainda que o Estado tem uma "dupla tarefa no direito tributário: agente revolucionário e financiador da revolução social". Verifica-se, portanto que o Estado se utiliza da extrafiscalidade como meio indutor para promoção do desenvolvimento (BECKER, 2013, pp. 621-624).

Os "efeitos da tributação sobre a redistribuição do capital e da renda, na formação das classes sociais", já eram percebidas desde a formação dos Estados para o custeio das despesas públicas, mas o finalismo dessa arrecadação como instrumento de "intervenção estatal no meio social e na economia privada' não poderá mais ser ignorado deve haver a coexistência entre ambos, em maior ou menor incidência (BECKER, 2013, pp. 628-630).

Verifica-se que a atividade financeira do Estado possui uma natureza extrafiscal, como forma de atender as políticas econômicas e sociais com vistas a modificar e criar condições para que o interesse público seja efetivado por meio de estímulos, tais como benefícios ou incidência de condições mais onerosas.

Afirma Hely Lopes Meirelles que a extrafiscalidade seria "a utilização do tributo como meio de fomento ou de desestímulo a atividades reputadas convenientes ou inconvenientes à comunidade", seria, portanto, a capacidade do Estado para a consecução da finalidade social "através da maior ou menor imposição tributária" (MEIRELLES, 1993, p.151).

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado defende que o objetivo do tributo foi de "carrear recursos financeiros para o Estado", verifica-se que, hodiernamente, é utilizado para interferir na economia "estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo finalmente os efeitos mais diversos na economia" (MACHADO, 1999, 130).

O Estado, ao exercer a extrafiscalidade, busca realizar o "ir e vir" do bem comum na "relação constitucional da sociedade humana", e intervém nas relações econômicas de modo a fomentar o desenvolvimento (BECKER, 2013, p.180).

Alfredo Augusto Becker afirma que o Estado não é algo que "está", mas sim algo que "continua" numa perpétua reafirmação de sua realidade. Assim o IR ao bem comum e este VIR do bem comum, ligando todos os indivíduos a um e cada um a todos os demais, é precisamente uma relação, é a relação genética de um Ser Social; é a relação

constitucional de uma sociedade humana. Neste momento, vê-se, com os olhos do intelecto, a relação constitucional do Estado (BECKER, 2013, pp. 180-185).

4.1 A EXTRAFISCALIDADE E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Demonstrado o conceito de extrafiscalidade e sua utilização no escopo do Estado para o bem comum, bem como a capacidade deste em intervir no nas relações da ordem econômica, temos que a atividade econômica deve ser realizada por particulares, mantendo a liberdade da atuação da iniciativa privada. Mas não impedindo a atuação estatal para assegurar a existência digna e evitar abusos, contribuindo assim a redução das desigualdades regionais e sociais.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao instruir o artigo 170 dentro dos ditames da justiça social, almeja a concretização de seus fundamentos e objetivos. Como explana Konrad Hesse, a constituição não é apenas a expressão do ser, mas também expressa o dever ser, para o alcance real das necessidades humanas e não só comtemplado o seu substrato espiritual (HESSE, 1991, p. 15).

Konrad Hesse assevera que a Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e ao mesmo tempo determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sociopolíticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferençadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas (HESSE, 1995, p. 15).

Dessa forma, ao inserir princípios norteadores, busca o texto constitucional direcionar e prover o máximo de eficácia à própria Constituição, pois direciona as diretrizes para cumprimento, tanto para evitar distorções na execução pelo Estado como deixar claro as possibilidades de sua atuação, criando um mecanismo de defesa da própria iniciativa privada contra a má aplicação dos princípios informadores.

O Poder Público, por sua vez, em decorrência destes princípios, pode intervir de diversas maneiras, como na aplicação do princípio da Soberania nacional, previsto no artigo 170, inciso I, da CRFB/88. Citem-se, como exemplos: a) quando a União tributa, com alíquotas diferenciadas, e com mitigação às limitações ao poder-dever de tributar, alguns produtos importados, por intermédio do Imposto sobre Importação – II; b) quando poderá, se necessário for, instituir impostos extraordinários no caso de guerra externa, em decorrência da competência extraordinária para tanto, prevista no artigo 154, inciso II do texto constitucional; c) como respeito à função social da propriedade, a União poderá vir a majorar alíquotas sobre o Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, para aquelas propriedades improdutivas; ou até mesmo d) desapropriando a propriedade privada quando se observa o não atendimento da função social.

Não obstante, a extrafiscalidade pode ser observada na defesa do meio ambiente, onde cabe ao Estado garantir a defesa com fins de evitar a degradação ambiental. Assim, em busca da redução das desigualdades conforme expressa o artigo 170, inciso

VII da CRFB/88, e no atendimento dos objetivos da República, vem a atuação extrafiscal impulsionar o desenvolvimento de modo a reduzir a pobreza e incentivar a instalação de indústrias e empresas de pequeno porte para o pleno emprego. Inclusive podemos observar na criação de benefícios fiscais para empresas que se instalarem fora dos grandes centros.

O fomento ao desenvolvimento deve sempre ser objetivo constante do Estado, ao intervir nas relações econômicas cria-se uma proteção contra as possíveis tendências autofágicas do mercado. Revela-se que o mínimo de proteção é salutar. A garantia do patamar básico de segurança aos direitos sociais deve ser efetivada, permitindo uma existência em condições mínimas de dignidade.

4.2 A EXTRAFISCALIDADE E O DESENVOLVIMENTO SOCIAL

Os resultados da atuação do Estado na economia atendem ao preceito constitucional de desenvolver o País, eliminar as desigualdades regionais e reduzir a pobreza, como cumprimento do núcleo fundamental do pensamento econômico para o desenvolvimento social.

Em um Estado Social Democrático, a pobreza não pode encontrar ambiente favorável. Pelo contrário, há de se investir no afastamento de condições favoráveis à pobreza e ao encarecimento do acesso aos meios condizentes para o desenvolvimento humano, a partir dos parâmetros da dignidade da pessoa.

Demonstra Francisco Diniz (2014) que a evolução econômica contribuiu para o desenvolvimento humano, gerando mudanças no padrão de vida da população, e ainda, que o nível de vida das populações jamais concebeu uma evolução tão favorável e veloz quanto aquela ocorrida na década dos anos 2000. Assim, verifica-se que, anteriormente, no início do século XIX, as mudanças econômicas eram quase imperceptíveis, quando não inexistentes, e que a maior parte da população tinha expectativa de vida reduzida, e sem qualquer perspectiva de melhora, em comparação com a mesma condição em que haviam nascido. Somente a partir de meados do século XIX, o crescimento econômico emergiu, promovendo mudanças para um padrão de vida diferenciado, e conseguindo as populações duplicar o seu rendimento *per capita* numa só geração (DINIZ, 2014, p. 51).

Não se pode olvidar de que, em alguns momentos, o crescimento econômico acompanha o desenvolvimento humano. O desenvolvimento não é acúmulo e aumento da produtividade macroeconômica, "mas principalmente o caminho de acesso a formas sociais mais aptas a estimular a criatividade humana e responder às aspirações da coletividade" (FURTADO, 2004, p. 486).

A economia deve ser o meio de efetivação da dignidade do homem. Deve criar condições para que exista o crescimento econômico e o desenvolvimento social, devendo atender ao mesmo tempo às necessidades do capital e do social como meio de elevação social (HOLANDA, 2014, p. 78).

A importância da extrafiscalidade está justamente em limitar a atuação da iniciativa privada de modo que respeitem o disposto na ordem constitucional. Evitando um estado de selvageria e de ausência de proteção ao trabalhador e ao trabalho. Nesse sentido, Arion Sayão Romita confirma que, nas relações de trabalho, mesmo entre

particulares, existe a necessidade de garantir a dignidade do trabalhador, pois, nas hipóteses em que estiver ameaçada ou que comportem abusos de poder, há o "consenso em torno da incidência direta e imediata dos direitos fundamentais" como forma de garantir o trabalho e a renda (ROMITA, 2012, p. 201).

As políticas, sobretudo as voltadas para a dignificação do trabalho com acesso à renda são meio fundamentais para que o trabalhador saia da linha de pobreza, sendo o desenvolvimento a chave para que se elimine uma das causas de violação dos direitos fundamentais do cidadão.

CONCLUSÃO

Apresentados os aspectos do estudo, com pertinência crítica e valorativa, reafirma-se a centralidade e a importância da tributação instrumento para a concretização das potencialidades humanas e como fomentadora do desenvolvimento social, proporcionando a harmonia entre o crescimento econômico e social.

O Estado Social Democrático não tem convivência pacífica com os extremos, ou seja, não permite a possibilidade de desigualdades de modo a tornar incompatíveis os objetivos democráticos. Cabe ao Poder Público, no limite de suas competências e potencialidades buscar continuadamente o progresso econômico e social, sempre direcionado para o atendimento do interesse coletivo de forma a contribuir para o crescimento e fortalecimento enquanto Estado democrático de direito.

A atuação do Estado na economia não teria somente um aspecto de dever, mas um direito do administrado com o fim de obter um desenvolvimento econômico e social, através de intervenções no domínio econômico, afim que crie condições para o crescimento da economia e o desenvolvimento social.

Em sua atuação no domínio econômico, pode o Estado, por intermédio da extrafiscalidade promover o bem-estar e o desenvolvimento do País, além de criar uma articulação com a economia de livre mercado, podendo, portanto se utilizar das regras mercadológicas nos serviços públicos e principalmente nas atividades de fomento, com a finalidade de atender os próprios interesses constituidores do Estado, estimulado ou inibindo a atuação da iniciativa privada para a promoção do desenvolvimento de forma equilibrada.

Importante ressaltar que a tributação não é somente a mera expressão do poder do Estado sobre os administrados, e não é somente para garantir o seu próprio funcionamento. Possuindo outras atribuições, o Estado através da tributação, deve fomentar o desenvolvimento tanto econômico quanto social, deve haver a convergência das atribuições do Estado com o fim de concretizar os fundamentos de sua própria constituição, estimulando e criando condições para uma sociedade justa.

A extrafiscalidade utilizada pelo Estado para intervenção na economia cria condições e proteção para o próprio mercado e indica qual o interesse nacional a ser perseguido, de modo que o desempenho na economia seja favorável e fortalecendo o desenvolvimento humano e atendendo as necessidades do capital.

Do exposto, a contribuição do Estado, através da tributação é fator primordial no desenvolvimento. Seria a extrafiscalidade o instrumento a redução da pobreza, e

crescimento da economia. A intervenção na economia através da extrafiscalidade é peça fundamental na complexa máquina estatal, e, portanto, o seu desenvolvimento de cunho social e econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, maio/junho/julho, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário.** 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília, DF: OAB, 1989.

BRESSER-PEREIRA Luiz Carlos. Instituições, Bom Estado, e reforma da gestão pública. *In*: **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - RERE**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, mar. 2005. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 1º maio 2016

CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?**. Trad. de Pedro Jorgensen Jr.. 3ª ed. São Paulo: Bertrand Brasil, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O controle da constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. *In*: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DINIZ, Francisco. Crescimento/desenvolvimento econômico: do otimismo do Século XX às incertezas do Século XXI: *In*: POMPEU, Gina Vidal Marcílio (coord.). **Direito Constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

FURTADO, Celso. **Introdução ao desenvolvimento** – Enfoque histórico-estrutural. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.

____. Os desafios da nova geração. *In*: **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 24, n. 4, pp. 483-486, out./dez. 2004.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2008

HAYEK, Friedrich August von. **O caminho da servidão**. Trad. e rev. de Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Morais Ribeiro. 5. ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOLANDA, Marcus Mauricius. **Análise constitucional do acesso ao trabalho digno, como instrumento do desenvolvimento econômico e social**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KUTTNER, Robert. O papel dos governos na economia global. *In*: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony. **No limite da racionalidade**. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito**. Curso de direito tributário**.16.ed., São Paulo: Malheiros, 1999

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 6. ed. Atualizada por Izabel C. L. Monteiro e Yara D. P. Monteiro. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

MENDONÇA, Maria Lirida Calou de Araújo e; ALMEIDA, Saulo Nunes de Carvalho. A extrafiscalidade tributária como mecanismo de concretização do dirito fundamental à educação. *In*: **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, pp. 678-704, jul./dez. 2011.

NUNES, Antonio José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. O Estado, a constituição e a economia. In: ____ (Org.). **Estado, constituição e economia**. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz, 2008.

____. O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização. In: ____ (Org.). **Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009.

____; ANDRADE, Mariana Dionísio de. AYN RAND revisitada e a materialização dos direitos sociais. *In*: **Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

SENTO-SÉ, Jairo Lins de Albuquerque. **Trabalho escravo no Brasil na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.

SINGER, Paul. **Globalização e desemprego**: diagnóstico e alternativas. 8ª ed. Sâo Paulo: Contexto, 2012.

RECEBIDO EM: 12/12/2017
APROVADO EM: 02/03/2018

 doi:10.30612/videre.v10i19.6246

DIREITOS HUMANOS LINGUÍSTICOS: O IDIOMA COMO INSTRUMENTO DE MANUTENÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA DO IMIGRANTE

LINGUISTIC HUMAN RIGHTS: THE LANGUAGE AS INSTRUMENT OF MAINTENANCE OF THE HUMAN DIGNITY OF THE IMMIGRANT

Thais Silveira Pertille[1]

Marcelo Cesar Bauer Pertille[2]

RESUMO: A presente análise pretende demonstrar a importância dos direitos linguísticos na manutenção da dignidade humana dos imigrantes. Para tanto, parte-se da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos que, pode-se dizer, além de baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, vem suprir uma enorme lacuna nessa em seu intuito de proteção. O lapso encontrar-se-ia na abstração do ser humano idealizado na Declaração, em sua falta de concretude. De encontro a essa abstratividade do ser, a ideia da presente pesquisa baseia-se nos direitos linguísticos como um instrumento a garantir que os problemas de cada sociedade em particular sejam tratados de acordo com sua especificidade cultural. Para tanto, leva-se em consideração que para preservação da dignidade das pessoas, não se pode desconsiderar que a cultura é integrante indissociável de um ser, de como ele se reflete e identifica com a vida. Tal percepção é o mote que segue esse trabalho para que se trate da questão dos imigrantes à luz dos direitos humanos em sua perspectiva moderna, haja vista que essas pessoas deixam seus locais de origem, mas levam consigo a linguagem que, enquanto preservada, lhes servirá de referência histórica, cultural e edificante de sua dignidade.

Palavras–chave: Direitos Humanos linguísticos; Imigrantes; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This analysis aims to demonstrate the importance of linguistic rights in maintaining the human dignity of immigrants. It is based on the Universal Declaration of Linguistic Rights, which can be said, in addition to being based on the

1 Mestranda no Programa de pós Graduação em Direito da UFSC, bolsista Capes, pós-graduanda em Filosofia e Direitos Humanos (PUCPR) e graduada em Direito (UFSC). Membro do Observatório de Justiça Ecológica (UFSC) - Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq. thaispertille@gmail.com

2 Mestrando em Ciências Criminais (PUCRS). Especialista em Processo Penal (UNIVALI). Especialista em Direito Público (UNIVALI). Professor de Direito Penal e de Direitos Humanos do curso de graduação em Direito da UNIVALI/São José. Professor de Direito Penal da Escola do Ministério Público de Santa Catarina e de cursos preparatórios para concursos públicos. Bolsista CAPES. Advogado. marcelopertille@yahoo.com.br

Universal Declaration of Human Rights, to fill a huge gap in this for its protection. The lapse would be in the abstraction of the human being idealized in the Declaration, in its lack of concreteness. Against this abstraction of being, the idea of the present research is based on linguistic rights as an instrument to ensure that the problems of each particular society are treated according to their cultural specificity. Therefore, it is important to bear in mind that for the preservation of the dignity of the people, one cannot disregard the fact that culture is inseparable from a being, how it is reflected and identified with life. Such a perception is the motto that follows this work to address the issue of immigrants in the light of human rights in their modern perspective, given that these people leave their places of origin, but take with them the language that, as preserved, will serve them of historical, cultural and uplifting reference of its dignity.

Keywords: Linguistic human rights; Immigrants; Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

O tema dos direitos linguísticos adquire força no contexto das transformações que permeiam o mundo. Nessa contemporaneidade caleidoscópica, fruto de diversas realidades em um mesmo contexto social e político,vê-se um aumento de movimentos de crescente diversidade cultural e, por consequência, de oportunidades de interação linguística. Desde os colonialismos até a globalização, a caracterizar-se pela revolução tecnológica e pela ausência de barreiras à circulação do capital, é possível diagnosticar movimentos de subordinação política, econômica e social que implicam na imposição direta de uma língua estrangeira sobre a local, ou em distorções de valores dessa natureza. Isso, por consequência, promove uma espécie de hierarquia linguística que afeta a cultura dos falantes a ponto de perpetuar substituições linguísticas mesmo quando povos colonizados ascendam à soberania.

O tema da linguística invoca questões demasiadamente importantes aos Direitos Humanos em razão de que por meio das línguas é que se sabe que os indivíduos conseguem viabilizar sua identidade, promovendo vínculos com a cultura de origem, não deixando que práticas e saberes regionais despareçam, pois a exteriorização de suas demandas são perfectibilizadas em grande parte pela fala e os significados de palavras.

Assim é que o tema da linguística passa a interessar decisivamente ao direito, já que viabilizar estruturas jurídicas para que os indivíduos possam falar e se expressar de formas e maneiras mais próximas de suas reais intenções e necessidades passa a ser fundamental. Essas questões reforçam a necessidade de se pensar o papel do Direito como instrumento apto a assegurar que os desenvolvimentos econômico e tecnológico não impliquem no esquecimento das características inerentes aos diversos contextos da dignidade humana, dentre eles, à possibilidade de manutenção de raízes culturais. E é aqui que os Direitos Humanos se interseccionam com o tema, entendendo os direitos linguísticos como ponto que necessita de importante atenção a contribuir com as variadas formas de liberdade.

Com isso em vista, esta análise reflete o inicio da busca pela compreensão dos direitos linguísticos no cenário de efetivação dos direitos humanos e a implicância que o tema possui no contemporâneo processo migratório.

Para tanto, parte-se da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos que, pode-se dizer, além de baseada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, vem suprir enorme lacuna com seu intuito de proteção, quando se alocará o tema dos direitos linguísticos no espectro dos Direitos Humanos. Após, a preocupação é no sentido de ratificar esses direitos como necessários à satisfação da dignidade humana.

1. A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS LINGUÍSTICOS EM SEU PAPEL CONCRETIZADOR DOS EFEITOS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

Uma marca de horror é deixada pela Segunda Guerra Mundial, evidenciando a capacidade humana de se autodestruir e a necessidade de encontrar um meio de garantir, para além da sobrevivência, a dignidade a todos os povos. Nas palavras de Flávia Piovesan, "se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução" (2016, p. 253 B).

Destarte, a Organização das Nações Unidas surgiu como uma medida pós Segunda Guerra Mundial, com o intuito não só de arbitragem entre os conflitos Bélicos, mas com o objetivo de colocar as guerras em um âmbito fora da lei. Nessa acepção, a Organização das Nações Unidas "nasceu com a vocação de se tornar a organização da sociedade política mundial, à qual deveriam pertencer, portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana." (COMPARATO, 2015, p. 226). A ONU, na tentativa de ser mais eficaz do que sua antecessora,a Liga das Nações, pode-se dizer que se ergueu em torno do alcance da paz global por meio do desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados e da união de todos em prol da resolução de problemas econômicos, sociais, culturais e humanitários que ofendessem ou que representassem perigo de ofensa à dignidade dos seres humanos[3].

E como consequência dos propósitos declarados pela Organização, em 10 de dezembro de 1948 foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, nas palavras de Fabio Konder Comparato, representou "a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens." (2015, p. 238). Na interpretação de Jayme de Altavila, a Declaração perfez"a página mais brilhante do pensamento jurídico da humanidade e, em tese, o diploma de sua maior conquista." (2001, p. 243)

A Declaração de 1948 edificou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade, fazendo reprodução da Declaração Francesa, conforme se confirma de seu artigo primeiro, segundo o qual "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade" (FRANÇA, 1948, p. X).

Importante frisar que apesar da importância que o documento supracitado possui para as lutas pelos direitos acerca das variadas formas de liberdade, as questões para a efetivação da igualdade e fraternidade não foram pontos privilegiados numa primeira etapa de implementação dos novos ideais humanitários que passaram a vigorar. Isso

3 Vide preâmbulo, propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas.

porque a política global iniciava uma nova série de pautas diretamente ligadas à modelos de administração econômica e social, o que, em razão dos dois blocos que surgiram no segundo pós-guerra (americanos e soviéticos), com bases ideológicas bastante antagônicas, tornava a conversa sobre esses pontos demasiadamente complexa. De todo modo, as liberdades, não apenas de ir e vir, começavam a ter mais atenção por parte dos Estados que agora tinham que honrar seus compromissos junto a ONU.

É certo que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi a responsável pela internacionalização do objetivo de que todos os seres humanos, exclusivamente pela condição nata de humano, possam ter a possibilidade de fruir de sua respectiva vida digna. Contudo, os desejos expressados por essa Declaração encontram e encontram inúmeras dificuldades, principalmente de ordem prática.

Ainda que os Direitos Humanos estivessem sob holofotes, o desejo comum de paz e dignidade para todos os habitantes do planeta sempre encontrou entrave na soberania dos Estados envolvidos, assim como na dificuldade inerente ao processo de tentar atender aos interesses das diversas culturas do globo. Tal situação ficou clara não apenas quando as preocupações voltaram-se para o bem estar de pessoas para além dos limites territoriais, mas também a partir das circunstancias identificadas dentro das próprias fronteiras, percebidas quanto aos grupos menores.

Sem negar a importância e a intenção humanitária sob a qual foi redigido o mencionado dispositivo, porém, ao declarar que todos os homens nascem iguais, parte a Declaração de uma incoerência, pois as diferenças entre os seres humanos são facilmente detectadas quando analisados contextos concretos. Nas palavras de Joaquin Herrera Flores, a igualdade posta-se "como se nos dissessem que todos têm os instrumentos e meios para construir seu palácio de cristal (2009, p. 37). Costas Douzinas, corroborando a crítica em relação a característica da igualdade dos direitos humanos, questionando as características muito concretas que passaram a integrar o ser humano abstrato da Declaração afirma que quando "o menor material empírico ou histórico é introduzido na natureza humana abstrata, (...) com gênero, raça, classe e idade, a natureza humana com sua igualdade e dignidade sai de cena rapidamente" (2009, p. 110).

Ainda que considerada a ideia da Declaração como inspiração para as legislações nacionais, pois, conforme Amartya Sen, o que se articulava ou ao que se aderia era "uma afirmação ética – não uma proposição sobre algo já legalmente assegurado" (2009, p. 394), na prática, conforme a crítica de Costas Douzinas, a abstração do texto quanto ao referido dispositivo, principalmente no que se refere à necessária concretização do sujeito de direitos, não encontra guarida na realidade, esclarecendo o autor que o sujeito da declaração "Ou é muito abstrato para ser real, ou muito concreto para ser universal" (2009, p.113). Sendo assim, vale ressaltar que os problemas de determinadas sociedades exigem soluções no nível de sua especificidade cultural, apresentando-se a Declaração, nesse aspecto, genérica e inconsistente.

Ademais, o homem abstrato só tem finalidade para corresponder à outra característica pouco sólida dos direitos humanos: a universalidade. Visto que os homens reais não são iguais, também não seria possível que seus problemas e angústias pudessem ser sanados por meio de uma disciplina única para as mais variadas formas de cultura.

Aqui se faz necessário salientar que a implantação de direitos com características universais, tal qual constante na Declaração, em muito estava relacionada com

a política intervencionista vivida à época da Guerra Fria. Segundo Joaquim Herrera Flores essa constatação não desmerece a importância histórica da Declaração, mas "nos ajuda a colocá-la em seu contexto concreto, o qual, em momentos posteriores, pode nos servir para explicar algumas das dificuldades que encontramos para sua implementação prática" (2009, p. 36).

Acerca da sedutora característica universal dos direitos humanos, baseados na dignidade da pessoa humana, reconhece-se aqui também outra incongruência. Conforme Sérgio Fernandes de Aquino e Leilane Serratine Grubba "a esperança em alcançarmos um padrão mínimo jurídico e ético para garantir igualitariamente a dignidade humana, convive, contraditoriamente, com a violação de tais garantias" (2015, p. 03). De modo que a dignidade sob o contexto universal também não se sustenta, pois, utilizada dessa forma paradigmática, acaba permitindo que seja trabalhada, recorrentemente, nos mais variados discursos, o que acaba justificando inúmeras atitudes políticas e jurídicas dissociadas do seu real significado, transformando-se em terreno infértil.

O que se evidencia até é aqui é que os problemas enfrentados pelas pluralidades de sociedades e personalidades existentes, exigem soluções diversas, na quantidade e variedade de sua especificidade cultural. Isto é, para que seja preservada a dignidade de um ser humano, não se pode desconsiderar sua cultura, vez que cultura é integrante indissociável do ser, de como ele se reflete e identifica com a vida.

Acerca da necessidade de se reconhecer as diferenças, Boaventura de Sousa Santos desenvolve uma visão multicultural dos direitos humanos, a qual se sustenta como "pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo" (SANTOS, 2014, p. 130). Para o autor o multiculturalismo refere-se à convergência de culturas sem aniquilação ou subjugação de uma ou outra e possibilitaria a convivência harmônica das sociedades com os efeitos da globalização, aproximando povos diferentes e contribuindo para a formação de um aspecto novo de universalidade.

De tal modo reconstituída, a universalidade passaria a ser entendida não como a expansão de uma mesma condição ligada a contextos de dignidade humana, mas sim à particularização de políticas de afirmação de dignidade em contextos concretos, visando pessoas, realidades e situações específicas, fundamentadamente reconhecidas. "Por mais que no mundo contemporâneo exista uma cada vez maior ligação entre localidades distantes e uma transnacionalização dos costumes, não podemos negar o caráter específico de cada povo que mantém a sua identidade própria" (GRUBBA e AQUINO, 2015, p. 15).

E é nessa perspectiva de multiculturalismo agregador que a linguagem tem papel essencial na composição da cultura como fator dignificante, uma vez que tem papel fundamental no desenvolvimento das sociedades como construtora das relações por meio da expressão de cada pessoa em toda sua unicidade. Sobre isso, acrescenta Karen Pupp Spinassé:

> A língua materna caracteriza o indivíduo e está intimamente ligada à sua identidade. Por esse motivo, a Primeira Língua (L1) é de estrema importância para uma pessoa: ela age como uma manifestação identitária pessoal e intrínseca do ao indivíduo. A

> nossa L1 nos caracteriza na sociedade, também pelo modo como a usamos e quão bem a dominamos. Entre falantes nativos de uma mesma língua é possível, por exemplo, deduzir a nacionalidade, o grau de instrução e até mesmo nível social do falante – apenas através da língua, da modalidade linguística. (2008, p. 127)

Por conseguinte, reconhecendo a importância da linguagem como transmissora e mantenedora da cultura dos povos é que emergem - em contraposição a pouca eficácia de outros instrumentos internacionais, incompatíveis em seus ideais abstratos de igualdade com a realidade pluriétnica cada vez mais presente no interior de muitas nações – os Direitos Linguísticos, por meio da Declaração Universal dos Direitos Linguísticos que foi redigida em 6 de Junho de 1996, na cidade de Barcelona com o patrocínio da UNESCO, expressando princípios que ancoram a aplicação de seus dispositivos em diversas esferas, são elas; a administração pública e organismos oficiais, o ensino, a onomástica, os meios de comunicação e novas tecnologias, a cultura e a socioeconômica.

Acerca da importância dignificante do ser humano, a própria Declaração dos Direitos Linguísticos prevê:"Todas as línguas são a expressão de uma identidade coletiva e de uma maneira distinta de apreender e descrever a realidade, pelo que devem poder beneficiar das condições necessárias ao seu desenvolvimento em todas as funções" (Art. 7º) e determina em seu artigo 10 que "Todas as línguas são iguais em direito" (BARCELONA, 1996).

Visando compreender de que forma a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos corrobora a construção da dignidade humana de forma concreta, o próximo tópico abordará alguns artigos do mencionado diploma que asseguram o reconhecimento do indivíduo pela sua cultura e lhe garantem o exercício dignificante da expressão desses valores.

2. OS DIREITOS LINGUÍSTICOS COMO MANTENEDORES DA DIGNIDADE HUMANA DOS MIGRANTES

Além dos direitos assegurados, a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos traz em seu bojo esclarecimentos sobre seus destinatários e conceitos, como se nota do art. 1º, que determina grupo linguístico como sendo

> qualquer grupo de pessoas que compartilham o mesmo idioma instalado no espaço territorial de outra comunidade linguística, mas não com antecedentes históricos semelhantes, como é o caso dos migrantes, refugiados, pessoas deslocadas e membros das diásporas. (BARCELONA, 1996).

Tal definição de grupo linguístico, embora pareça apenas conceitual, é carregada de significado histórico no que toca a resistência e a luta por direitos humanos das minorias, vez que, o reconhecimento da diversidade linguística e a legislação em matéria linguística só "surge fundamentalmente como necessidade de proteger os direitos de um grupo linguístico quando esse sente que outro ameaça sua língua em um mesmo território" (HAMEL, 1995, p. 14).

Por esse ângulo, denota-se a relação entre direitos linguísticos e deslocamento humano, consubstanciada numa necessidade de garantias que só existe a partir do

embate entre culturas diferentes que não aprenderam a coabitar espaços sem agredirem-se ou violarem as suas dignidades.

A despeito das dificuldades que possam existir na convivência de línguas diferentes em um mesmo local, a autora Karen Pupp Spinassé destaca fatores comuns acerca da linguagem no que tange os mais variados tipos migrantes, pois, segundo ela, a língua desempenha duas funções bastante claras na perspectiva do estrangeiro:

> Ela pode agir como ponto crucial do processo de integração daquele indivíduo nesta sociedade, através da tentativa por parte dele de aprender a nova língua e fala-la satisfatoriamente no que diz respeito à comunicação; todavia, o fator linguístico pode afastar ainda mais as realidades já distintas, servindo como ponto de atrito, causador de dificuldades, e consequentemente, como fator de exclusão. (2008, p. 128)

A questão sobre os migrantes e os impasses que seu tratamento político gera no âmbito da proteção da dignidade humana pode ser vista não apenas sob a óptica da contenção desse direito, que também é humano, mas também com olhares tendentes a definir meios de recepção aptos a permitir que as pessoas tidas como refugiadas, migrantes, pessoas deslocadas e apátridas possam, de fato, recomeçar suas vidas em outros locais.

Os direitos linguísticos, em um nível individual, têm a importância do direito que cada pessoa pode "identificar-se de manera positiva con su lengua materna, y que esta identificación sea respetadapor los demás" (Phillipson, 1994, p.02). Segundo Rainer Henrique Hamel, isso implica, em matéria de direitos fundamentais, no direito que cada indivíduo tem de aprender e desenvolver-se livremente em sua própria língua materna, a receber educação pública através dela e usá-la em contextos oficiais socialmente relevantes. Por outro lado, segundo o autor, no que diz respeito às comunidades linguísticas, os direitos linguísticos compreendem o direito coletivo de manter sua identidade e alteridade etnolinguísticas (1995, p.13).

Essa é perspectiva ética que invoca a reflexão pela qual a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos leva a comunidade a refletir sobre sua atuação, indicando meios de tratamento e atitudes que, antes de uma determinação legal, tratam-se de uma tentativa de esculpir a moral social em pró da alteridade, como é o caso do seu artigo 2º, que declara que "Quando diferentes comunidades e grupos linguísticos coabitam num mesmo território, o exercício dos direitos deve reger-se pelo respeito entre todos e dentro das máximas garantias democráticas" (BARCELONA, 1996). Vale lembrar que, nas palavras de Amartya Sen, democracia é o governo onde todos tem voz, e que para uma sociedade possa evoluir ela deve ser capaz de superar os paroquialismo, ou seja, superar seus preconceitos territoriais através da abertura para opinião daqueles que vem de fora (2011, p. 15).

Salientando o escopo democrático que os direitos linguísticos desempenham, o artigo 6º exclui que uma língua possa ser considerada própria de um território "unicamente por ser a língua oficial do Estado ou ser tradicionalmente utilizada nesse território como língua de administração ou de certas atividades culturais" (BARCELONA, 1996). Denota-se que a língua oficial deveria contemplar de forma muito mais ampla os viventes de determinado Estado ou país.

De encontro a esse ideal democrático mostra-se o caso da Suíça em que os estrangeiros constituem cerca de um quarto dos oito milhões de habitantes do país.

Provenientes de países da União Europeia, como a Alemanha ou ainda dos Bálcãs e da África, esses estrangeiros não só não tem direito ao voto em decisões que os afetam diretamente, mas também não são levados em conta para determinação oficial linguística, o que os exclui do exercício da cidadania e da fruição de sua dignidade quando são expressamente ignorados pela lei. (DEUTSCHE WELLE, 2016).

Permitir que as pessoas se expressem da forma como aprenderam originalmente é um primeiro passo para perfectibilização de uma real democracia. Sobre isso, a autora Seyla Benhabib lembra que "apesar da evolução mundial em termos de normas cosmopolitas que protegem estrangeiros, imigrantes e refugiados, as leis eleitorais de cada país ainda excluem os não nacionais da democracia" (2012, p.22).

Não tão longe, mesmo no Brasil, a história noticia casos de atentados severos contra os direitos humanos cometidos contra os imigrantes alemães na primeira metade do século passado, quando, na chamada Era Vargas, tentou-se implantar o Estado Novo com um nacionalismo de intensa valorização da cultura brasileira e consequente supressão das influências externas, proibindo-se o ensino do alemão nas escolas e mesmo sua fala em público. Na época, "644.458 pessoas, em sua maioria absoluta cidadãos brasileiros, nascidos aqui, falavam alemão cotidianamente no lar, numa população estimada em 50 milhões de habitantes" (2009, p. 04). Sendo que o italiano - falado por 458.054 pessoas, segundo dados do IBGE de 1940 - e o japonês também foram proibidos. Isso por conta de esses países terem assumido posição de inimigos brasileiros nos eventos da Segunda Guerra Mundial. Em 1939 proibiram-se os jornais e revistas em outros idiomas, chegando ao ponto de se queimar livros e documentos escritos em línguasdiversas do português (SEYFERTH, 1999, p. 345).

Destaca-se que no caso dos imigrantes alemães no Brasil a língua teve um papel fundamental, não só para os próprios alemães que, afastados de tudo que conheciam, encontravam reduto em um processo comum de comunicação, mas principalmente aos territórios que ocuparam, vez que esses tiveram o desenvolvimento alavancado por um povo cuja a cultura que ali existia (incluindo o idioma) os fortaleceu.

Trabalhando com dados desta contemporaneidade, Gilvan Müller de Oliveira adverte que "no Brasil de hoje são falados por volta de 200 idiomas. As Nações indígenas do país falam cerca de 170 línguas (chamadas autóctones) e as comunidades de descendentes de imigrantes outras 30 línguas (chamadas de línguas alóctones)" de forma que, assim como na maior parte do mundo – 94% dos países falam mais de uma língua – a regra é o plurilinguísmo (2009. p. 01). Esses números colocam o Brasil entre os dez países do mundo com maior diversidade linguística.

Dados assim e memórias dessa natureza mostram o quão importante é que casos de desrespeito à cultura linguística ganhem notoriedade e que a existência de uma Declaração que protege as pessoas nesse sentido torne-se fato de conhecimento de um número cada vez maio de pessoas para que se dê a valorização dos direitos humanos para aqueles que sofrem, mantendo-se neles a esperança. A simbologia pode não ter concretude em si, mas atua intermediando o ideal e o real; "os direitos humanos, assim como o princípio esperança, funcionam no abismo entre a natureza ideal e a lei, ou entre as pessoas reais e as abstrações universais" (DOUZINAS, 2009, p. 157).

Registra-se que o cerceamento do exercício da língua de origem diz respeito à verdadeiro atentado a dignidade humana, visto que, por meio da repressão do

idioma, no caso brasileiro, foram reprimidos a cultura e o modo como viviam e identificavam-se aqueles povos aqui alojados. As consequências foram terríveis em termos individuais e coletivos, privando-se pessoas de sua própria identificação e toda uma geração seguinte de se desenvolver sob a influência da sua cultura de origem. Daí a importância de dispositivos como o artigo 3º da Declaração dos Direitos Linguísticos que dispõe:

> Artigo 3.º 1. Esta Declaração considera como direitos individuais inalienáveis que devem ser exercidos em todas as situações os seguintes: o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística; o direito ao uso da língua em privado e em público; o direito ao uso do próprio nome; o direito a relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem; o direito a manter e desenvolver a própria cultura; e todos os outros direitos de caráter linguístico reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de Dezembro de 1966 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da mesma data. (BARCELONA,1996)

Seja na Suíça ou no Brasil, a prática demonstra que pessoas, dignas somente pelo fato de existirem, ao cruzarem determinada linha imaginária, identificada pelo direito como fronteira, passam a ter suas humanidades relativizadas. Tal situação expõe os efeitos negativos do nacionalismo, mostrando que é o direito que acaba por excluir milhares de pessoas para, num segundo momento, em nome dos direitos humanos, procurar justificar-se com campanhas de apoio e socorro às suas próprias vítimas. Portanto, as ficções da sociedade atual consubstanciadas em soberania e nacionalidade, criadas com intuito de proteger o homem local, chegaram ao absurdo da racionalidade quando acabaram por legalizar um modo de tirar a condição humana daqueles tidos como estrangeiros, os não nacionais.

Denota-se, nesse contexto, que os estrangeiros e migrantes, que muito necessitam da proteção do Estado, são justamente aqueles que ficam à sua margem. Conforme Gustavo Oliveira de Lima Pereira apresentam-se os deslocados como "o resíduo do estado de direito" (2011, p. 79). Nas palavras do mesmo autor, apátridas, refugiados, imigrantes forçados podem ser identificados como aqueles que "restaram após a afirmação histórica dos direitos humanos e sua 'conquista'" (2011, p. 79).

Destarte, é nesta perspectiva que textos como a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos têm sua importância declarada principalmente quando esclarecem e vedam práticas como a aculturação,pois segundo José Passini "sempre que uma pessoa for compelida ao estudo da língua nacional de outro povo – a não ser com o objetivo de ampliar sua cultura – estará sofrendo restrição no seu direito linguístico" (2006, p.01). Dispõe o artigo 4º, nesse sentido:

> Artigo 4.º 1. Esta Declaração considera que as pessoas que se deslocam e fixam residência no território de uma comunidade linguística diferente da sua têm o direito e o dever de manter com ela uma relação de integração. Por integração entende-se uma socialização adicional destas pessoas por forma a poderem conservar as suas características culturais de origem, ao mesmo tempo que compartilham com a sociedade que as acolhe as referências, os valores e os comportamentos que permitirão um funcionamento social global, sem maiores dificuldades que as experimentadas pelos membros da sociedade de acolhimento. 2. Por outro lado, esta Declaração considera que a assimilação — entendida como a aculturação das pessoas na sociedade que as acolhe, de tal maneira que substituam

> as suas características culturais de origem pelas referências, pelos valores e pelos comportamentos próprios da sociedade de acolhimento — em caso nenhum deve ser forçada ou induzida, antes sendo o resultado de uma opção plenamente livre. (BARCELONA,1996)

No Brasil, mais uma vez, tal ressalva mostra-se deveras importante, recordando-se que os primeiros habitantes desta terra sofreram o impacto da aculturação pela linguagem até o ponto de ter sua cultura praticamente dizimada. O "Diretório dos Índios", documento de 1758 pelo qual o Marquês de Pombal impôs a "língua do príncipe" aos indígenas, dispunha que "Sempre foi uma máxima inalteravelmente praticada em todas as nações introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios para desterrar dos povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes" (ALMEIDA, 1997, p. 06). Atualmente, vige a Constituição Federal de 1988 pela qual o direito à língua própria foi reconhecido aos indígenas no artigo 231.

A aculturação constitui um problema bastante comum ocasionado pelas diásporas e pela falta de receptividade dos países de destino dos migrantes que, quando não os impedem de ingressar em seu território, muitas vezes não acolhem suas diferentes culturas, fazendo com que fique para trás na história dessas pessoas não somente bens materiais e a vida que conheciam, mas parte de sua identidade e, consequentemente, de sua dignidade.

Nesse sentido, é importante não esquecer o ensinamento de Boaventura de Souza Santos, para quem, em razão do caráter plural do fenômeno de globalização, faz-se necessário atentar para processos como o que ele chama de localismo globalizado. Trata-se do processo pelo qual determinado fenômeno local é globalizado com sucesso e, dessa forma, funcionara sempre como "choque de civilizações tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo." (1997, p. 111). Em outras palavras, o caminhar humano pelo mundo não só tem tido o papel de acrescentar culturas, mas também de muda-las, contaminá-las e até mesmo, aniquilá-las. Ademais, é de se se recordar as palavras do poeta mexicano, Octavio Paz, quem lembra que

> A extinção de cada sociedade marginal e de cada diferença étnica e cultural significa a extinção de uma possibilidade de sobrevivência da espécie inteira. Com cada sociedade que desaparece, destruída ou devorada pela civilização industrial, desaparece uma possibilidade do homem – não só de um passado e um presente, mas um futuro. (*apud*, LIMA, 2017)

Apesar desse contexto, importa ressaltar que não é comum encontrar trabalhos que abordem os direitos linguísticos, sendo ainda mais curioso que aqueles a que se tem acesso, em regra, não são de pesquisadores das ciências jurídicas. Segundo Gilvan Müller de Oliveira, mesmo na área da linguística brasileira, "o estudo da diversidade linguística, isto é, do plurilinguismo, tem um lugar apenas modesto nos esforços de pesquisa" (2009, p. 06). De outro lado, não há dúvidas de que se está diante de um grave problema de Direitos Humanos, quando, então, a teoria jurídica necessita dedicar esforços a ponto de criar e viabilizar mecanismos jurídicos para a proteção dos direitos linguísticos, de onde outros tantos direitos decorrem, efetivando-se, assim, o núcleo nodal do humanismo jurídico: a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O estudo, a publicização e o diálogo acerca de instrumentos garantidores da dignidade humana, cenário no qual se enquadra a Declaração Universal dos Direitos Humanos, mostram a necessidade de ideais tendentes a inspirar leis nacionais e fortalecer o sentimento de união da espécie, assim como, numa perspectiva de alteridade supranacional, o reconhecimento do diferente como possibilidade de evolução dos seres humanos e de suas culturas.

Dessa forma, o presente artigo visou demonstrar alguns pontos da referida Declaração que constituem importantes premissas a serem incorporadas pelos países com vistas à implementação do princípio da dignidade humana.

Foi possível verificar por meio de exemplos do Brasil e do mundo que os direitos linguísticos enquanto face dos Direitos Humanos não são discutidos sem propósito sério e comprometido com a dignidade. Constituem, portanto, indispensável ponto quanto ao mote dos direitos humanos, servindo suas discussões no intento de medidas a serem efetivadas sob o contexto prático. Visão prática essa que se torna possível quando é também possível reconhecer os mais variados alvos de proteção sem desconsiderar que pessoas diferentes exigem tratamentos na proporção de sua distinção.

Portanto, desenvolver a igualdade almejada pela espécie humana no sentido que o conceito de igualdade realmente deve ter nesse âmbito, refere-se à concretização da dignidade por meio do respeito e da possibilidade de viver a diferença.

É nessa perspectiva que reside a importância de textos como a Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, como fundamento ético, de aplicação cogente, para o desenvolvimento de leis dentro dos Estados que recebem migrantes visando a manutenção da dignidade desses mesmos que fora de suas correspondências culturais. Reconhecer os mais variados idiomas aparece como fator determinante no processo de fortalecimento e conservação das diversas culturas, constituindo-se em reconhecimento do indivíduo e da importância de suas diferenças em uma sociedade que, de fato, deve perseguir ideias de valorização do pluriculturalismo.

A língua é fator decisivo na identidade dos indivíduos, promovendo vínculo com a cultura de origem e proporcionando que seja possível que o ser humano melhor comunique-se a ponto de fazer valer suas necessidades e ideias de participação social. A língua é, portanto, elemento essencial dos sujeitos de direitos, que devem ser assim vistos em nome das conquistas dos Direitos Humanos. Língua, cultura, liberdades, reconhecimento e identidade são ângulos de uma mesma paisagem que pretende cada vez mais deixar nítida a imagem de valorização do humano que realmente possa ser, existir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Rita Heloísa de. O Diretório dos Índios: um projeto de "civilização" no Brasil do século XVIII. Brasília, UnB, 1997. (Com fac-símile do Diretório dos Índios em apêndice).

ALTAVILA, Jayme de. Origem dos direitos dos povos. 9. ed. São Paulo: Ícone, 2001.

AQUINO, Sérgio Fernandes de; GRUBBA, Leilane Serratine. Direitos Humanos: O problema do Contexto. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.3, 2º quadrimestre de 2015. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791 Acesso em 20 de março de 2016.

BARCELONA, Espanha. Declaração Universal dos Direitos Linguísticos. 1996. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/a_pdf/dec_universal_direitos_linguisticos.pdf Acesso em 07/04/2017.

BENHABIB, Seyla. O declínio da soberania ou a emergência de normas cosmopolitas? Repensando a cidadania em tempos voláteis. Civitas, Porto Alegre, v. 12, n. 1, jan.-abr. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos – 10ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. França. 1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html

DEUTSCHE WELLE. Caderno de notícias on line. 2016. Disponível em: http://www.dw.com/pt-br/su%C3%AD%C3%A7os-votam-sobre-expuls%C3%A3o-de-estrangeiros-por-crimes/a-19076023

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. França. 1948. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html

DOUZINAS, Costas. O Fim dos Direitos Humanos. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

FLORES, Joaquim Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Fundação Boiteux. Florianópolis. 2009.

HAMEL, Rainer Henrique. Derechos linguísticos como direitos humanos: debates y perspectivas. Revista Alteridades, 1995, 5 (10), pp. 11-23.

LIMA, Jorge de. Devir Índio. Revista Cult nº 222, abril de 2017. São Paulo – SP. pp. 12-14

PEREIRA, Gustavo de Lima. A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade. Editora UniRitter. Porto Alegre. 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. São Paulo: Ed Cortez, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de Direitos Humanos. Lua Nova, Revista de Cultura e Política, São Paulo, nº 39, 1997. Disponível em: <https://books.

google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=0kCXAIgPBjUC&oi=fnd&pg=PA105&dq=artigo+cientifico+sobre++conceito+de+direitos+humanos&ots=PmzsICRd11&sig=-NuiKuqkrYAGpxFVxSDwxAf-0GY#v=onepage&q&f=false› Acesso em: 27/05/2017

SEYFERTH, Giralda. Os imigrantes e a campanha de nacionalização do Estado Novo. In:Repensando o Estado Novo. Organizadora: Dulce Pandolfi. Rio de Janeiro: Ed.Fundação Getulio Vargas, 1999.

SEN, Amartya. A ideia de justiça. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2011.

UNESCO (2006) Declaração Universal dos Direitos Linguísticos. Barcelona. Consultado a 3 de Janeiro de 2010. Disponível em:‹http://documentosrtl.wikispaces.com/file/view/Declara%C3%A7%C3%A3o+Universal+dos+Direitos+Lingu%C3%ADsticos.pdf›.

OLIVEIRA, Gilvan Müller de. Brasileiro fala português: Monolinguísmo e preconceito Linguístico. Revista Linguagem. 11ª ed. Novembro e Dezembro de 2009.

PASSINI, José. Direitos Linguísticos. Liga brasileira de esperanto. 2006. Disponível em: http://www.esperanto.com.br/conheca/opiniao/direitos-linguisticos/

PEREIRA, Gustavo de Lima. A pátria dos sem pátria: Direitos Humanos e Alteridade. Editora UniRitter. Porto Alegre. 2011.

PHILLIPSON, Robert. Linguistic human rights, past and presente. Linguistic human rights. New York. 1994, pp. 71-110.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Caderno de Direito Constitucional. Escola da Magistratura do tribunal Federal da 4ª Região. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Temas de Direitos Humanos. 9. ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2016.

PUPP SPINASSE, Karen. Os imigrantes alemães e seus descendentes no Brasil: a língua como fator identitário e inclusivo. Conexão Letras. Porto alegre. v. 3. 2008, pp. 125 – 140.

RECEBIDO EM: 22/02/2018
APROVADO EM: 04/05/2018

doi:10.30612/videre.v10i19.6829 Universidade Federal da Grande Dourados

MINORIAS SEXUAIS E HOMOFOBIA NO DIREITO BRASILEIRO: BREVES DELINEAMENTOS CONSTITUCIONAIS

SEXUAL MINORITIES AND HOMOPHOBIA IN BRAZILIAN LAW: BRIEF CONSTITUTIONAL DELINQUENCIES

Gabriela Soares Balestro[1]

Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia[2]

> "Época triste a nossa, em que é mais difícil quebrar um preconceito do que um átomo." (Albert Einstein)
>
> "Em nome de uma moral sexual dita civilizatória, muita injustiça tem sido cometida. O Direito, como instrumento ideológico e de poder, em nome da moral e dos bons costumes, já excluiu muitos do laço social." (Rodrigo da Cunha Pereira. *A sexualidade vista pelos tribunais*).

RESUMO: presente estudo trata da necessidade de dar proteção legal às minorias sexuais no que tange à criminalização de práticas discriminatórias. Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso protegeu várias minorias, inclusive os LGBT. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as consequências práticas da vivência plena da homossexualidade, sendo que tal fato pode ser observado diante da inércia na aprovação do Projeto de Lei n. 122/2006, que levou ao seu arquivamento recente, e no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão n. 26 e do Mandado de Injunção n. 4733 perante o STF que visa a criminalização da homofobia, considerando-se a inércia do Legislativo e os atos violentos praticados contra as minorias sexuais LGBT como atos de racismo. Ser hétero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado, pois sem dúvida deve haver o respeito aos princípios constitucionais de igualdade, da dignidade da pessoa, aliados aos demais valores fundamentais, e princípios gerais que regem o direito brasileiro.

1 Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires, Doutoranda em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia, Mestre em Direito (Relações Sociais e Democracia) pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, Especialista em Ensino de Espanhol pela Universidade Candido Mendes, Pós Graduanda em Educação pela Universidade Federal de São Del Rey, Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Licenciada em Sociologia pela Universidade Paulista - UNIP, Graduanda em Ciência Política pelo Centro Universitário Internacional. gabybalestero@yahoo.com.br

2 Doutor e Mestre em Direito pela UFMG; Professor Adjunto da UFOP e IBMEC – BH; Coordenador do Programa de Mestrado "Novos Direitos, Novos Sujeitos" da UFOP; Bolsista de Produtividade do CNPq; Advogado. alexprocesso@gmail.com.

Palavras–Chave: homoafetividade; igualdade; proteção legal; criminalização; homofobia.

ABSTRACT: This study addresses the need for legal protection for sexual minorities with respect to criminalization of discriminatory practices. In the 1988 Constituent Assembly, to prohibit discrimination of any kind, Congress legalized "being" homosexual. Since then, however, little has been done in the Legislature to combat prejudice based on sexual orientation. In its activity, congressmen continue to disregard the practical consequences of the full experience of homosexuality, considering that it can be observed on the inertia in the adoption of Bill no. 122/2006 and the judgment of the Writ of the Unconstitutionality n. 26 and the Writ of Injunction 4733 before the Supreme Court that seeks to criminalize homophobia, considering the violent acts committed against sexual minorities LGBT as acts of racism. Being straight or gay should not lead to any difference in treatment by the state, because without doubt there must be respect for constitutional principles of equality, human dignity, combined with other fundamental values and principles governing the law of Brazil.

Keywords: homosexuality; equality; legal protection; criminalization; homophobia.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proibiu a discriminação de qualquer tipo seja por raça, cor, sexo e qualquer outra forma de discriminação (art. 3º, IV). Nesse sentido, pode-se considerar que a Constituição, fundada em uma sociedade pluralista (Preâmbulo), não permite que o Estado promova ou permita haver discriminações, inclusive quanto à orientação sexual e à identidade de gênero; de igual forma, a Constituição coloca a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III), diz que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um de seus objetivos (art. 3º, I) e que o Estado Brasileiro dá prevalência aos Direitos Humanos (art. 4º, II)[3], além de se colocar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes a igualdade (art. 5º, *caput*) (etc.). Contudo, pouca coisa se fez no Legislativo Federal no que concerne ao combate do preconceito com base na orientação sexual.

3 E nesse sentido há vários Documentos Internacionais especificamente tratando da necessidade objetiva dos Estados adotarem políticas de proteção e de promoção de Direitos da minoria LGBT. Sobre isso ver: BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 89-106, abr./jun. de 2010. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/198675>; BAHIA, Alexandre Melo Franco . Direito à Não Discriminação e Homofobia no Brasil, Resoluções Internacionais e a Constituição de 88. In: José L. Quadros de Magalhães. (Org.). **Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional**. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 1-18; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. **Revista Direito GV**, v. 9, p. 65-92, 2013; BAHIA, Alexandre Melo Franco. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, p. 307-327; BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; BAHIA, Alexandre; MAGALHÃES, José L. Quadros de. **Direito à diferença. Volume 2: Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339-374; BAHIA, Alexandre Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88. **Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, p. 409-431, outubro 2010.

O debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia teve início com a proposição dos projetos de lei 4.242/03, 3.770/00, 05/2003 e 5.003/2001, reunidos no PLC 122/2006 e que, após ficar dois anos sem movimentação no Senado, foi arquivado em janeiro de 2015,[4] visto que os congressistas continuam desprezando a necessidade de dar proteção legal às consequências da vivência prática da homossexualidade, pois, a orientação sexual do ser humano não deve acarretar qualquer diferença de tratamento pelo Estado, pelo contrário deve receber o seu amparo e proteção.

É necessário derrubar o preconceito e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual, visto que em um Estado Democrático de Direito, não basta a inclusão social (política de redistribuição), é necessário também o reconhecimento.[5] O sistema de direitos fundamentais deve estar apto a detectar que certa minoria não possui o devido reconhecimento – violando-lhe o direito de igual tratamento em sua diversidade – e, pois, criar os meios necessários para incluí-la, tal como reclamado pelo art. 5º, §2º da Constituição. Nesse sentido, mostra-se premente a necessidade de proteção legal das minorias sexuais (LGBT) que estão colocadas à margem do descaso dos governantes, da violência e do preconceito. Eis o objetivo do presente estudo.

1. DO CONCEITO: A HOMOAFETIVIDADE

Primeiramente entende-se que a sexualidade na identidade de uma pessoa, representa uma "[...] dimensão fundamental da constituição da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade"[6] e, como tal, representa bem jurídico personalíssimo.

> A orientação sexual é uma componente da sexualidade enquanto conjunto de comportamentos relacionados com a pulsão sexual e com sua concretização. Se a atração sexual é dirigida para pessoas do mesmo sexo, designamos tal orientação por 'homossexualidade'; se ela se inclina para o sexo oposto, trata-se da 'heterossexualidade'; e, ainda, de 'bissexualidade', se o sexo do parceiro é indiferente.[7]

A identidade de gênero, relacionada às pessoas trans (transexuais, travestis, intersexuais[8] e demais pessoas que não se encaixam no modelo binário dos papeis dos gêneros masculino e feminino), por sua vez, diz respeito à "[...] experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos."[9]

---

4 http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados.

5 No sentido dado por FRASER, Nancy. Escalas de Justicia. Barcelona: Herder, 2008.

6 Roger Raupp Rios. **A homossexualidade no Direito**, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001, pág. 90-91.

7 BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 23.

8 Vulgarmente conhecidas por "hermafroditas".

9 **Princípios de Yogyakarta**, 2010, p. 07-10, disponível em: <http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf>. No mesmo sentido, Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006), In: Tereza Rodrigues Vieira. **Minorias sexuais** – Direitos e preconceitos, São Paulo: Consulte, 2012, p. 37-38.

Antes chamada de "transexualismo" ou "transtorno de identidade de gênero", a condição da pessoa *trans* deixou de ser considerada patologia pela mais recente versão do Manual Diagnóstico e Estatístico de Doenças Mentais – 5ª Edição – DSM-V, em fins de 2012.[10]

Ser LGBT não se trata de um "estilo de vida", uma "opção", "conduta", "comportamento". Está consolidado no meio científico que ser LGBT é manifestação natural da sexualidade humana, tão saudável como ser heterossexual: desde 1973 a homossexualidade foi retirada da classificação de patologias da Associação Americana de Psiquiatria; em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou a mesma postura; no Brasil, em 1985, o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal de Medicina deixaram de considerar a homossexualidade um desvio sexual; e, em 1999, por meio da Resolução nº 01/1999, o Conselho Federal de Psicologia estabeleceu regras para a atuação dos psicólogos em relação às questões de orientação sexual, declarando expressamente que a "homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio e nem perversão" e proibiu os psicólogos de colaborarem com eventos e serviços que proponham tratamento e/ou cura da homossexualidade; em 17 de maio de 1990, a Assembleia-geral da Organização Mundial de Saúde (OMS) retirou a homossexualidade da Classificação Internacional de Doenças (CID).

O vocábulo homossexualidade foi dado pelo médico húngaro Karoly Benkert no ano de 1869, formado pela raiz da palavra grega *homo*, que significa semelhante e pela palavra *sexus*, significando, portanto, o termo "sexualidade semelhante". Em 1911, E. Harsh-Haak cunhou a expressão homoerotismo na tentativa de acabar com o preconceito e valorizar as experiências afetivo-homossexuais.

Porém infelizmente ainda hoje é usada a palavra perversão para designar as relações sexuais fora da heterossexualidade. Na França ainda é usada a expressão *inversão sexual* já que entendem que as qualidades morais do indivíduo permanecem havendo apenas uma alteração em sua conduta sexual.

Maria Berenice Dias, ao criar a expressão homoafetividade no ano 2000 procurou "evidenciar que as uniões de pessoas do mesmo sexo nada mais são do que vínculos

10 Fala-se hoje apenas em "disforia de gênero", ou seja, corresponde ao sofrimento emocional, resultado de "uma incongruência marcante entre o gênero experimentado/exprimido e o gênero atribuído." (Zack Ford. APA Revises Manual: being transgender is no longer a mental disorder. **ThinkProgress**, 03 dec. 2012, disponível em: <http://thinkprogress.org/lgbt/2012/12/03/1271431/apa-revises-manual-being-transgender-is-no-longer-a-mental-disorder>). Contudo, alerte-se: "Algumas pessoas vêem nessa alteração um passo importante para a despatologização. Porém, ativistas trans de todo o mundo lutam pela retirada de tais classificações dos manuais de psiquiatria, afirmando que as identidades trans não são uma doença, lutando, assim, pelo direito de decidirem autonomamente sobre seus corpos. *'[...] a necessidade de uma avaliação psiquiátrica e um acompanhamento regular de candidatos à modificação corporal do sexo impõe uma adaptação a modelos tradicionais de masculinidade de feminilidade', o que exclui a diversidade dessa experiência e revela uma obstrução do direito à autodeterminação (AMARAL, 2011, p.84). [...] O sofrimento psíquico e os desconfortos gerados a partir da discordância entre o sexo biológico e o psicológico não são os únicos problemas enfrentados por essas pessoas. Dentro desse contexto, o desamparo e a vulnerabilidade são reforçados quando faltam apoio e suporte do Estado, principalmente nos casos em que os recursos financeiros são escassos.*" (Liliana Lopes Pedral Sampaio; Maria Thereza Ávila Dantas Coelho. **A transexualidade na atualidade: discurso científico, político e histórias de vida**, p. 11. III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades - 15 a 17 de Maio de 2013 - Universidade do Estado da Bahia – Campus I Salvador – BA, disponível em: <http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2013/06/A-transexualidade-na-atualidade-discurso-cient%C3%ADfico-pol%C3%ADtico-e-hist%C3%B3rias-de-vida.pdf>; grifou-se)

de afetividade"[11]. Já Enézio de Deus Silva Júnior[12] prefere a expressão homoessência, termo introduzido pela Associação Brasileira de Estudos da Homocultura que estuda as minorias sexuais[13].

Segundo Paulo Roberto Iotti Vecchiatti[14] "a homossexualidade é o sentimento de amor romântico por uma pessoa do mesmo sexo. Não constitui doença, desvio psicológico, perversão nem nada do gênero."

Nesse sentido, a homossexualidade[15] não é uma doença, nem uma opção e sim uma descoberta pessoal em um determinado momento da vida.

> Mais importante é a constatação de que muito mais prejudicial o que a homossexualidade em si é o avassalador estigma social de que são alvo gays, lésbicas, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros. São indivíduos que experimentam sofrimento originado na intolerância e no injustificado preconceito social. A busca pela despatologização da homossexualidade visa a defini-la como simples variante natural da expressão sexual humana, um comportamento que determina uma maneira de viver diferente.[16]

Assim, paulatinamente, a orientação sexual e a identidade de gênero vêm sendo reconhecidas como reflexo do direito à liberdade sexual, que integra a própria ideia de

11 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva: o preconceito e a justiça**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 48.

12 *Idem*.

13 "A Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT foi criada em 31.01.1995, com 31 grupos fundadores. Hoje é a maior rede GLBT na América Latina, composta por 203 organizações, sendo 141 grupos de gays, lésbicas, travestis e transexuais, e mais 62 organizações colaboradoras voltadas aos direitos humanos e AIDS. Na assembleia realizada por ocasião da Conferência Nacional, em junho de 2008, foi aprovada a alteração da sigla para LGBTT. A referência inicial é às lésbicas, depois aos gays e aos bissexuais. Os travestis, transexuais e transgêneros são contemplados pelos dois "T". A nova grafia, ao tornar mais visível a homossexualidade feminina, se coaduna com as expressões utilizadas internacionalmente." (DIAS, 2009, p. 49.)

14 "Tal entendimento é esposado internacionalmente pela Organização Mundial de Saúde, por meio de sua Classificação Internacional de Doenças n. 10, em sua última revisão de 1993 (CID 10/1993) e, nacionalmente, pela Resolução 01/1999 do Conselho Federal de Psicologia, e também pela Associação Americana de Psiquiatria desde a década de 1970. Assim, percebe-se que ela é uma das mais livres manifestações da sexualidade humana, ao lado da heterossexualidade. Não é ela uma 'opção' do indivíduo, pelo simples fato de que ninguém escolha em dado momento de sua vida se vai ser homo, hétero ou bissexual: as pessoas simplesmente se descobrem de uma forma ou de outra. Da mesma forma, não se consegue 'trocar' de orientação sexual ao longo da vida – os que se sentem genuinamente atraídos tanto por homens quanto por mulheres (ainda que em gradações diferentes) são bissexuais." (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** São Paulo: Método, 2008, p. 110-111.)

15 "Como se sabe, a sociedade contemporânea ainda tem muitas reservas com relação a homossexuais. Em decorrência da ignorância e de seus preconceitos sobre o tema, acaba dispensando um tratamento muitas vezes discriminatório com relação a homossexuais – seja por meio de agressões físicas, verbais ou até mesmo pela proibição da manifestação homoafetiva em determinados locais, quando manifestações heteroafetivas idênticas são permitidas. Faz isso por considerar a homoafetividade uma conduta "imoral", que seria passível de reprovação. Ora, se a sexualidade da pessoa dependesse da "opção" dela, qual pessoa escolheria de livre e espontânea vontade ser de uma forma que sofre o repúdio social? Qual pessoa não optaria em mudar para a orientação sexual que não é objeto de preconceitos? Entenda-se bem o que se está dizendo: não se trata de considerar esta ou aquela orientação sexual como "certa", "natural", e assim por diante. Trata-se apenas de afirmar que as pessoas optariam por viver da forma mais fácil, sem a dificuldade "extra"do preconceito social. Afinal, aqueles que amam pessoas do mesmo sexo têm, além das mesmas dificuldades cotidianas daquelas que direcionam seu amor a pessoas de sexto diverso, a dificuldade oriunda da discriminação homofóbica, do desprezo social." (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**, *cit*., p. 111)

16 DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**, *cit*., p. 43-44.

liberdade humana,[17] de construção da identidade, da personalidade do indivíduo e, enquanto tal, recôndito do mais íntimo da pessoa e merecedor da plena proteção jurídica.

A prática[18] da homoafetividade sempre esteve prevista na história da humanidade pelo fato de ser natural o desejo sexual e o carinho por pessoas do mesmo sexo. Foi apenas a Modernidade que classificou pessoas de acordo com preferências sexuais, uma vez que na Antiguidade Clássica os intercursos entre pessoas do mesmo sexo eram, segundo certos padrões culturais, vistos como parte do comportamento social, normalmente em complemento a comportamentos que hoje chamamos de heterossexuais. Foi o Cristianismo quem primeiro tachou tais intercursos como "pecado", para depois a Modernidade cartesiana (e homogeneizadora) reclassificar como "desvio" e "doença". Apesar de muitos avanços, mesmo hoje, no entanto, em vários lugares a homossexualidade (ou a bissexualidade) é apenas tolerada e não completamente aceita[19].

Infelizmente, os efeitos jurídicos das relações homoafetivas no Brasil ainda são poucos, pois há projetos de lei apresentados no Congresso Nacional que sequer foram votados[20] e o que se tem conseguido até hoje, no nível federal, são decisões judiciais e atos administrativos. Contudo, a omissão legislativa não pode servir de obstáculo à outorga de direitos e deveres nas relações homoafetivas.

Ora, admitir que LGBTs não possam celebrar o casamento civil, adotar crianças, fazer doação de sangue por sua mera orientação sexual e identidade de gênero pressupõe, implicitamente, que são pessoas indignas de gozar dos mesmos direitos, embora

17 Sendo a liberdade um fenômeno relacional (é-se livre sempre em relação a outro – assim como se é igual sempre em relação a outro) e valor fundante do regime democrático, ela se reflete, no que tange à questão ora sob análise, sob dois aspectos: a) "imunidade" – espelha a faceta jurídica, sendo entendida a liberdade como liberdade fundamental e/ou civil, daí se estabelecer no artigo inaugural da Declaração Universal dos Direitos Humanos que os *seres humanos nascem livres* e iguais *em dignidade e direitos*; b) "autonomia" – consubstancia a nuance normativo-moral, podendo ser conceituada como a "[...] faculdade de cada um ser suficientemente capaz de conduzir sua vida e fazer suas escolhas" (LOPES ,José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna, In: Roger Raupp Rios (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 46-47).

18 "Não há ' sugestionamento' na orientação sexual – o sugestionamento é inócuo, pois não tem nenhuma influência na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica na sexualidade, podendo tê-la apenas na forma como a pessoa se identifica socialmente em termos de sua sexualidade (no apresentar-se como homo, hétero ou bissexual, não no ser homo, hétero ou bissexual)." (VECCHIATTI, Paulo Roberto. **Manual da Homoafetividade**, *cit*., p. 111.)

19 "Se em um extremo estão os países mulçumanos e islâmicos, radicalmente conservadores, no outro estão a Holanda, os países nórdicos e mais recentemente a Argentina (restrita a Buenos Aires), como os mais liberais. Entre os conservadores e os liberais está o Brasil, um país com postura intermediária com tendências liberais pelas concessões feitas aos homossexuais." (AMARAL, 2003, p. 17).

20 O PLC 122/2006 ainda não votado pelo Congresso Nacional prevê que serão punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos. O Projeto de Lei de n. 6.655 B de 21 de fevereiro de 2006 prevê a alteração no art. 58 da lei de registros públicos possibilitando a substituição do prenome das pessoas transexuais. Há 14 anos, foi proposto um projeto de lei de união civil entre pessoas do mesmo sexo (PL 1. 151/95), mas, por pressão das bancadas religiosas, o projeto nunca chegou a ser votado e, atualmente, está defasado. Em março de 2009, foi apresentado outro projeto de Lei (PL 4.914/2009) que propõe que as mesmas garantias da união estável entre homem e mulher sejam válidas para casais formados por pessoas do mesmo sexo. O projeto que está sendo analisado pelo Comissão de Seguridade Social e Família facilitaria bastante a vida dos casais homoafetivos, principalmente no que se refere à adoção de crianças e adolescentes. Apesar de avançado, o projeto não prevê a conversão da união estável em casamento, o que elimina, por exemplo, o direito dos homossexuais casados de usar o sobrenome de seus companheiros.

lhes seja exigido cumprir os mesmos deveres que qualquer outro cidadão,21 e, pior, se institucionaliza a perversa ideia de que o Estado pode normatizar não só o modo de ser, o sentir, enfim, definir o modelo de *vida boa* de cada gay, lésbica, bissexual ou pessoa trans. Em outros termos, concretiza a *biopolítica*, designada por Foucault como o fenômeno que "[...] *faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana*"[22], exercendo o Estado e a sociedade controle sobre a sexualidade.

Essa postura do Estado consubstancia o que Hart[23] chamou de *populismo moral*: a concepção de que a maioria tem o direito de determinar a todos como devem viver. É, dentre todos os tipos de tirania, das mais cruéis, pois representa verdadeira dominação biopolítica do poder sobre o corpo, ou, para usar de outros termos, a colonização do *ser* do indivíduo pelo Estado.

Assim, tal ideia nega a essência mesma do Estado Democrático de Direito: "A liberdade, compreendida no limite do respeito simultâneo e compatível com igual liberdade de outrem, não é objeto de transação, pois se trata de um fim inerente à própria natureza humana, cuja proteção é a razão de ser de um estado de direito constitucional."[24] Segundo Gustavo Zagrebelsky:

> As sociedades pluralistas atuais – isto é, as sociedades marcadas pela presença de uma diversidade de grupos sociais com interesses, ideologias e projetos diferentes, mas sem que nenhum tenha força suficiente para fazer-se exclusivo ou dominante e, portanto, estabelecer a base material da soberania estatal no sentido do passado – isto é, as sociedades dotadas em seu conjunto de um certo grau de relativismo, *conferem à Constituição não a tarefa de estabelecer diretamente um projeto predeterminado de vida em comum, senão a de realizar as condições de possibilidade da mesma*.[25] (grifou-se).

Em sociedades plurais como as nossas não há mais consenso sobre questões de moralidade e "vida boa". Assim, a democracia, para ser legítima, deve estar em uma relação de tensão com o constitucionalismo, de tal sorte que as decisões do Estado não se configurem uma "ditadura da maioria". Constitucionalismo e Democracia estão em

21 É dizer, viola-se a cláusula da "equal protection under the law", da forma como trabalhado por Dworkin: a *equal protection clause* é elemento essencial em um regime constitucional, pois se refere ao direito fundamental que todo cidadão de uma comunidade de princípios tem de igual tratamento (a igualdade de oportunidades representada pelo direito de voto, por exemplo), bem como o direito de ser tratado como igual (igual consideração e igual cuidado); o conteúdo dessa cláusula não está pré-dado, sendo resignificado de tempos em tempos para ser novamente preenchido. Cf. DWORKIN, Ronald. Controvérsia constitucional. *Revista Sub Judice*, n. 12, p. 27-31, jan./jun. 1998; e: DWORKIN, Ronald. Igualdade como ideal. *Revista Novos estudos Cebrap*, n. 77, 2007, p. 233-240.

22 FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I**: A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 134; o mesmo autor ainda afirma: "O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder." (id., op. cit., p. 134).

23 HART, H. L. **Direito, Liberdade, Moralidade**. Trad. de Gerson P. dos Santos. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987, pág. 95.

24 LOPES, José Reinaldo de Lima, op. cit., p. 63.

25 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: ley, derechos y justicia. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995, p. 13.

uma relação de tensão, de forma que nenhum dos elementos pode se sobrepor ao outro. No que tange às decisões do legislativo, regidas justamente pelo princípio majoritário, as minorias devem ter oportunidades reais de, uma vez vencidas num pleito, se reagruparem politicamente e reapresentarem a questão no futuro e, em qualquer hipótese, devem poder levar ao Judiciário violações à Constituição decorrentes de decisões majoritárias violadoras dos Direitos Fundamentais fundadas no art. 60, §4º.

> La regla de la mayoría conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración (...) mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión.[26]

No longo prazo, a necessidade da decisão não elimina (mas, em vez disso, pressupõe) que a minoria "tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada".[27] No curto prazo, no entanto, essa minoria desfavorecida poderá se valer da instância judicial contramajoritária para assegurar seu direito de igualdade.

A partir disso podemos retornar a discussão sobre a **homofobia**.[28] Esta consiste na:

> [...] hostilidade, geral, psicológica e social, em relação àqueles e àquelas de quem se supõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rejeita a todos os que não se conformam com o papel determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade (hétero) em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas.[29]

Nessa perspectiva, ainda, o Parlamento Europeu, que, por meio da Resolução sobre a homofobia na Europa (2006)[30], estabeleceu:

---

26 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998, p. 247.

27 HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, *cit*., p. 248. Ver também: Cf. HÄBERLE, Peter. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodigo Haidar. *Consultor Jurídico*, 29.05.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 30.03.2015.

28 Em geral, adota-se como termo geral a expressão "homofobia" para designar a atitude de hostilidade contra lésbicas, *gays*, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTs), mas também se pode falar em homofobias específicas e suas problemáticas peculiares: em *gayfobia* (homofobia contra *gays*); *lesbofobia* (homofobia contra lésbicas); *bifobia* (homofobia contra bissexuais); e, por fim, *transfobia* (homofobia contra pessoas trans).

29 BORRILLO, Daniel. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001, p. 36, tradução nossa.

30 Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&referennce=P6-TA-2006-0018&format=XML&language=PT>. Frise-se que o item 1 é expresso a respeito de punição no Direito Penal: "Insta a Comissão a considerar a aplicação de *sanções penais* em caso de violação das directivas baseadas no artigo 13º do Tratado" – este é o "Tratado de Amsterdam"(grifou-se) (disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (Tratado de Nice, 2000) é claro ao tratar do tema: "Artigo 21º 1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou *orientação sexual*" (grifou-se). Proibindo tal discriminação nas relações de trabalho, está o documento da União Europeia que institui "Diretrizes Orientadoras Sobre o Tratamento Igualitário no Trabalho" (disponível em: <http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/2000-78-EC-es.pdf>).

> A.. (...) a homofobia pode ser definida como um receio irracional e uma aversão relativamente à homossexualidade e as pessoas do grupo LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transexuais) baseada em preconceitos análogos ao racismo, à xenofobia, ao antissemitismo (sic), ao sexismo, etc.,
>
> B. (...) a homofobia se manifesta nos domínios público e privado através de diferentes formas como, por exemplo, discursos de ódio e incitamento à discriminação, ridicularização, violência verbal, psicológica e física, perseguições e assassínios, discriminação em violação do princípio da igualdade e restrições injustificadas e não razoáveis de direitos, invocando, frequentemente, razões de ordem pública, de liberdade religiosa e de direito à objecção de consciência,

A omissão legislativa em prever a punibilidade à homofobia configura, na verdade, uma ação de exclusão de possibilidade de reconhecimento de direitos e de efeitos jurídicos de tais relações, configurando uma situação de "**proteção deficiente**", uma vez que os casos de violência são rotineiros e os mecanismos atuais do direito positivo são incapazes não só de contê-los, mas de punir os seus agentes.[31]

> Apesar da urgência quanto ao tema – há que se recordar, de antemão, que, "apenas no Brasil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual" (RIOS, 2001, p.279,280) –, (...) no nível federal interno, pouco ou quase nada de concreto tem sido feito, o que contrasta com ações do Brasil como entidade de Direito Público Externo, em Documentos Internacionais de que o país é signatário, algumas delas inclusive propostas por ele. De outro lado, os Municípios (e, também, os Estados) vêm mostrando ações mais diretas.[32]

O *site* http://homofobiamata.wordpress.com/ traz farto registro de casos, com fotos que podem chocar os menos afetos a questões criminais. Dentre tantos e tão chocantes casos, destacam-se alguns casos de extrema relevância ocorridos no Brasil.

Em 2000, na cidade de São Paulo, dezoito jovens da gangue Carecas do ABC espancaram o adestrador de cães Édson Neris,[33] ocasionando óbito deste por hemorragia interna e fraturas múltiplas.

Em Cassilândia (MS), uma adolescente de 16 anos foi enterrada de cabeça para baixo pela família da namorada.[34]

Na cidade de São Gonçalo (RJ), em 2010, o adolescente Alexandre Thomé Ivo Rajão[35], de apenas 14 anos de idade, foi torturado por cerca de três horas e assassinado por asfixia por uma gangue neonazista.

---

31 Sobre o tema ver: VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). **Direito criminal contemporâneo.** Brasília: Kiron, 2012, p. 109-132.

32 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, p. 90.

33 **Meio minuto para morrer**, Revista Veja, 16/02/2000, disponível em: ‹http://veja.abril.com.br/160200/p_112.html›.

34 **GO: Menina lésbica de 16 anos é morta por família da namorada**, Revista Lado A, 06 abr. 2011. Disponível em: ‹http://revistaladoa.com.br/2011/04/noticias/go-menina-lesbica-16-anos-morta-por-familia-namorada›.

35 **A cada 33 horas um homossexual é assassinado no país**, Portal EBC, 28/11/2012, disponível em: ‹http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/11/a-cada-33-horas-um-homossexual-e-assassinado-no-pais›.

Em 20 de fevereiro de 2015 um pai espancou até a morte o próprio filho de apenas 08 anos por medo de que ele virasse gay; o pai surrava a criança repetidas vezes para "ensiná-lo a andar como homem" e, na delegacia, afirmou: "Enquanto batia, mais irritava o fato de ele não chorar, o que fazia o depoente crer que a lição que aplicava não estava sendo suficiente e que, por isso, batia mais e mais".[36]

Em outro caso semelhante, um pai espancou o filho gay de 16 anos e, mesmo após este ter sido levado para a casa da avó para evitar novas agressões, o pai foi até o local, jogou novamente o filho no chão e começou a agredi-lo com socos e pontapés: "Bateu a cabeça do menino no chão e dizia que estava 'endemoniado' e que iria tirar o capeta dele na unha", contou a mãe à polícia; o adolescente levado ao hospital pelo próprio pai, no caminho, ameaçou matar o filho caso não deixasse de ser homossexual e, segundo testemunhas, o pecuarista amarrou uma corda na perna do garoto e ameaçou jogá-lo para fora do carro e arrastá-lo na rua.[37]

É de se ressaltar, ainda, que a Organização dos Estados Americanos (OEA), em comunicado, condenou o Brasil em duas oportunidades: a primeira pelo assassinato do adolescente gay Lucas Ribeiro Pimentel, vítima de roubo, foi espancado, empalado e teve os olhos perfurados[38]; a segunda foi assassinato brutal de duas mulheres trans, sendo que uma delas foi queimada e a outra apunhalada.[39] Ainda no âmbito da OEA vale destacar que o Brasil atualmente está respondendo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos por sua omissão/incapacidade de processar corretamente a violência sofrida por André Baliera.[40]

Muitos desses crimes são perpetrados por quadrilhas especializadas em cometer delitos homofóbicos e transfóbicos,[41] gangues neonazistas, como ocorreu em fevereiro

36 **Pai bate em filho até a morte na zona oeste do Rio**, R7, 20/02/2014, 06/08/2013, disponível em: <http://videos.r7.com/pai-bate-em-filho-ate-a-morte-na-zona-oeste-do-rio/idmedia/5306010e0cf276ddaad8b199.html>; **Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça**, O Globo, 05/03/2014, disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-11785342>.

37 **Pai espanca filho por ser homossexual**, Pragmatismo político, disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/pai-espanca-filho-por-ser-homossexual.html>.

38 **A CIDH condena assassinato de adolescente gay no Brasil**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>.

39 **CIDH condena assassinatos de mulheres trans no Brasil**, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2012/113.asp>.

40 JUSTIFICANDO. **Advogado ingressa na Comissão Interamericana contra Estado Brasileiro por não reprimir homofobia**. *Portal Justificando*, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/advogado-ingressa-com-denuncia-na-cidh-contra-estado-brasileiro-por-nao-reprimir-homofobia/>.

41 Em dezembro de 2012, policiais prenderam um suspeito de integrar uma quadrilha que atacava homossexuais: "O grupo usava um site de bate-papo para marcar encontros com as vítimas, que depois eram roubadas. A principal área de atuação era a zona oeste e o subúrbio da capital fluminense. De acordo com o delegado da 32ª DP, Antônio Ricardo, a quadrilha atacou, no mínimo, duas pessoas. 'Acreditamos que esse número seja maior, mas como a maioria das vítimas é homossexual, muitos têm vergonha de procurar a polícia para registrar queixa', explicou o delegado." (**RJ: suspeito de integrar quadrilha que atacava homossexuais é preso**, Terra, disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/rj-suspeito-de-integrar-quadrilha-que-atacava-homossexuais-e-preso,765ca97036cdb310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>).

de 2014 no centro de São Paulo[42], onde há conhecidos redutos LGBT: um grupo de *skatistas* espancou com chutes, socos e golpes de *skate* o auxiliar administrativo Bruno Borges de Oliveira, que veio a óbito em decorrência das agressões; segundo investigação da Polícia Civil, eles "escolhiam as vítimas por serem gays. Fazia parte do ritual de humilhação subtrair os bens das vítimas"[43]. A propósito, emblemática a declaração de um membro da gangue neonazista Carecas do ABC, em entrevista ao programa Conexão Repórter, do SBT, veiculado em 13/04/2011: "*O cara é uma criatura do inferno, é uma criatura do demônio. Essa raça é uma raça do demônio. Deus criou o homem e a mulher e não o homossexual*" (aos 7'34" da parte I).[44] Segundo entendimento do estudioso Gregory Herek:

> Informações sobre vitimização de homossexuais no mais das vezes foram obtidas a partir de amostras e pesquisas realizadas pela própria comunidade gay e lésbica. Como a documentação sobre violência anti-gay não tem sido prioridade para a justiça criminal ou para os estudiosos, os próprios ativistas homossexuais consideraram necessário realizar suas próprias investigações. A qualidade metodológica e a amostra utilizadas e alguns desses levantamentos às vezes deixa a desejar. A falta de recurso também prejudica tais iniciativas. Apesar de tais problemas, os resultados destes *surveys* permitem reconstruir um quadro coerente e dramático dos crimes homofóbicos: um ponto a mais para os pesquisadores que realizaram esses trabalhos.[45]

Em 2012, pela primeira vez, o Poder público apresentou um relatório sobre homofobia, com dados referentes a 2011[46]: foram registradas 6.809 denúncias de violações aos direitos humanos da população LGBT, dentre as quais 278 foram homicídios, merecendo destaque o fato de que a maioria dos casos de violência contra LGBTs é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%.

Em 2013[47], com os dados referentes ao ano de 2012, a violência homofóbica cresceu 166% em relação a 2011, tendo sido registradas 9.982 violações relacionadas

---

42 "Autoridades reconhecem o acréscimo nos ataques à população homossexual e dizem que grande concentração de estabelecimentos LGBT na região colocam gays no alvo dos grupos extremistas" (**Aumento de crimes de homofobia no centro de SP preocupa comunidade gay**, iGay, 26/01/2014, disponível em: <http://igay.ig.com.br/2014-01-24/aumento-de-crimes-de-homofobia-no-centro-de-sp-preocupa-comunidade-gay.html>). Veja-se, ainda, estudo realizado pelo Centro de Combate à Homofobia que comprova essa vulnerabilidade acentuada: **Ataques homofóbicos em SP se concentram no centro, diz estudo**, Folha de São Paulo, 19/02/2011, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/02/878162-ataques-homofobicos-em-sp-se-concentram-no-centro-diz-estudo.shtml>.

43 **Skatistas são suspeitos de matar gay em São Paulo**, Folha de São Paulo, 03/02/2014, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1406627-skastistas-sao-suspeitos-de-matar-gay-em-sao-paulo.shtml>.

44 Disponível em: parte I - <http://www.youtube.com/watch?v=pPgWZh48SVk>; parte II - <http://www.youtube.com/watch?v=ZLKyYt-1r7A>.

45 **Hate crimes.** Confronting violence against lesbians and gay men, 1992.

46 **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil**: o ano de 2011. Brasília, 2012, disponível em: <http://www.sedh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>.

47 **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil**: o ano de 2012. Brasília, 2013, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>.

à população LGBT, das quais 310 foram homicídios; no tocante às vítimas, a grande maioria ainda é do sexo masculino (71%), gay (60,44%) e com idade entre 15 e 29 anos (61,33%) e, com relação aos autores das agressões, a maioria é conhecida da vítima (51%), sendo que 38% das violações ocorrem na casa da vítima e 30% nas ruas.

Nesse sentido, os dados estatísticos e a ocorrência de crimes graves à população LGBT comprovam que o direito à não discriminação contra a população LBGT e a criminalização severa de atos violentos é um direito fundamental de extrema urgência a ser tutelado pelo poder público, mediante ações afirmativas de reconhecimento de direitos, como a aprovação de um Projeto de Lei de teor similar ao PLC. 122/2006 pelo Congresso Nacional e o julgamento da ADinO de n. 26 e do Mandado de Injunção de n. 4733.

3. O PROJETO DE LEI N. 122/2006, A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE N. 26: A INÉRCIA LEGISLATIVA E JURISDICIONAL EM CRIMINALIZAR A HOMOFOBIA

Primeiramente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 prevê no art. 3º como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Roger Raupp Rios,[48] "o direito de igualdade decorre imediatamente do princípio da primazia da lei no Estado de Direito [...] independentemente das peculiares circunstâncias de cada situação concreta e da situação pessoal dos destinatários da norma jurídica."

A Lei n° 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe importantes modificações no Título VI da Parte Especial do Código Penal que antes era chamada de "Crimes contra os Costumes", que agora passou a ser "Dos Crimes Contra a Dignidade Sexual".

A sexualidade humana não pode ser reduzida a parâmetros, pois é um bem jurídico importante, mas, sobretudo, é atributo do ser humano, irredutível, indominável irreprimível, indeterminável, a não ser pela própria liberdade individual e por isso, cabe ao direito assegurar a toda pessoa o direito de expressar livremente a sua sexualidade, qualquer que seja sua orientação sexual. Para isso deve impedir que a sexualidade seja exercida sob ação de qualquer espécie de violência, moral ou física.

Com a reforma do Código Penal trazidas pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, eliminou-se qualquer tutela penal específica à mulher no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. Ademais a Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006, apelidada de Lei Maria da Penha, criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

48 RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 282.

O projeto foi elaborado por um grupo interministerial a partir de um anteprojeto de organizações não-governamentais baseado no caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia vítima de violência doméstica ocasionada pelo seu marido; contudo a ação penal contra ele estava sem solução final há anos, até que o Brasil foi denunciado e condenado pela Comissão Interamericana dos Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) a dar finalizar o processo e, ademais, aprovar uma lei de proteção da mulher contra a violência doméstica (caso nº 12.051/OEA). O governo federal o enviou ao Congresso Nacional no dia 25 de novembro de 2004, dando origem à Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Com isso, o Estado criou mecanismos de coibir a violência doméstica contra a mulher no âmbito das relações domésticas, dando amparo legal protetivo à figura feminina.

No dia 20 de julho de 2010 foi sancionado o Estatuto da Igualdade Racial[49] que estimula e cria ações afirmativas, políticas públicas em defesa dos que sofrem preconceito ou discriminação em função de sua etnia, raça ou cor, de maneira a dar-lhes igualdade de oportunidades, sendo, portanto, um grande avanço. Isso para não se lembrar que, desde 1989, está regulamentada a disposição constitucional que considera crime o racismo (lei 7716/89) – lei esta que não restringe o racismo a questões de raça, cor e etnia, mas o expande para procedência nacional e mesmo religião.

Entretanto, apesar de tantos avanços legais em proteção à discriminação e qualquer tipo de violência à mulher, à origem étnica, à raça e à cor, incluindo inclusive a reforma do Código Penal, há ainda um déficit de representação política e de proteção legal aos milhares de cidadãos homoafetivos (LGBT) brasileiros.

> Na Constituinte de 1988, ao proibir discriminação de qualquer tipo, o Congresso legalizou "ser" homossexual. Desde então, contudo, pouca coisa se fez no Legislativo para combater o preconceito com base na orientação sexual. Em sua atividade, os congressistas continuam a desconsiderar as consequências práticas da vivência plena da homossexualidade. Ser hétero ou homossexual não deveria acarretar qualquer diferença em termos de tratamento pelo Estado. Mas, na prática, acarreta.[50]

O Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006 oriundo da e Deputada Iara Bernardes (PT-SP), cuja relatora é a senadora Fátima Cleide (PT-RO), foi arquivado em janeiro de 2015 por não ter tido movimentação, como dissemos acima. Ele previa que seriam punidos, na forma da lei os crimes resultantes de discriminação, ou preconceito de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero, incluindo inclusive a penalização da proibição da manifestação da afetividade em locais públicos.

Esse projeto equiparava a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero à discriminação de raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, sexo e gênero, sendo que os autores de tais crimes podem ser punidos com pena de reclusão e multa. Para cada modo de discriminação há uma pena específica.

---

49 No Estatuto de Igualdade Racial não há previsão de cotas para negros em universidades, empresas e até mesmo nas candidaturas políticas, porém cria a Unilab, ou seja, a Universidade Federal de Integração Luso Afro-Brasileira, que será situada no Ceará na qual proporcionará a integração dos brasileiros com os africanos.

50 PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. **O Globo**, Opinião, 21/09/2007, p. 7.

Devido à inércia legislativa e diante da ausência de debate público sobre essa questão o Partido Popular Socialista (PPS) e a ABGLT – Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais ambas ajuizaram, respectivamente, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão de n. 26 e o Mandado de Injunção de n. 4733 perante o Supremo Tribunal Federal, visando reconhecer a omissão inconstitucional do próprio Poder Público em executar ações afirmativas voltadas ao reconhecimento de minorias de orientação sexual e de gênero distintas da maioria.

Tais ações constitucionais visam obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia, especialmente (mas não exclusivamente) das ofensas (individuais e coletivas), dos homicídios, das agressões e discriminações motivadas pela orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima, por ser a criminalização específica decorrência da ordem constitucional de legislar relativa ao racismo (art. 5º, XLII) ou, subsidiariamente, às discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) ou, ainda subsidiariamente, ao princípio da proporcionalidade na acepção de proibição de proteção deficiente (art. 5º, LIV, da CF/88).

No que tange à ADInO. n. 26, o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS) que a ajuizou pede que o Supremo Tribunal Federal declare a omissão do Congresso Nacional em não legislar a respeito da criminalização da homofobia – ou, mais especificamente, de não aprovar projeto de lei que busca equiparar a homofobia àqueles crimes já previstos na lei 7716/89.

Segundo o Diretório Nacional do Partido Popular Socialista (PPS), a "lei de racismo" (lei 7716/89) constitui uma lei geral contra todas as formas de discriminação – tanto é assim que não circunscreve o racismo apenas a raça e cor, mas estende a proteção contra outras formas de discriminação como a religião, por exemplo. Dessa forma, se sustenta a **tese** de que, seguindo-se a *ratio decidendi* fixada no paradigmático HC. 82424, "**Racismo é toda ideologia que pregue a superioridade/inferioridade de um grupo relativamente a outro e a homofobia e a transfobia – espécies de racismo – implicam necessariamente na inferiorização da população LGBT relativamente a pessoas heterossexuais cisgêneras (que se identificam com o próprio gênero)**".

Ainda, que há um mandamento constitucional para que o Brasil puna todas as formas de discriminação **(art. 3º, IV)**, incluídas aí as de conteúdo racista **(art. 5º, XLII)** e quaisquer que sejam atentatórias a direitos e liberdades fundamentais **(art. 5º, XLI)**, da forma como está hoje, já se reconheceu uma proteção especial contra violências decorrentes de cor, raça, procedência nacional e religião (na lei de racismo), violência doméstica (na lei Maria da Penha), menores (ECA), idosos (Estatuto do Idoso); contudo, vive-se um estado de "**proteção deficiente**", pois que há uma outra minoria que é alvo de constantes violências de toda ordem que se encontra desprotegida de mecanismos eficazes de proteção das vítimas e punição dos agressores, que são as minorias sexuais, visto que **o Congresso Nacional se recusou a votar o PLC122/06 (e outros a ele anexados)**, **deixando-o de tal forma que ele será agora arquivado em definitivo**.

É dizer, os partidos políticos no Brasil não tomam partido! O Congresso Nacional não teve a coragem nem de aprovar e nem de rejeitar o PLC122/06, relegando para "nunca" um posicionamento sobre o tema, ou melhor, "decidindo não decidir". Ao não decidir o Congresso Nacional já mostra o seu posicionamento a respeito: a exclusão e o não reconhecimento das minorias LGBT.

Segundo Álvaro da Silva,[51] "é arbitrário excluir determinadas pessoas, em razão da concepção que tenham de seu próprio bem, de quaisquer direitos distribuídos pela estrutura básica da sociedade."

Ao contrário do que ocorre na esfera municipal[52] e estadual,[53] em nível federal o Legislativo federal vem demonstrando completo desprezo[54] no reconhecimento dos direitos das minorias sexuais.[55]

Um exemplo da atuação protetiva às minorias sexuais no âmbito dos Estados é o estado da Paraíba, cujo governo do estado inaugurou, no dia 05 de agosto de 2010, o novo prédio da Delegacia de Crimes Homofóbicos, no centro da cidade de João Pessoa. Esta Delegacia bem como o cargo de delegado especializado foram criados pela Medida Provisória 129 de julho de 2009.

---

51 VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje: Novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 439.

52 "Ao contrário da 'dificuldade' na aprovação de leis federais em favor dos homossexuais, constatamos que, no nível local, os momentos organizados veem conseguindo a aprovação de um número significativo de leis, além da constituição de fóruns institucionais de discussão e promoção dos direitos dessa minoria. Em um rápido apanhado, destacamos: - *Leis Orgânicas Municipais:* Aracaju (art. 2°); Campinas (art. 5°, XVIII; Florianópolis (art. 5°, IV); Fortaleza (art. 7°, XXI); Goiânia (art. 1°); Macapá (art. 7°); Paracatu (art. 7°, VIII); Porto Alegre (art. 150); São Bernardo do Campo (art. 10); São Paula (art. 2°, VIII); Teresina (art. 9°); - *Legislação Municipal:* Belo Horizonte (leis 8.176/01 – regulamentada pelo Dec. 10.681/01 – e 8.719/03); Campinas (lei 9.809/98 – regulamentada pelo Dec. 13.192/99 – e lei 10.582/00); Campo Grande (lei 3. 582/98); Goiânia (Res.06/05); Fortaleza (lei 8.211/98); Foz do Iguaçu (lei 2.718/02); Guarulhos (lei 5.860/02); Juiz de Fora (leis 9.789/00 e 10.000/01 e Res. 13/06); Londrina (lei 8.812/02); Maceió (leis 4.667/97 e 4.898/99); Natal (lei 152/97); Porto Alegre (Lei Complementar 350/95); Recife (leis 16.730/2001 e 16.780/02 – regulamentada pelo Dec. 20.558/04 – e lei 17.025/04); Rio de Janeiro (leis 2.475/96 e 3.786/02); Salvador (lei 5.275/97); São José do Rio Preto (lei 8.642/02); São Paulo (lei 10.948/01, Dec. 45.712/05, Dec. 46.037/05, Dec. 50.594/06, Orientação Normativa 06/02, Res. SSP 42/00 e 285/00, Port. 08/05; Teresina (lei 3.274/04)." (BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT, *cit*. p. 101.)

53 "Na pista de dança de uma boate, nove casais homossexuais trocaram alianças e celebraram na noite do dia 28/06/10 um casamento gay coletivo em Belém (PA). Organizada por grupos de apoio à causa LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transgêneros), a festa foi comandada por uma Defensora Pública do Estado. Além disso, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul baixou um provimento que traz regras para a oficialização nos cartórios de uniões entre homossexuais". Direito Homoafetivo [s/d]. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/ver-noticia.php?noticia=86>.

54 "A omissão do Congresso denota resquícios de uma mentalidade arcaica, descolada da realidade social do país e que não encontra eco na Justiça ou no compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem. Ao eximir-se da responsabilidade de legislar para os homossexuais, o Legislativo nega direitos a uma parcela importante da população brasileira, que o elegeu. Haverá explicações para essa inação, mas nenhuma delas faz sentido político. A proteção legal das minorias promove e preserva a diversidade e a riqueza social do Brasil. A contribuição dos homossexuais para a construção da nação brasileira é importante e não pode ser ignorada pelo Congresso. Nada, além de preconceito puro e simples e de falta de compromisso com a cidadania do eleitorado, justifica a omissão do Legislativo brasileiro em relação aos direitos dos homossexuais." (PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais, *cit*., p. 7)

55 "É possível, então, articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível, na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas, também, heterossexual, ou, mais modernamente denominado, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria." (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 156.)

Alguns estados brasileiros já possuem essa comissão de combate à homofobia: Mato Grosso, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro,[56] Espírito Santo, Pará, Goiás, Minas Gerais, além da cidade paulista de Guarulhos, Maceió, Belo Horizonte, Salvador, Brasília e São Paulo.

Contudo, na esfera federal o Congresso Nacional não se posiciona na defesa dos direitos humanos dos homoafetivos, simplesmente não decidindo, pois, como se sabe, há uma forte oposição a projetos que tratem de promoção de direitos das minorias que tenham orientação sexual e de gênero distinta da maioria em função dos membros da bancada evangélica. Sendo assim, questões envolvendo as minorias sexuais sequer são discutidas, rompendo com aquilo que se espera de um regime democrático constitucional, ou seja, a discussão de temas polêmicos e fraturantes da nossa sociedade.

> Segundo Relatório da ILGA, em 2008 oitenta e seis países, membros das Nações Unidas, "ainda criminalizavam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (..). Entre eles, 7 apresentam dispositivos legais com penalidade de morte como forma de punição" (OTTOSSON, 2008, p.4). A despeito dos méritos da Resolução e da urgência na aprovação de atos internacionais vinculantes, é importante anotar que ainda não existe nenhuma Convenção Internacional sobre o tema.[57]

É necessário, portanto, derrubar o preconceito e reconhecer constitucionalmente a homoafetividade como família[58] e criminalizar práticas discriminatórias, de maneira a proporcionar o reconhecimento de direitos e de respeitar cada indivíduo em particular, independentemente da orientação sexual que ele possua.

As minorias sexuais são vítimas da intolerância constante. A situação se agrava quanto maior a rede de proteção estatal, por exemplo, LGBT que moram nas favelas cariocas são alvos do preconceito e da violência de milicianos e traficantes e muitos acabam sendo assassinados por causa de sua orientação sexual. Tal situação de violência é igualmente refletida nas escolas: certos grupos, como travestis e transexuais têm um percentual de evasão escolar muito maior do que a maioria.[59]

---

56 O Governador do Estado do Rio de Janeiro Sérgio Cabral, o Secretário de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos Ricardo Henriques e o Superintendente de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos Cláudio Nascimento, inaugurarão na Central do Brasil, os serviços de apoio às populações LGBT, religiosos e pessoas vivendo com HIV-Aids. Os seguintes serviços serão abrigados: (1) Centro de Referência e Promoção da Cidadania LGBT da Capital, (2) Disque Estadual de Cidadania LGBT, (3) Núcleo de Monitoramento de Crimes Contra LGBT, (4) Comissão Processante para o Cumpra-se da Lei 3406/00, que pune a homofobia, (5) Conselho Estadual dos Direitos da População LGBT/RJ, (6) Centro de Referência e Promoção da Liberdade Religiosa e Contra a Intolerância, (7) Centro de Referência e Promoção dos Direitos das Pessoas Vivendo com HIV/AIDS e Pessoas Discriminadas Por Outras Doenças, (8) Centro de Formação de Cidadania e Diversidades, (9) Centro de Documentação e Informação LGBT, (10) Gestão Institucional da Superintendência de Direitos Individuais, Coletivos e Difusos da SEASDH e (11) Núcleo do Programa Rio Sem Homofobia.

57 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT, *cit*. p. 90.

58 "Em segundo lugar, manter os homossexuais excluídos de direitos que são garantidos aos cônjuges em casamentos heterossexuais implica impor um ônus pessoal aos primeiros que a alternativa contrária – a legalização da união civil entre homossexuais – não impõe aos partidários dos valores familiares dominantes." (VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal, *cit*., p. 435.)

59 PEREIRA, Graziela Raupp ; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco . Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista,** v. 39, pp. 51-71, 2011.

Assim, a não previsão legal da punição da homofobia no Brasil constitui uma violação direta dos ordenamentos constitucional e convencional, não podendo o País alegar em sua defesa questões como "reserva legal" ou "silêncio eloquente", uma vez que há um comando não apenas objetivo/direto, mas também urgente quanto ao tratamento da questão da homofobia nos Estados Americanos.

> **O DIA:** O que falta para a aprovação do projeto de lei que criminaliza a homofobia no Brasil?
>
> **Fátima:** Relatei o projeto de lei em março de 2008. Mas até agora ele não pôde ser votado sequer na Comissão de Assuntos Sociais por causa de pedidos de vista e votos em separado feitos por alguns senadores. A verdade é que esta proposta tem enfrentado grande rejeição por parte de parlamentares que compõem a Frente Evangélica no Congresso, que são contra sua aprovação.
>
> E o que esses políticos dizem sobre a violência gerada pela homofobia? O Congresso Nacional é reflexo da sociedade. Como boa parte dos brasileiros tem preconceito, muitos têm receio político de se posicionar na defesa dos direitos humanos, sobretudo de homossexuais. O Congresso é muito homofóbico.[60]

Consoante Roger Raupp Rios[61] "o Brasil é conhecido como um dos países em que há o maior número de assassinatos por orientação sexual [...] de que a cada dois dias uma pessoa é assassinada no Brasil em função de sua orientação sexual, informação absolutamente avassaladora". Em sentido similar:

> Mas a homofobia no Brasil também mata: um homossexual a cada três dias é morto de forma violenta em razão de sua sexualidade. Isso coloca o Brasil no topo dos mais homofóbicos do mundo. Dia 01/07 completa uma semana do assassinato bárbaro de Alexandre Ivo, um adolescente de 14 anos morto com pauladas e enforcamento em São Gonçalo – RJ por skinheads – grupo que prega a "fobia" contra gays, negros, nordestinos, etc. O jovem voltava para casa. Enquanto isso o Congresso brasileiro tem em mãos desde 2006 um Projeto de Lei que inclui os homossexuais entre os protegidos contra o crime de racismo e discriminação, impondo penas mais severas que as hoje existentes, mas, mais do que isso, reconhecendo ser este um problema, uma questão que deve merecer tratamento específico por parte do Estado. Ao que tudo indica, entretanto, nossos parlamentares não estão muito interessados em aprovar o PL este ano – ou, quiçá, em qualquer época, inclusive porque setores religiosos são contra o projeto, argumentando que a liberdade religiosa seria limitada, o que não nos parece fazer sentido, pois, um discurso que seja estritamente religioso pode/deve ser protegido pela Constituição; entretanto, se alguém em nome de Deus (?) promove *bullying*, discurso de ódio, tais atitudes/manifestações sempre foram ilícitas.[62]

Nesse sentido reconhecer a homofobia como um problema e criminalizar práticas discriminatórias quanto à orientação sexual é uma via extremamente fecunda para o funcionamento da própria democracia que deve ser constituída pela adesão dos princípios da liberdade e da igualdade, sendo base para uma cidadania democrática[63].

60 CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.

61 RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito, op. cit*. p. 155.

62 BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Homofobia no Brasil. **A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03 jul. 2010.

63 MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 1, n. 2, p. 87-107, jul./dez. 1994.

A ausência de proteção legal às minorias sexuais traz o seguinte questionamento: qual o grau de exclusão social que um sistema considerado democrático, como o brasileiro, pode aceitar? A exclusão social[64] acarreta a degradação do ser humano em suas manifestações e o afastamento das minorias da discussão política e do amparo aos seus direitos.

> Ora, nada é mais certo do que o fato de suprimir virtualmente a minoria não ser uma consequência nem necessária e nem natural da liberdade; que, longe de ter qualquer ligação com a democracia, tal fato opõe-se diametralmente ao primeiro princípio desta, ou seja, representação proporcional em números. É uma parte essencial da democracia que as minorias devam ser adequadamente representadas. Nenhuma democracia verdadeira será possível exceto uma falsa demonstração dela sem essas minorias.[65]

O Brasil, por sua vez, a despeito de possuir a segunda maior rede de ONGs[66] LGBT do mundo – a maior rede de militância deste segmento na América Latina (a ABGLT) – e a maior quantidade – tanto em números quanto em eventos – de marchas LGBT, apresenta o **desconcertante dado de não possuir nenhuma lei federal que contemple de forma geral e direta quaisquer das históricas reivindicações deste grupo vulnerável**, entre elas a regulamentação do casamento homoafetivo, a criação de políticas educacionais anti-homofobia e a equiparação da homofobia ao crime de racismo. Assim, o Estado Brasileiro tem o dever de zelar pela defesa e proteção das minorias que sofrem preconceito em decorrência de sua orientação sexual de maneira a efetivar o caráter garantidor e protetivo previsto no art. 5, §§2º e 3º da Constituição Federal.

> Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. Polêmico é definir se a exigência 2 resulta da exigência 1 – ou seja, se ela resulta do princípio de que deve haver igual respeito por cada indivíduo em particular – ou se essas duas exigências têm mesmo de colidir, ao menos em alguns casos.[67]

A Fundação Perseu Abramo, junto com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, realizou uma pesquisa sobre os graus de intolerância – ou respeito – a comportamentos

64 "O resultado é a violência nas cidades (meninos de rua, favelados e outros), no campo (posseiros, sem – terra, índios, padres e outros) e contra grupos e minorias (crianças, adolescentes, mulheres, população negra, comunidades indígenas, migrantes nordestinos), como diagnóstico característico dos conflitos em torno dos direitos humanos no Brasil. Esse horror é efetivamente institucionalizado no direito penal pela impunidade sistemática dos agentes estatais e empresariais; e na política e burocracia, pela corrupção. As vítimas não são apenas as pessoas; com elas, vitima-se também a democracia, o Estado de Direito, o Estado de Bem-Estar Social, os direitos de defesa contra o Estado bem como, em termos iguais, os direitos de participação, e sobretudo a central 'igualdade perante a lei'." (MILL Stuart. **O Governo Representativo.** São Paulo: Escala, 2006.p. 28.)

65 MILL Stuart. **O Governo Representativo.** São Paulo: Escala, 2006, p. 116.

66 Sobre a ampliação da presença da sociedade civil na arena pública, ver AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da autorização à legitimidade da ação. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 3, 2007, pp. 443-464.

67 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 240.

sexuais LGBT.[68] Gustavo Venturini, comentando sobre a pesquisa mostra que, quando perguntados sobre se existe preconceito contra LGBT no Brasil, mais de 90% dos entrevistados responderam afirmativamente. Curiosamente, no entanto, quando perguntados se eles possuíam este preconceito, menos de 30% o admitiram. Ao se aprofundar no grau de preconceito dos entrevistados, a pesquisa revelou que:

> 6% dos entrevistados (...) foram classificados como tendo forte preconceito contra LGBTs; 39% como portadores de um preconceito mediano (...) e 54% manifestaram um grau de preconceito que foi classificado como leve (...). A leitura negativa é que apenas 1% não expressou qualquer nível de preconceito[69].

Outro dado da pesquisa mostra que **quando perguntados sobre se o Poder Público deveria ter políticas de combate à discriminação contra LGBT, ou se isso é uma questão que deve ser resolvida no âmbito privado, "70% concordam com a segunda alternativa, contra apenas 24% [que concordam com a primeira]"[70].**

Alexandre Bortolini, por sua vez, menciona uma pesquisa realizada pelo IBOPE em 2008 que se mostrou que:

> 56% dos entrevistados mudariam sua conduta com o colega de trabalho se soubessem que ele é homossexual. Um em cada cinco se afastaria e passaria a evitá-lo. 36% deixariam de contratar um homossexual para um cargo em sua empresa, mesmo que ele fosse o mais qualificado entre os pretendentes ao cargo. 45% trocariam de médico se descobrissem que ele é gay. 79% ficariam tristes se tivessem um filho homossexual. 8% seriam capazes de castigá-lo. 62% dos entrevistados acham que o pai deve tentar convencer seu filho a mudar de condição quando descobre que é homossexual[71].

É necessário o tratamento equitativo de proteção legal às minorias sexuais com uma política de respeito às diferenças, tendo o Estado o papel de fomentar essa política de proteção e de reconhecimento[72].O sistema de direitos não pode desprezar as

---

68 *FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO STIFTUNG*. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil Intolerância e respeito às diferenças sexuais. Junho de 2008. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual->.

69 VENTURINI, Gustavo. Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais – Apresentação. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa_LGBT_fev09_FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf. 2009>. Cf. também: VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/intolerancia-diversidade-sexual. 2008>.

70 VENTURINI, Gustavo. *op. cit.*, 2009.

71 BORTOLINI, Alexandre. (coord.). Diversidade Sexual na Escola. Rio de Janeiro: Pró *Reitoria de Extensão da UFRJ, 2008*, p. 27. A respeito de outras pesquisas sobre homofobia no Brasil ver também: BRASIL. Ministério da Saúde. Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, PEREIRA, Cícero; TORRES, Ana Raquel R.; ALMEIDA, Saulo Teles. Um Estudo sobre as Formas de Preconceito contra Homossexuais na Perspectiva das Representações Sociais. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, Porto Alegre, 2002, 15 (1), p. 165-178; e LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**, n. 2, p. 65-95, 2005.

72 "O liberalismo 1 ignora a *equiprocedência* das autonomias privada e pública. Não se trata aí apenas de uma complementação que permaneça externa à autonomia privada, mas sim de uma concatenação interna, ou seja, conceitualmente necessária. Pois os sujeitos privados do direito não poderão sequer desfrutar das mesmas liberdades subjetivas enquanto não chegarem ao exercício conjunto de sua autonomia como cidadãos do Estado, a ter clareza quanto aos interesses e parâmetros autorizados, e enquanto não chegarem a um acordo acerca das visões relevantes segundo as quais se deve tratar como igual o que for igual e o desigual o que for desigual." (HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**, *cit*. p. 242.)

diferenças,[73] sendo necessária uma política de reconhecimento que preserve a integridade das minorias sexuais, até mesmo em suas condições mais vitais garantidoras de sua própria identidade.

A arquitetônica do Estado de Direito que é muito rica em pressupostos visa a igualar[74] juridicamente e proporcionar o reconhecimento do diferente, ou seja, das coletividades que se distinguem umas das outras, seja pela sua origem étnica, pela tradição, pela forma de vida, ou até mesmo, como ocorre na situação analisada, pela orientação sexual[75].

A suposta neutralidade do direito é analisada como se questões de reconhecimento jurídico e constitucional, não somente uma mera inclusão e sim reconhecimento com igualdade de condições, tivessem que ser afastadas do direito, suprimindo qualquer discussão por serem inacessíveis a uma regulamentação jurídica imparcial. Para Nancy Fraser reparar a injustiça sem dúvida requer una política de reconhecimento.[76]

Segundo Jürgen Habermas[77] "é preciso poder entender as decisões do legislador político como efetivação do sistema de direitos, e suas políticas como configuração desse mesmo sistema."

> E o conceito de 'exclusão social' não diz apenas respeito à pobreza ou marginalização; mas à conhecida e fatal 'reação em cadeia da exclusão' que se estende da exclusão econômica/financeira até a exclusão jurídica (negação da proteção jurídica e dos direitos humanos etc.), passando pela exclusão social, sócio-cultural e política.[78]

---

73 "A política neoconservadora tem uma certa possibilidade de realização se ela encontrar uma base nessa sociedade cindida, segmentada; que ela mesma produz. Os grupos excluídos ou oprimidos à margem não dispõem de nenhum poder de veto, pois representam uma desarticulada minoria segregada do processo de produção. O padrão cada vez mais utilizado no quadro internacional entre a metrópole e a periferia subdesenvolvida parece reiterar-se no interior da sociedade capitalista desenvolvida: os poderes estabelecidos dependem cada vez menos do trabalho e da disposição de cooperação dos empobrecidos e privados de direitos para sua própria reprodução. Entretanto, uma política precisa não apenas poder se impor, ela tem de funcionar também. Mas um abandono definitivo dos compromissos sócio-estatais deixaria, necessariamente, vazios funcionais que só poderiam ser preenchidos através de repressão ou desamparo." (HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência: a crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas.** Novos Estudos: CEBRAP, n.18, set. 87, pp. 110-111.)

74 "Em primeiro lugar, saliente-se que as proibições de discriminação por este ou aquele critério são entendidas como apelo e recordação de fatores que frequentemente são utilizados como pretextos injustificados de discriminação, o que não exclui a interdição de outras diferenciações arbitrárias. Deste modo, a ausência de expressa previsão do critério de orientação sexual não é obstáculo para seu reconhecimento, não bastasse a explícita abertura constitucional para hipóteses não arroladas explicitamente no texto normativo. Conforme a parte final do artigo 3º, IV, da Constituição da República, a enumeração constitucional convive com a abertura para 'quaisquer outras formas de discriminação'." (RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001, p. 71/72.)

75 "É possível então articularmos um discurso sobre discriminação por orientação sexual em minorias? Efetivamente, é possível na medida em que existe um padrão dominante, ao que o Professor Joaquim Barbosa Gomes se referiu anteriormente. Podemos afirmar que vivemos em uma sociedade branca, masculina, cristã, mas também heterossexual, ou, mais modernamente, heterossexista. Portanto, baseado nessa perspectiva, podemos cogitar em minoria." (RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual.** In Seminário Internacional: as minorias e o direito, 2001, Brasília. Anais. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 24, p. 156.).

76 FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?** In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, 2007, 107.

77 HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007, p. 253.

78 MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000, p. 38.

A configuração democrática do nosso sistema deve incluir e amparar o diferente, igualando direitos, de modo a não apenas demarcarmos ou delimitarmos políticas e sim atingirmos fins coletivos reconhecendo direitos.

> O poder comunicativo só se forma naqueles espaços públicos que produzem relações intersubjetivas na base do reconhecimento mútuo e que possibilitam o uso das liberdades comunicativas – que possibilitam, portanto, posicionamentos sim/não relativamente a temas, razões (Grunde) e informações livremente flutuantes.[79]

O reconhecimento de direitos migrou para a própria práxis ao constatarmos que no direito positivo e no próprio Estado Democrático de Direito há princípios que possuem uma fundamentação pós-convencional e que devem ser ajustados a uma consciência pública de uma cultura política liberal. Em um Estado Democrático de Direito todos devem ser portadores dos mesmos direitos.[80]

> As lutas pelo reconhecimento no estado democrático só possuem força legitimante na medida em que todos os grupos tenham acesso à esfera pública política, tenham voz ativa e possam articular suas necessidades, e ninguém seja marginalizado ou excluído. Já deste ponto de vista da representação e da "qualificação cívica" é importante assegurar as premissas efetivas para o gozo em igualdade de chances dos direitos formalmente iguais. Tal não se aplica apenas aos direitos de participação política, mas também aos de participação social e aos direitos individuais, pois ninguém pode agir politicamente de forma autônoma se as condições de emergência de sua autonomia privada não estiverem asseguradas. Neste contexto, sou também favorável ao estabelecimento de cotas; por exemplo, por uma política de *preferred biring* em todos os setores de formação e de ocupação nos quais apenas por esta via possa ser assegurado o 'justo valor" dos direitos iguais para grupos estrutural e historicamente desfavorecidos. Estas medidas devem produzir um "efeito recuperativo" e têm por isso caráter temporário.[81]

A proteção legal dos homoafetivos implica em considerar o outro portador dos mesmos direitos.[82] Portanto, o princípio da igualdade está atrelado ao princípio da

79 HABERMAS, Jurgen. **Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels.** Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, p. 93.

80 "Mas a legitimidade pretendida está vinculada, de qualquer modo, à hipótese de que o processo político conducente a maiorias seja um processo do povo *na sua totalidade* e não apenas de uma vertente política, de um grupo popular, uma comunidade religiosa ou camada social majoritárias ou minoritárias que 'sustentam o Estado' [staatstragend']. Em termos políticos todos devem ter direitos iguais – do contrário a alternância de maioria e minoria não é mais um mecanismo real. Minorias não devem funcionar como bonecos de papel [Pappkameraden] que de qualquer modo serão novamente vencidos pelo voto; em uma sociedade dividida de forma pluralista, elas devem ter uma chance comprovável de se converterem em maiorias.. Isso pressupõe que o povo na sua totalidade possa participar efetivamente do processo político." (MÜLLER, op.cit, pp. 20-21.)

81 HABERMAS, Jurgen, *op.cit*, p. 97.

82 "No entanto, ambos os problemas se ligam no caso em que o direito prescreve determinadas formas sociais e, com isso, deixa de ser o destinatário das reivindicações por igual consideração de minorias. O direito torna-se surdo às exigências de 'diferentes' comunidades à igual consideração quanto à forma de vida (frequentemente, de uma maioria), que é criticada por essas comunidades e que as marginaliza, é ela mesma parte integrante do direito." (FORST, Rainer. **Contextos da Justiça.** Boitempo Editorial: São Paulo, 2010, p. 83.)

antidiscriminação[83] da anti-subjugação, se relacionando com o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecendo que se deve conferir iguais direitos, iguais valores às pessoas, independentemente de sua condição, ou de sua orientação sexual.

A aprovação de uma lei similar ao PLC de n. 122/2006 criminalizando práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual e o julgamento pelo STF da ADInO de n. 26, proporcionará maior justiça social, pois todos possuem o direito a um tratamento igual, a ser tratado como igual[84], sendo este um direito fundamental.

Os grupos minoritários, no caso em tela, as minorias sexuais,[85] tendo o direito a não discriminação quanto à orientação sexual amparado pelo legislador e havendo o reconhecimento constitucional de suas relações terão efetivamente sua inclusão democrática e o tratamento igualitário e protetivo.[86] Ainda, se o conceito constitucional de racismo é uma construção sociopolítica, donde a configuração de racismo se dá com toda situação de inferioridade de um grupo social sobre outro, conforme definido pelo STF no julgamento do HC 82.424/RS, não há razões para não incluir os atos de violência praticados contra a minoria LBGT como atos de racismo.

83 "No direito brasileiro, o princípio da igualdade formal, coerente com a vocação universal da norma jurídica, proíbe diferenciações fundadas na orientação sexual, impedindo a restrição de direitos fundada exclusivamente na homossexualidade. Além disso, em nossa tradição, o princípio da igualdade material ordena a instituição de igual tratamento entre pessoas e grupos posicionados em situações semelhantes. No âmbito da orientação sexual, a igualdade material institui, na relação entre homossexuais e heterossexuais, o direito a ser tratado igualmente e o dever de dispensar tratamento igual, sempre que não houver fundamentos racionais para a desigualdade. Vale dizer, a diferenciação só pode ser tolerada quando houver fundamentos racionais aptos para sua imposição, em ônus de argumentação tanto maior quanto mais intensa for a desigualdade. São inadmissíveis, desse modo, tratamentos desiguais sem fundamentação racional, baseados em preconceitos ou pontos de vista particulares, ainda que compartilhados por maiorias ou decorrentes do desconforto de quem quer que seja."(RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual: a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 177.)

84 "A política de tratamento preferencial seria utilitarista se fosse justificada por um acréscimo da utilidade média para a sociedade como um todo e se sacrificasse os direitos individuais a esse fim – por exemplo, a discriminação de uma determinada parte da população poderia ser justificada com o argumento do aumento da riqueza social (DWORKIN, 1977c, p. 386). O objetivo de criar uma sociedade justa, que está no centro da política de tratamento preferencial, é, contudo, de outro tipo: está baseado não em ponderações utilitárias, mas em ponderações "ideais" sobre uma sociedade justa. Dworkin contesta que a "ação afirmativa" viole os direitos individuais, uma vez que distingue entre um direito a um *tratamento igual* e, a seguir, um direito a ser tratado *como um igual* (ibidem, p. 370). O direito a um "tratamento igual" atinge direitos fundamentais, como o direito de votar e o direito a uma educação universal apropriada, mas não o direito de acesso a uma universalidade, por exemplo." (FORST, op.cit., p. 98.)

85 BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, pp. 89 -106.

86 "Por todo o País, contam-se centenas de Organizações Não – Governamentais de defesa de LGBT. Sua atuação é eminentemente local, daí sua importância quando se fala na proteção contra discriminação no âmbito dos Municípios. Em sociedades descentradas, sem grandes vínculos de tradição e, aparentemente, refratária à política, é um dado sobremaneira interessante perceber como esses movimentos possibilitam a (re)produção da ideia de 'identidade de grupo'. Assim, apesar de *locais*, não se pode negar que essas ONGs estão entre os movimentos mais atuantes pela defesa de Direitos Humanos na atualidade e do que se pode denominar hoje "sociedade civil organizada". (BAHIA, *op.cit*., p. 102.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pela garantia e proteção de seus direitos é uma luta constante e extremamente atual das minorias sexuais (LBGT), sendo baseadas no reconhecimento da garantia de direitos em prol do respeito princípio da igualdade, da dignidade da pessoa e da não discriminação.

No presente estudo verificou-se a necessidade de mobilização do Legislativo Federal em aprovar uma lei similar ao PLC de n. 122/2006, que criminalize práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual de maneira a proteger as minorias sexuais da violência e do preconceito e do julgamento da ADO de n. 26 pelo Supremo Tribunal Federal de maneira a equiparar a violência contra as minorias LGBT ao racismo.

É competência apenas da União em considerar crimes às práticas violentas praticadas por outras pessoas, geralmente grupos de extermínio, às minorias sexuais (LBGT), devendo o Congresso Nacional efetivamente assumir um seu papel contra-majoritário de maneira a legislar e concretizar os preceitos constitucionais e internacionais relativos à vedação de práticas discriminatórias em decorrência da orientação sexual do ser humano.

Devido à inércia do Poder Legislativo Federal, o Judiciário vem assumindo o seu papel concedendo alguns direitos em determinados casos.[87]

A omissão do Congresso Nacional denota a oposição de conservadores bem como vestígios de um pensamento arcaico, excludente e anti-democrático, fora da realidade social do país bem como do compromisso de representatividade que os congressistas assumiram ao se elegerem.

Nesse sentido, o desprezo do legislador em nível federal no trato dessa questão é preocupante, pois nega direitos fundamentais às minorias que os elegeram e que possuem o direito de estarem amparadas pelo poder público.

A aprovação de uma lei penal de proteção às minorias sexuais é uma política pública de ação afirmativa para que não apenas o poder público, mas também toda a sociedade reconheça a necessidade de que tal segmento, que já é carente de políticas direcionadas, tenha amparo protetivo por parte do Estado contra discriminação e violência grave.

Portanto, nada justifica a omissão do legislativo federal brasileiro em relação aos direitos homoafetivos, tendo em vista serem os homossexuais cidadãos e, portanto, devem ser alvo de respeito e proteção por parte do Estado.

87 Nos casos de adoção, tem prevalecido nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, o melhor interesse da criança. Baseado nesse princípio a Quarta Turma proferiu em 27 de abril de 2010 uma decisão inédita: permitiu a adoção de crianças por um casal homossexual, lésbicas. Além disso, no dia 24 de agosto de 2010, foi publicada uma decisão histórica, na qual o Supremo Tribunal Federal discutiu pela primeira vez adoção por um casal gay e negou recurso interposto pelo Ministério Público do Paraná, que visava impedir que Toni Reis e David Harrad pudesse adotar filhos em conjunto. A decisão foi proferida no dia 16 de agosto, só vindo a ser publicada no Diário do Supremo Tribunal Federal no dia 24 de agosto de 2010. O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Sylvia Mendonça do. *Manual Prático dos Direitos de Homossexuais e Transexuais*. São Paulo: Edições Inteligentes, 2003.

AVRITZER, Leonardo. Sociedade Civil, Instituições Participativas e Representação: da autorização à legitimidade da ação. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, v. 50, n. 3, 2007, pp. 443-464.

BAHIA, Alexandre Melo Franco. A não – discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT. **Revista de Informação Legislativa**, a. 47, n. 186 abr./jun. 2010, pp. 89-106.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito à Não Discriminação e Homofobia no Brasil, Resoluções Internacionais e a Constituição de 88. In: José L. Quadros de Magalhães. (Org.). **Direito à Diversidade e o Estado Plurinacional.** Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 1-18.

____; VECCHIATTI, Paulo R. Iotti. ADI N. 4.277 - Constitucionalidade e relevância da decisão sobre união homoafetiva: o STF como instituição contramajoritária no reconhecimento de uma concepção plural de família. *Revista Direito GV*, v. 9, pp. 65-92, 2013.

____. A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade In: Cândice Lisbôa Alves; Thereza Cristina Bohlen Bittencourt Marcondes. (Org.). **Liberdade, Igualdade e Fraternidade:** 25 anos da Constituição Brasileira. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013, pp. 307-327.

BAHIA, Alexandre. Proteção à Minoria LGBT no Brasil: avanços e desafios In: JUBILUT, Liliana L.; ____; MAGALHÃES, José L. Quadros de. Direito à diferença**. Volume 2:** Aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 339-374.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MORAES, Daniel. Discriminação contra minorias sexuais, religião e o constitucionalismo brasileiro pós-88**. Revista General de Derecho Constitucional**, v. 10, pp. 409-431, outubro 2010.

____. **Casamento, um direito civil**. A Tribuna Pousoalegrense, Pouso Alegre, v. 242, p. 6,17 jul. 2010.

____. Homofobia no Brasil. **A Tribuna Pousoalegrense**, Pouso Alegre, v. 240, p. 6, 03 jul. 2010.

____. **Nem pai, nem mãe:** o melhor interesse da criança acima de tudo. Jornal A Tribuna Pousoalegrense: Pouso Alegre - MG, v.238, p. 6 - 6, 19 jun. 2010.

____. **MP, Interessante Público e Melhor Interesse da Criança**. Jornal A Tribuna Pousoalegrense: Pouso Alegre – MG, v. 248, pp. 6 - 6, 28 ago. 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Brasil sem Homofobia:** Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia**: história e crítica de um preconceito. Belo Horizonte: Autêntica, 2010.

____. **Homofobia**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2001.

BORTOLINI, Alexandre. (coord.). **Diversidade Sexual na Escola**. Rio de Janeiro: Pró Reitoria de Extensão, UFRJ, 2008.

CLEIDE, Fátima. O Congresso é muito homofóbico. *Jornal O Dia*, 13/09/2009.

DIAS, Maria Berenice. **União homoafetiva**: o preconceito e a justiça. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Ronald. Controvérsia constitucional. **Revista Sub Judice**, n. 12, jan./jun. 1998, p. 27-31.

____. Igualdade como ideal. **Revista Novos estudos Cebrap**, n. 77, 2007, pp. 233-240.

FORD, Zack. APA Revises Manual: being transgender is no longer a mental disorder. **Think Progress**, 03 dec. 2012, disponível em: http://thinkprogress.org/lgbt/2012/12/03/1271431/apa-revises-manual-being-transgender-is-no-longer-a-mental-disorder.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**. Boitempo Editorial: São Paulo, 2010.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I:** A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FRASER, Nancy. **Escalas de Justicia.** Barcelona: Herder, 2008.

____. *Reconhecimento sem ética?* Revista Lua Nova, São Paulo, n. 70, pp. 101-138, 2007.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; FUNDAÇÃO ROSA LUXEMBURGO STIFTUNG. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil Intolerância e respeito às diferenças sexuais**. Junho de 2008. Disponível em: <http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/pesquisas-de-opiniao-publica/pesquisas-realizadas/conheca-pesquisa-diversidade-sexual->.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática: com abordagem do novo código civil**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

JENCZAK, Dionízio. **Aspectos das relações homoafetivas à luz dos princípios constitucionais**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

HÄBERLE, Peter. Constituição é declaração de amor ao país. Entrevista dada a Marília Scriboni e Rodigo Haidar. **Consultor Jurídico**, 29.05.2011. Disponível em: <www.conjur.com.br/2011-mai-29/entrevista-peter-haberle-constitucionalista-alemao>. Acesso em: 30.03.2015.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y validez:** sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trote, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós – Nacional:** ensaios políticos. São Paulo: Alitera Mandi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro.** São Paulo: Edições Loyola, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **A nova intransparência:** a crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. Novos Estudos: CEBRAP, n. 18, set. 87, pp.77 -102.

____. **Entrevista de Jurgen Habermas a Mikael Carlehedem e René Gabriels.** Novos Estudos CEBRAP, n. 47, março 1997, pp. 85-102.

HART, H. L. **Direito, Liberdade, Moralidade. Trad. de Gerson P. dos Santos.** Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1987.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna, In: Roger Raupp Rios (Org.). **Em defesa dos direitos sexuais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LOPES, José R. de Lima. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. SUR – **Revista Internacional de Direitos Humano**s, n. 2, pp. 65-95, 2005.

MILL Stuart. **Ensaio sobre a Liberdade**. São Paulo: Escala, 2006.

____. **O Governo Representativo**. São Paulo: Escala, 2006.

MOUFFE, Chantal. Pensando a democracia com, e contra, Carl Schmitt. Trad. Menelick de Carvalho Neto. **Cadernos da Escola do Legislativo**, v. 1, n. 2, pp. 87-107, jul./dez. 1994.

MÜLLER, Friedrich. **Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático?** Porto Alegre: Unidade editorial, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual, comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Graziela Raupp; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Direito Fundamental à Educação, Diversidade e Homofobia na Escola: desafios à construção de um ambiente de aprendizado livre, plural e democrático. **Educar em Revista**, v. 39, pp. 51-71, 2011.

PEREIRA, Cícero; TORRES, Ana Raquel R.; ALMEIDA, Saulo Teles. Um Estudo sobre as Formas de Preconceito contra Homossexuais na Perspectiva das Representações Sociais. **Psicologia:** *Reflexão e Crítica,* Porto Alegre, 2002, 15 (1), pp. 165-178.

PORTO, Alexandre Vidal. O Congresso e os homossexuais. *O Globo*, Opinião, 21/09/2007, p. 7.

RANGEL, Vera Lígia. *Conheça e Defenda seus Direitos.* São Paulo: Nova Cultural, 2010.

RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2001.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual:** a homossexualidade no direito brasileiro e norte americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIOS, Roger Raupp; PIOVESAN, Flávia. **A discriminação por gênero e por orientação sexual**. In Seminário Internacional: as minorias e o direito, 2001, Brasília. Anais. Brasília: Série Cadernos do CEJ, v. 24, pp. 154 – 175.

SAMPAIO, Liliana Lopes Pedral; COELHO, Maria Thereza Ávila Dantas. **A transexualidade na atualidade:** discurso científico, político e histórias de vida, p. 11. III Seminário Internacional Enlaçando Sexualidades - 15 a 17 de Maio de 2013 - Universidade do Estado

da Bahia – Campus I Salvador – BA, disponível em: ‹http://www.uneb.br/enlacandosexualidades/files/2013/06/A-transexualidade-na-atualidade-discurso-cient%C3%ADfico-pol%C3%ADtico-e-hist%C3%B3rias-de-vida.pdf›

SOUZA, Jessé. **(Não) Reconhecimento e subcidadania ou o que é 'ser gente'? .** Lua Nova. Revista de Cultura e Política, São Paulo, v. 59, pp. 51-74, 2003.

VALDÉS, Ernesto Garzón. **El consenso democrático:** fundamento y limites del papel de las minorias. México: Isonomia, n. 12, abril, 2000, pp. 6 - 34.

VECCHIATTI, Paulo Roberto IOTTI. **Manual da Homoafetividade:** da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos. São Paulo: Método, 2008.

____. Constitucionalidade da classificação da homofobia como racismo (PLC 122/2006), In: Tereza Rodrigues Vieira. **Minorias sexuais – Direitos e preconceitos**, São Paulo: Consulex, 2012, pp. 37-38.

VENTURINI, Gustavo. **Intolerância à Diversidade Sexual**. Publicado no site: http://csbh.fpabramo.org.br/o-que-fazemos/editora/teoria-e-debate/edicoes-anteriores/intolerancia-diversidade-sexual. 2008.

____. **Diversidade Sexual e Homofobia no Brasil:** *Intolerância e respeito às diferenças sexuais* – Apresentação. Disponível em: ‹http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/direitos-sexuais-e-reprodutivos/combate-a-homofobia-discriminacao-por-orientacao-sexual/Pesquisa_LGBT_fev09_FUNDPERSEUABRAMO_1.pdf. 2009›.

VIANA, Thiago G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). **Direito criminal contemporâneo**. Brasília: Kiron, 2012.

VITA, Álvaro de. Justiça e diferença: a tolerância liberal. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje:** Novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pp. 415-440.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia**. Trad. Marina Gercón. Madrid: Trotta, 1995.

SITES UTILIZADOS:

www.naohomofobia.com.br

www.direitohomoafetivo.com.br

http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/01/05/projetos-antigos-do-senado-serao-arquivados.

Princípios de Yogyakarta, 2010, p. 07-10, disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/Yogyakarta.pdf

Meio minuto para morrer, Revista Veja, 16/02/2000, disponível em: ‹http://veja.abril.com.br/160200/p_112.html›.

GO: Menina lésbica de 16 anos é morta por família da namorada, Revista Lado A, 06 abr. 2011. Disponível em: ‹http://revistaladoa.com.br/2011/04/noticias/

go-menina-lesbica-16-anos-morta-por-familia-namorada>.

A cada 33 horas um homossexual é assassinado no país, Portal EBC, 28/11/2012, disponível em: <http://www.ebc.com.br/cidadania/2012/11/a-cada-33-horas-um-homossexual-e-assassinado-no-pais>.

Pai bate em filho até a morte na zona oeste do Rio, R7, 20/02/2014, 06/08/2013, disponível em: <http://videos.r7.com/pai-bate-em-filho-ate-a-morte-na-zona-oeste-do-rio/idmedia/5306010e0cf276ddaad8b199.html>;

Menino teve fígado dilacerado pelo pai, que não admitia que criança gostasse de lavar louça, O Globo, 05/03/2014, disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/menino-teve-figado-dilacerado-pelo-pai-que-nao-admitia-que-crianca-gostasse-de-lavar-louca-11785342>.

Pai espanca filho por ser homossexual, Pragmatismo político, disponível em: <http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/08/pai-espanca-filho-por-ser-homossexual.html>.

A CIDH condena assassinato de adolescente gay no Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <http://cidh.oas.org/Comunicados/Port/2012.89.htm>.

CIDH condena assassinatos de mulheres trans no Brasil, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2012/113.asp>.

RJ: suspeito de integrar quadrilha que atacava homossexuais é preso, Terra, disponível em <http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/rj-suspeito-de-integrar-quadrilha-que-atacava-homossexuais-e-preso,765ca97036cdb310VgnVCM20000099cceb0aRCRD.html>.

Aumento de crimes de homofobia no centro de SP preocupa comunidade gay, iGay, 26/01/2014, disponível em: http://igay.ig.com.br/2014-01-24/aumento-de-crimes-de-homofobia-no-centro-de-sp-preocupa-comunidade-gay.html.

Ataques homofóbicos em SP se concentram no centro, diz estudo, Folha de São Paulo, 19/02/2011, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2011/02/878162-ataques-homofobicos-em-sp-se-concentram-no-centro-diz-estudo.shtml>.

Skatistas são suspeitos de matar gay em São Paulo, Folha de São Paulo, 03/02/2014, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/02/1406627-skastistas-sao-suspeitos-de-matar-gay-em-sao-paulo.shtml>.

Disponível em: parte I - <http://www.youtube.com/watch?v=pPgWZh48SVk>; parte II - <http://www.youtube.com/watch?v=ZLKyYt-1r7A>.

Hate crimes. Confronting violence against lesbians and gay men, 1992.

JUSTIFICANDO. **Advogado ingressa na Comissão Interamericana contra Estado Brasileiro por não reprimir homofobia**. *Portal Justificando*, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/23/advogado-ingressa-com-denuncia-na-cidh-contra-estado-brasileiro-por-nao-reprimir-homofobia/>.

Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2011. Brasília, 2012, disponível

em: <http://www.sedh.gov.br/brasilsem/relatorio-sobre-violencia-homofobica-no-brasil-o-ano-de-2011/Relatorio%20LGBT%20COMPLETO.pdf>.

Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: o ano de 2012. Brasília, 2013, disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/lgbt/pdf/relatorio-violencia-homofobica-ano-2012>.

Resolução sobre Homofobia na Europa em 2006, Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&referennce=P6-TA-2006-0018&format=XML&language=PT>.

Tratado de Amsterdam disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11997D/htm/11997D.html>.

Documento da União Europeia que institui **"Diretrizes Orientadoras Sobre o Tratamento Igualitário no Trabalho"** disponível em: <http://www.hrea.org/erc/Library/hrdocs/eu/2000-78-EC-es.pdf>.

RECEBIDO EM: 27/02/2018
APROVADO EM: 13/04/2018

 doi:10.30612/videre.v10i19.7058

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DESARROLLADAS FUERA DEL PODER PÚBLICO Y SU CONTRIBUCIÓN PARA EL DESARROLLO DE LA CIENCIA

THE PUBLIC POLICIES DEVELOPED OUTSIDE THE PUBLIC AUTHORITY AND ITS CONTRIBUTION TO THE DEVELOPMENT OF SCIENCE

Fernando de Oliveira Torres[1]

Nicolas Addor[2]

Resumen: Con la identificación de la Política Pública como un instrumento del Estado Social para alcanzar los derechos fundamentales sociales, tal como el desarrollo científico, es necesario un estudio más profundo sobre el tema. Así, el trabajo buscó, después de analizar cuál es la definición y características de una Política Pública, identificar si la participación del Ente Público en el proceso de implementación de una Política Pública es la condición necesaria para su caracterización o no. Para ello, se utilizó de autores de Derecho y de Ciencia Política, demostrando la fundamentación utilizada por la visión Estatista de Política Pública y por la visión multicéntrica. Se identificó que la participación del sector privado en programas de incentivo a la ciencia ocurre desde hace mucho tiempo, y no es prudente ignorar tal realidad en el momento de elaborar una formulación dogmática sobre el asunto. Sin embargo, la caracterización de una Política privada como pública, además de aparentemente no encajar en todas las especies de Políticas públicas, debe ser analizada con mucha cautela, pues genera efectos directos en la discusión sobre la judicialización de Políticas Públicas y, consecuentemente, en la concreción de derechos fundamentales sociales. Por último, lo que se ha identificado es que, cualquiera que sea el posicionamiento, éste debe tener en mente los principios y derechos albergados por la Constitución, y, también, observar el modelo social de Estado por ella elegido, para crear una coordinación y solidaridad entre el ente público y la sociedad privada, para alcanzar un efectivo respeto a la Constitución de 1988.

1 Mestrando bolsista em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduado com mérito acadêmico em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Prêmio Marcelino Champagnat-2015). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst) e Pós graduado em Ciências Penais pela LFG. Membro do Núcleo de pesquisa em políticas públicas e desenvolvimento humano - NUPED (PUC-PR) e do Núcleo de Pesquisas Constitucionais - NUPECONST (CNPq- Unibrasil). Advogado. fernandoadv.torres@yahoo.com.b

2 Mestrando bolsista (PROSUC/CAPES) em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Cursa especialização em Direito Constitucional na Academia Brasileira de Direito Constitucional. Bacharel em Direito pela Universidade Católica Dom Bosco. Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (PUCPR) e colaborador do Grupo de Pesquisas Patrimônio, Direito e Diversidade (UCDB). Advogado. nicolasaddor@gmail.com.

Palabras–claves: políticas públicas; fomento a la ciencia; derechos fundamentales sociales; judicialización de políticas públicas; Poder Público.

Abstract: With the identification of Public Policy as an instrument of the Social State to achieve fundamental social rights, such as scientific development, a deeper study on the subject is needed. Thus, the work sought, after analyzing the definition and characteristics of a Public Policy, to identify whether the participation of the Public Entity in the process of implementing a Public Policy is the necessary condition for its characterization or not. For this purpose, authors of Law and Political Science were used, demonstrating the foundations used by the Statistical Public Policy vision and the multicentric vision. It was identified that the participation of the private sector in science incentive programs has taken place for a long time, and it is not prudent to ignore this reality when elaborating a dogmatic formulation on the subject. However, the characterization of a private as public policy, in addition to seemingly not fit in all the species of Public Policies, must be analyzed with great caution, since it generates direct effects in the discussion on the judicialization of Public Policies and, consequently, in the realization of fundamental social rights. Finally, what has been identified is that, whatever the positioning, it must have in mind the principles and rights enshrined in the Constitution, and also observe the social model of State chosen by it, to create coordination and solidarity between the public entity and private society, in order to achieve effective respect for the Constitution of 1988.

Keywords: public policies; promotion of science; fundamental social rights; judicialization of public policies; Public Authority.

INTRODUCCIÓN

En un primero momento, este trabajo analizará cuál es la definición y características de una Política Pública. Así, es necesario identificar si es una condición necesaria la participación del Ente Público en el proceso de implementación de una Política Publica. En el texto, se utilizó de autores de Derecho y de Ciencia Política, para demostrar la fundamentación utilizada por la visión Estatista de Política Pública y por la visión multicéntrica.

Después, se ha identificado la participación del sector privado en programas de incentivo a la ciencia, que ocurre desde hace mucho tiempo. Luego, no es prudente ignorar tal realidad en el momento de elaborar una formulación dogmática sobre el asunto. Así, en un posterior tópico, analizará la caracterización de una política privada como pública y su generación de efectos directos en la discusión sobre ja judicialización de políticas públicas y la concreción de derechos fundamentales sociales.

Eltranscurso del siglo XX innumerables crisis ocurrieron en el modelo de Estado hasta entonces existente, demostrando que el Estado Liberal no era capaz de corresponder a los nuevos anhelos de la sociedad. (NOVAIS, 1987, p.193). Se ha convertido, así, imperioso un cambio de paradigma, he aquí que la iniciativa privada no estaba en condiciones de asumir la tarea de ser la locomotora del desarrollo económico. (RODRÍGUEZ-ARANA, 2015, p.35). De manera gradual, se pasó a admitir que el mercado

(en un primer momento) y la sociedad civil dependerían directamente de la intervención estatal. (BREUS, 2007, p.179).

De la mano invisible del mercado teorizada por Adam Smith, se pasa a verificar la actuación de una mano visible estatal, la cual pasa a ser el principal agente de mediación y de influencia entre los actores de la sociedad civil. (BREUS, 2007, p.179). En el Estado, como manera de evitar las molestias de la sociedad, además de garantizar las actividades de orden público, policía, seguridad, defensa (REYES, 2001, p.1), la necesidad de crear un conjunto de "prestaciones tendentes a garantizar una vida digna y protegida, independientemente de la capacidad o la viabilidad de la integración individual en el proceso productivo, de los imponderables de las condicionesnaturales o de las desigualdades sectoriales o regionales." (SCHIER, 2009). Así, el Estado Social se caracteriza por un modelo de fuerte intervención. (GABARDO, 2009, p.156).

El marco de la consagración del Estado Social ocurrió con la constitucionalización de los derechos fundamentales sociales en la Constitución Mexicana (1917) (COMPARATO, 2003, p.188) y, posteriormente, en la Constitución de Weimar (Alemania-1919) (AUAD, 2008), definiendo una ruptura con el modelo liberal hasta hoy vigente en los países occidentales.[3]No obstante, para hacer realidad los nuevos derechos entonces exigidos, no basta su reconocimiento en el campo jurídico, sino que también se hace necesaria la previsión de garantías que permitan viabilizar tales derechos. (SCHIER, 2009).

Al Estado Social, por lo tanto, cabía más que abstenerse; al revés, se hacía necesaria una actuación directa en la sociedad para que los derechos denominados sociales fueran efectivamente implementados. A partir de ahí, se reconoce que tales derechos son ordenaciones de ámbitos sociales vitales, dirigidas a la convivencia social, y por eso mismo necesitan de protección particular. (SCHNEIDER, 1991, p.40).

Es decir, los derechos sociales, diferentes de los derechos denominados de primera generación, típico del modelo liberal, son de naturaleza positiva (prestación) (SARLET, 2015) "y presuponen, por lo tanto, que se crea o pone a disposición la prestación que constituye su objeto. Es necesario que haya una actuación estatal para que se concreten los derechos sociales. En este sentido, "para que el Estado pueda garantizar los derechos exigidos y, consecuentemente, influenciar la actuación de la Sociedad Civil, se elaboran una serie de mecanismos jurídicos para que su actuación ocurra a contento". (BREUS, 2007, p.178). Uno de los instrumentos utilizado para efectuar esta actuación estatal ante la sociedad son las Políticas Públicas.

En ese contexto, después de admitida la actuación del Estado en la sociedad, así como observado que uno de los instrumentos utilizados para la promoción de esa participación del Estado ante las relaciones sociales son las políticas públicas (BREUS, 2007, p.178), es que se pasó a estudiar de forma profunda este instrumento. Por ello, el reconocimiento de las políticas públicas como objeto de estudio, en el contexto de

3 Se observa, sin embargo, que no todos los Estados que adoptaron la fórmula del Estado Social optaron por conferir *status* constitucional a los derechos sociales, dejando su previsión para la legislación infraconstitucional. Hay, todavía, Estados que, sin embargo de traer expresamente en las normas constitucionales tales categorías de derechos, no lo insertan en el rol de los derechos fundamentales. In: SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público:** Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição de Retrocesso Social. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 107

la reflexión sobre el gobierno y sus parámetros de actuar se presenta todavía como un fenómeno relativamente nuevo. (VALLE, 2009, p.33).

Los Estados Unidos, "a partir de un ambiente favorecido por el crecimiento de las ciencias sociales y de su preocupación acerca de su papel en la búsqueda de la solución de los grandes problemas de la sociedad" (VALLE, 2009, p.34), se convirtió en la cuna de los estudios sobre políticas públicas en la década de los 20. el supuesto que rige la constitución y la consolidación de los estudios sobre políticas públicas es que: "en democracias estables, lo que el gobierno hace o deja de hacer es pasible de ser formulado científicamente y (b) analizado por investigadores independientes." (SOUZA, 2006).

En Europa, más específicamente en Alemania, la preocupación por determinados campos de políticas sólo toma fuerza a partir de principios de los años 70, cuando con el ascenso de la socialdemocracia la planificación y las políticas sectoriales se extendió (FREY, 2000, p.214). En esta realidad, la necesidad de estudio sobre Políticas Públicas surge como un desdoblamiento de los trabajos basados en teorías explicativas sobre el papel del Estado y de una de las más importantes instituciones del Estado -el gobierno-, productor de políticas públicas. (SOUZA, 2006).

En Brasil, los estudios sobre políticas públicas todavía están en su fase inicial enfocando, en la mayoría de las veces, en el análisis de las estructuras e instituciones o en la caracterización de los procesos de negociación de las políticas sectoriales específicas (FREY, 2000, p.214). Vanice Regina Lirio del Valle apunta que la inestabilidad institucional y la ausencia de democracia son factores que impiden la profundización sobre políticas públicas. Esto porque "donde no se tiene democracia, se reduce el espacio para discusión en relación a un instrumento de direccionamiento de la acción del poder, como son las políticas públicas."[4] Aunque, una política pública debe ser "expresión de un proceso público, en el sentido de apertura a la participación de todos los interesados, directos e indirectos, para la manifestación clara y transparente de las posiciones en juego" (BUCCI, 2006, p.269).

De ese modo, uno de los instrumentos utilizados para la promoción de esa participación ante las relaciones sociales son las políticas públicas. Por lo tanto, como agente central de implementación de las políticas públicas, el Estado se convierte en una arena de disputa por el acceso a la riqueza social, ya que las políticas públicas, inequívocamente, involucra conflictos entre las capas sociales y, de modo invariable, implican elecciones que resultan en la atención de un interés en detrimento de muchos otros. (BREUS, 2007, p.179).

Harold Lasswell (2000, p.83) demuestra la fuerte imbricación entre políticas públicas y democracia al afirmar que: "*el movimiento no apunta meramente hacia las políticas, sino más específicamente hacia las ciencias de políticas de la democracia*". La democracia se convierte, por lo tanto, *condicio sinquo a non* de las políticas públicas, siendo imposible a existencias de políticas públicas legítimas en ambientes no democráticos. Por eso, se verifica que sólo con la promulgación de la constitución de 1988 y

4 "Tenha-se em mente que o caso brasileiro não se diferencia em muito dos demais países da América Latina, com um cenário da política nacional em quase todo o século XX, quando não mergulhado em turbulência, paralisado pela ditadura."in: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo horizonte: Fórum, 2009. p 33.

la estabilidad institucional y democrática por ella alcanzada es que se ha hecho posible la inclusión de las políticas públicas en la pauta de las reflexiones. Razón por la cual el tema pasó a frecuentar los debates no sólo de la política y de la administración, sino también de la sociología y del derecho. (VALLE, 2009, p.34).

1. LA (IN) DEFINICIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS Y SUS FUNCIONES

María Paula Dallari Bucci (2006a, p.47) advierte que es plausible reputar que aún no existe un concepto jurídico definitivo de políticas públicas. Lo que se tiene es sólo un concepto de que sirven los juristas como guía para el entendimiento de las políticas públicas y el trabajo en ese campo. "No hay propiamente un concepto jurídico, ya que las categorías que estructuran el concepto son propias o de la política o de la administración pública." Eso porque las políticas públicas pueden ser transmitidas bajo diversos formatos jurídicos-normativos. (2006a, p.257) En otras palabras, por su multiplicidad, "las políticas públicas son un conjunto heterogéneo de medidas desde el punto de vista jurídico." (LOPES, 1999, p.134). En esta senda, la exteriorización de la política pública está muy lejos de un patrón jurídico uniforme y claramente absorbible por el sistema jurídico. (BUCCI, 2006a, p.257). Hecho esto que hace más complejo la definición de lo que sería para el derecho una política pública.

Aunque, el término políticas públicas, además de dispuesto en diversos dispositivos constitucionales[5], se presenta en diversas publicaciones jurídicas[6], por lo que es necesario un acuerdo semántico sobre el término para evitar incongruencias posteriores. Al final, "cuanto más se conoce el objeto de la política pública, mayor es la posibilidad de efectividad de un programa de acción gubernamental." (BUCCI, 2006a, p.249).

Uno de los pioneros en el estudio sobre políticas públicas, Harold Laswell, las dividió en dos dimensiones. La dimensión del proceso de la política y la dimensión de la inteligencia. En este sentido es la constatación de Vanice Valle al afirmar que Laswell proponía una orientación del actuar del Estado por medio de las políticas públicas "(...)

5 Se considera, como ejemplo, la competencia privativa de la Unión para legislar sobre la "política nacional de transportes" (artículo 22, inciso IX), la exigencia de participación popular en la formulación de las políticas de asistencia social (artículo 204, inciso II el deber del Estado de promover políticas específicas para la promoción de la asistencia integral a la salud del niño, del adolescente y del joven (artículo 227, § 1º). En esta senda, Nobre Júnior resalta que Constitución hace referencia a la política con significado de programa de acción gubernamental en diversos dispositivos, son ellos: Art. 22, IX; Art. 23, XII; Art. 39, caput; Art. 165, § 2º; 182, caput, §1º; Art. 187, caput, § 2º; 188; Art. 196, caput; 200 IV; Art. 204, II (in: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Revista de Direito do Estado**: Rio de Janeiro, Renovar, n. 14, pp. 107-139, abr/jun. 2009.

6 Como ejemplo, se ve los siguientes libros y artículos: OLIVIERI, Cecília. A lógica política do controle interno: o monitoramento das políticas públicas no presidencialismo brasileiro. São Paulo: Fapesp, 2010; LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006; DAL BOSCO, Maria Goretti. Discricionariedade em políticas públicas: um olhar garantista da aplicação da lei de improbidade administrativa. Curitiba: Juruá, 2007; PINTO, Élida Graziane. Finaciamento de direitos fundamentais: políticas públicas vinculadas, estabilização monetária e conflito distributivo no orçamento da União do pós-Plano Real. Belo Horizonte: O lutador, 2010; SANTOS, Marília Lourido dos. Interpretação constitucional das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. A constitucionalização do Direito Administrativo e as políticas públicas. In: BERARDI, Luciana Andrea Accorsi; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org.). Estudos de Direito Constitucional: homenagem à professora Maria Garcia. 2.ed. São Paulo: IOB, 2008; BREUS, Thiago Lima. Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007

orientación que setraduce en una doble dimensión: la del *proceso* de la política y aquellas de las necesidades de *inteligencia* de ese proceso".[7]

En la primera dimensión la tarea es desarrollar la ciencia de la formación y ejecución de las políticas públicas. En la segunda, el objetivo es mejorar el contenido concreto de la información y la interpretación disponibles a los que conciben dichas políticas. (VALLE, 2009, p.36). Sin embargo, por la influencia weberiana sobre mundo-donde la definición del proceso se presentaba como garantía de acierto técnico y neutralidad políticas-, el entusiasmo de los estudiosos ocurrió de forma contraria a la voluntad de Laswell. Los estudios que se centraron más en el análisis de la primera dimensión, en detrimento de la segunda, haciendo que la valorización de la 'función de inteligencia' sea un campo de investigación aún poco profundizado, resistiéndose a las escuelas cuyo foco es la evaluación ex post de las Políticas Públicas. (VALLE, 2009. p.39).

Las políticas públicas en la dimensión procesal se definen como "programas de acción gubernamental, en cuya formación hay un elemento procesal estructurante: política publica es el programa de acción gubernamental que resulta de un proceso o conjunto de procesos jurídicamente regulados [...]". (BUCCI, 2000, p.109). Se considera, por lo tanto, que el desarrollo de las políticas públicas debe entenderse como un ciclo, con especial atención a sus distintas etapas de construcción. Por lo tanto, sabiendo que es una clasificación sellada, la idea de *Policy Cycle* ve la formación de la política pública como un conjunto de procesos que incluyen al menos (1) también la definición de la agenda; (2) la especificación de las alternativas en base a las cuales la elección será feria; (3) una elección de autoridad (autoritaria) entre las alternativas definidas y (4) la aplicación de la decisión.(BUCCI, 2000, p.109).

Vanice do Valle considera que las políticas públicas tienen dos características marcadas: la idea de multiplicidad y la proyección en el tiempo. Para la autora, políticas públicas son decisiones políticas que se "construyen a partir del signo de la multiplicidad y han de ser entendidas desde una perspectiva de continuidad, de proyección para el futuro de efectos y obligaciones". (VALLE, 2009, p.57).

En este sentido, la multiplicidad deriva de la constatación que políticas públicas tienen distintos soportes legales,[8] además de distintas formas de implementación.

7 "A tarefa da primeira dimensão, sustentada pelo autor americano,- é desenvolver a ciência da formação e executar as políticas públicas, utilizando os métodos de investigação das ciências sociais e da psicologia. Já na segunda dimensão, se busca melhorar o conteúdo concreto da informação e da interpretação disponíveis aos que concebem as referidas políticas. Completa sua observação com a afirmação de que melhorar a "função inteligência" em tema de políticas públicas depende de técnicas mais efetivas de comunicação e informação genuína, que possam contribuir ao juízo do decisor" In: VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial.** Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

8 La realidad fáctica brasileña demuestra claramente esta multiplicidad. "La ley que instituyó la Agencia Nacional de Águas (ANA) incumbe a implementar la Política Nacional de Recursos Hídricos, bajada por otra ley, la Ley federal n. 9433/97, aunque con la creación de Ana la competencia para formular la política en el área haya recaído sobre el Consejo Nacional de Recursos Hídricos. La Agencia Brasileira de Inteligencia (ABIN) fue creada teniendo, entre otras atribuciones, la de ejecutar la Política nacional de Inteligencia, fijada por el Presidente de la República. Por su parte, en materia de telecomunicaciones, la Lei Geral de Telecomunicações cometió a la Agencia Nacional de Telecomunicações (ANATEL) el deber de ejecutar las políticas establecidas por los *Poderes Executivo e Legislativo*, compitiendo también a su Consejo Directivo el establecimiento y alteraciones de políticas.In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 257.

Ellas pueden ser expresadas en disposiciones constitucionales, en leyes, o en normas infra-legales, como decretos, decretos e incluso en instrumentos jurídicos de otra naturaleza, como contratos de concesión de servicio público, por ejemplo. (BUCCI, 2006, p.11). En otras palabras: "una política pública puede ser conformada en el ordenamiento jurídico a través de normas de diversificados escalones." (PIVETTA, 2013, p.99).

Además de la multiplicidad, la continuidad se observa como otra característica marcante de las políticas públicas. Lo que se identifica como política pública a ser desarrollada, objetiva funcionar como pauta de regencia del actuar del Estado por un determinado período de tiempo. No siendo, por lo tanto, un instrumento de actuación instantánea del Estado en la sociedad. (VALLE, 2009, p.46). Es justamente la idea de proyección en el tiempo que permite ejercicio de la función de inteligencia propuesta por Laswell. Porque los beneficios o maleficios derivados de una determinada política pública sólo se verifican en el transcurso del tiempo.

Las políticas públicas de fomento a la ciencia actuantes en el territorio brasileño se encuadran en las características enumeradas por la autora anteriormente mencionada. A una, en razón de que el desarrollo científico se respalda no sólo en la Constitución, sino en múltiples ordenamientos jurídicos; a dos, la continuidad es una presente característica de las políticas públicas de ese sector, dado que las políticas de concesiones de becas y ayudas, así como otros proyectos, no tienen plazo cierto y tienen una prestación ininterrumpida.

Se entendió que las múltiples facetas del desarrollo nacional previstas por la Constitución Federal de 1988, así como la previsión de obligatoriedad de promoción e incentivo por el Estado del desarrollo científico, investigación, innovación y capacitación científica y tecnológica, corresponde a la Administración Pública que implemente políticas específicas para el desarrollo de la ciencia. Se comprendió, pues, que ella debe ser considerada para alcanzar los objetivos del Estado Social brasileño.

De este modo, "la superación del subdesarrollo de América Latina resultará de la acción simultánea de diferentes políticas y estrategias. En todo caso y cualesquiera sean los caminos elegidos, el acceso a una sociedad moderna – que es uno de los objetivos que se pretenden alcanzar por el desarrollo – supone necesariamente una acción decisiva en el campo de la investigación científico-tecnológica" (SÁBATO; BOTANA, 1993, p.21).Además, el desarrollo en la Constitución brasileña, a pesar de su vínculo de desarrollo con crecimiento económico, no se reduce sólo a ese ámbito, debiendo abarcar otros intentos, como el desarrollo social. (FOLLONI, 2014, pp.79-80).

Así, las políticas públicas de fomento a la ciencia se organizan como un objeto de estudio de alta complejidad, en los cuales temas como programas de investigación, instrumentos de financiamiento, instituciones, aspectos de la legislación y la dinámica de generación de conocimiento e innovaciones son algunas de las las temáticas que componen el alcance de esta política. (DIAS, 2011, pp.323-324). La actuación del gobierno federal brasileño es bastante evidente en este ámbito, con entes de la Administración pública que coordinan la política científica, con destaque para el Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq, órgano vinculado al Ministério de Ciência e Tecnologia, a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, fundación asociada al Ministério da Educação e a Financiadora de Estudos e Projetos - FINEP, empresa pública de fomento a la ciencia.

En resumen, las políticas públicas en el sector científico son dirigidas por estos tres entes: El CNPq, con la tarea de promover el desarrollo de la investigación científica y tecnológica y la formación de recursos humanos en todas las áreas del conocimiento y también para sectores de importancia nacional y regional, además de fomentar la innovación tecnológica (CNPq, 2017); la CAPES desempeñando la función de expansión y consolidación del postgrado *stricto sensu*, a través de la evaluación de los programas de postgrado, cooperación científica internacional, acceso y divulgación de la producción científica, así como inversiones en la formación de recursos y formación de profesores para la educación básica (CAPES, 2017); la FINEP, que opera un fondo público para financiar proyectos dirigidos a la ciencia, tecnología e innovación, de instituciones públicas y privadas. (FINEP, 2017).

2. LA NECESIDAD O NO DE ACTUACIÓN DEL ESTADO PARA LA CARACTERIZACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA

María Bucci (2006a, p.241), consciente de que la política pública es una locución polisémica cuya concepción sólo puede ser estipulada, considera política pública como: "programas de acción gubernamental para coordinar los medios a disposición del estado y las actividades privadas, para la realización de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados. Las políticas públicas son "metas colectivas conscientes (...)".

Con respecto al concepto de políticas públicas presentado es necesario hacer algunas aclaraciones antes de profundizar el tema, he aquí que a pesar de servir como base para la mayoría de los estudios sobre el tema, el concepto no es unánime. El bajo estudio teórico sobre políticas públicas hace que haya muchas dudas y, en consecuencia, posiciones divergentes sobre algunos elementos de las políticas públicas. Uno de esos puntos es la necesidad de participación del Estado para la caracterización de una política pública.

Algunos autores consideran la política pública en una idea de state-centeres policy making, o sea, una política pública sólo puede ser considerada "pública" cuando emanada por actor estatal;[9] por otro lado, "hay un enfoque multicéntrico que entiende que la política es" pública "cuando el problema a enfrentar es público". (SECCHI, 2010, p.2).

En el primero, se tiene lo que la Ciencia Política llama de posicionamiento Estatista de Política Pública, siendo ésta la idea de que es la personalidad jurídica del formulador de la política que la caracterización como pública.(SECCHI, 2010, p.2). El argumento para este posicionamiento es que el carácter jurídico imperativo de una política pública necesita obligatoriamente de participación del Estado. Así, las acciones privadas, aunque tengan relación directa con el interés público, no se confunde con una política pública. (LIMA, 2012, pp.49-54). Igualmente, otro fuerte argumento que corrobora con la visión estatista es que, como se demuestra en el

9 Autores como: RUA, Maria das Graças. Analise de Políticas Públicas: conceitos básicos; GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto, COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. 1997, y otros.

inicio del trabajo, las políticas públicas están vinculadas históricamente a una perspectiva intervencionista del Estado Social, como forma de alcanzar la efectividad de los derechos fundamentales.

Por otro lado, es posible que se entienda como política pública como a aquellas que apuntan a atender el Interés Público, siendo, por lo tanto, un enfoque multicéntrico. Para el enfoque multicéntrico lo que interesa es que el problema sea de interés público, no importa quien formuló la política. En esta perspectiva, como demuestra Leonardo Secchi (2010, p.2), organizaciones privadas junto con los actores estatales son los protagonistas en la creación de políticas públicas.En esta posición, la idea de política pública es más amplia, "va más allá de las políticas gubernamentales, en la medida en que el gobierno, con su estructura administrativa, no es la única institución a servir a la comunidad política, es decir, a promover 'políticas públicas'" (HEIDEMANN, 2010, p.31).

De manera que, el posicionamiento multicéntrico considera que la política es pública cuando busca atender el Interés Público. La noción de interés público como norma raíz del derecho adminsitrativo surgió en la década del 60, después de que Celso Antonio Bandeira de Mello publicó su obra *o Conteúdo jurídico do direito administrativo e seu valor metodológico.* (HACHEM, 2011, p.41).Con la madurez de la idea, Celso Antonio Bandeira de Mello, definió interés público como "el interés resultante del conjunto de los intereses que los individuos personalmente tienen cuando considerados en su calidad de miembros de la Sociedad y por el simple hecho de serlo". (MELLO, 2005, p.51).

La visión multicéntrica de política pública considera que la política es pública cuando busca el interés público, debiendo, para ello, identificar el concepto presentado por Celso Antonio, para identificar lo que la sociedad considera como algo de su interés. Al final, lo que la sociedad entiende como algo de interés público no es rígido e inmutable, al revés, él acompaña los cambios y nuevas complejidad de la sociedad en que se encuentra. En este sentido, Celso Antonio (2005, pp.45-46) advierte "inexistente el propósito de darles valor absoluto, por lo que no se les da un valor intrínseco, perenne e inmutable."

Otro argumento que corrobora con la visión multicéntrica de Política Pública es oriundo de una de sus principales características ajenas explicitada, la multiplicidad. En este sentido, la corriente que considera la necesidad de participación del Estado, acaba por ignorar una de las características más marcadas de las políticas públicas, la multiplicidad. Al fin, las múltiples formas de efectivizar, de sujetos que pueden crear una política pública, así como la multiplicidad de sujetos afectados, demuestran que su implementación no puede ser restringida a un solo actor. Según María Bucci, (2006a, p. 269) la multiplicidad es observada por el propio nombre dado, he aquí que "el adjetivo público, yuxtapuesto al sustantivo" político, debe indicar tanto a los destinatarios como a los autores de la política. Una política es pública cuando contempla los intereses públicos, es decir, de la colectividad (...).Al adoptar el posicionamiento en sentido amplio para la caracterización de política pública, la posibilidad de enumerar programas de la sociedad civil para el fomento de la ciencia se emerge.

Para visión multicéntrica, por lo tanto, es posible que existan políticas públicas privadas, siempre que su objeto busque atender el Interés Público. En esta perspectiva,

como se demuestra, no faltan ejemplos de concretizaciones de políticas privadas que busquen atender el interés público.

Sin embargo, considerando la tipología de las políticas públicas hechas por Theodor Lowi (1964), donde el autor considera que la política pública hace la política (policy make polity), dividiendo las Políticas públicas en Políticas Distributivas, Regulatorias, Redistributivas y Constitutivas, puede ser que la perspectiva multicéntrica de política pública no sea hábil para caracterizar todos los "tipos" políticas públicas. No parece prudente admitir que en todas ellas sea posible la participación de la sociedad privada en todos los tipos de políticas públicas, después de todo, algunas políticas tienen carácter eminentemente de función de Estado como, por ejemplo, las políticas públicas regulatorias que buscan condicionar el ejercicio de determinada, actividad. (RUA, 2017).

En este sentido y teniendo en cuenta que trata de un análisis todavía superficial, es posible considerar en este primer momento que la participación de la Sociedad Civil en las políticas públicas debe restringirse a las políticas públicas distributivas, siendo ésta las políticas públicas que buscan asignar bienes o servicios a fracciones (categorías de personas, localidades, regiones, grupos sociales, etc.), como son las políticas públicas de incentivo a la ciencia.

3. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ÁMBITO PRIVADO Y SU PAPEL COMPLEMENTARIO EN CUANTO A LA ACTUACIÓN ESTATAL

No faltan ejemplos de entidades privadas que promueven políticas públicas distributivas íntimamente relacionadas con el interés público. Es el caso de políticas privadas que buscan el fomento a la investigación científica en Brasil, contribuyendo al desarrollo del derecho a la educación y promoción de la investigación. El programa Santander Universidades, vinculado al Banco Santander, promueve inversión en movilidad académica, innovación y emprendimiento, transferencia tecnológica y apoyo a sectores académicos; a Fundação Carlos Chagas, con el apoyo del Banco Mundial y la Fundación Ford, posee algunos programas, como el Programa Internacional de Becas de Postgrado de la Fundación Ford, o incluso el Programa de Fortalecimiento de Enseñanza e Investigación en Derechos Humanos en el Hemisferio Sur; Hay, también, sociedades de ámbito privado fundadas que poseen como actividad empresarial el ofrecimiento de becas de estudio de graduación y postgrado y de ayuda a la investigación, como es el caso de la Mais Estudo (Neora), Educa mais Brasil y Quero Bolsa.

Un informe de 2015 de la campaña *Business Back Education*(2017, pp.10-12), basado en datos de *Global Fortune* del mismo año, demuestra que sociedades como Banco Santander, IBM, Telefónica y ExxonMobil son algunas de las compañías que más invierte en el sector de educación e investigación. Sin embargo, el informe resalta que este sector es donde tradicionalmente tiene menos iniciativas si se compara con otras áreas, como la salud, que tiene un valor de donaciones 16 veces mayor incluso con la ciencia de que al sector de la educación es necesaria para el crecimiento económico y para el desarrollo de una sociedad global pacífica y estable.

Con el propósito de demostrar la importancia de las políticas públicas privadas para el logro de los objetivos en el área de desarrollo de la investigación y la ciencia, se analizó aquí específicamente el Programa Santander Universidades y la Fundação Carlos Chagas, demostrando los programas de fomento en ejecución, sus pretensiones, un estudio sobre las funciones de inteligencia a partir de Harold Laswell y, posteriormente, sus impactos para el área científica.

El programa Santander Universidades firma alianzas con universidades desde hace más de 20 años, con inversiones que desde 2002 alcanzan el nivel de más de 1.500 millones de euros. Tal valor dio al banco el primer lugar en la lista *Global Fortune 500*, indicándola como la sociedad que más invierte en Responsabilidad Social Empresarial en educación. Se apoyó más de 3.000 proyectos universitarios solamente en 2016, promoviendo la internacionalización, empleabilidad, investigación, innovación y emprendimiento. Sus Programas globales comprenden: I) Beca Iberoamérica Estudiantes de Graduación; II) Becas de estudio íbero-américa para jóvenes profesores e investigadores; III) Becas Santander-agencia EFE y IV) Becas Grupo Montevideo. (SANTANDER, 2017).

La Fundación Carlos Chagas fue fundada en 1964, como una entidad fundacional de derecho privado y sin fines de lucro con el propósito de investigación en el área de educación y evaluación de competencia de profesionales. Tiene cuatro programas especiales: I) Evaluación del Aprendizaje en lengua portuguesa y matemática, financiado por el Banco Mundial y que estudia la aplicación de un método de evaluación de aprendizaje y la elaboración de un plan de curso; II) Fortalecimiento de Enseñanza e Investigación en Derechos Humanos en el Hemisferio Sur, con apoyo de la Fundación Ford en parte del programa, que estudió algunos programas de Postgrado en Derecho con área de concentración en Derechos Humanos y la intervención para el incentivo en producción académica en esta área; III) Equidad en la Post-Graduación, que buscar delinear el perfil de los estudiantes de postgrado en Brasil y el financiamiento de cursos preparatorios al ingreso en el postgrado; IV) Programa Internacional de Becas de Postgrado de la Fundación Ford, que ofrece becas para los estudiantes, con el propósito de capacitarles para la promoción del desarrollo de sus países. (FUNDAÇÃO CARLOS CHAGAS, 2017).

Por más que aún exista un largo camino para una respuesta concreta y definitiva sobre el asunto, es innegable, como se ha demostrado, que la iniciativa privada actúa en la Sociedad Civil, muchas veces de forma más eficiente que el Ente Público, en la búsqueda de alcanzar el interés público, a través de la concreción de los derechos fundamentales. Los ejemplos citados demuestran esto claramente.

Sin adentrar, en este momento, en todas las consecuencias de cada posicionamiento, las dicciones entre la visión Estatista y la visión Multicéntrica de Política Pública deben buscar encontrar una respuesta que permita una mayor integración entre Estado y Sociedad, de modo a respetar el modelo de Estado albergado por la Conspiración de 1988.

Lo que debe ser anhelado, por lo tanto, es la advertencia hecha por Jorge Reis Novais, en el sentido de que no basta la intervención organizada y sistemática del Estado en la economía, institucionalizar los grupos de interés, la búsqueda de un Estado de bienestar y el reconocimiento en la jerarquía jurídica de los llamados

derechos sociales para que tenga la calificación de Estado Social verdaderamente implementado. Según el autor, es imperioso el mantenimiento de un sistema democrático que garantice al ciudadano un estatuto participativo en la toma de decisiones públicas y, no sólo, citando a García-Pelayo, un mero contenedor de la intervención social del Estado. (NOVAIS, 1987, p. 191).

4. LA POSIBILIDAD DE JUDICIALIZACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS PRIVADAS

Como se observa, ambos posicionamientos sobre la definición de Políticas Públicas tienen fuertes a razonables fundamentos. Es innegable que la actividad privada implementa políticas que tienen por objetivo alcanzar el interés público, sin embargo, es necesario preguntarse si tal objetivo es hábil lo suficiente para caracterizar la política como pública.

La discusión sobre la necesidad de actuación del Estado en las políticas públicas sigue siendo incipiente y, por eso, necesita un amplio debate para una concreta respuesta. Al final, tal debate genera consecuencias directas en la discusión sobre la posibilidad de judicialización de políticas públicas y, como resultado, en la efectividad de los derechos fundamentales sociales.

Si se entiende que la política pública debe ser obligatoriamente implementada por el Estado, entonces la judicialización de esas políticas públicas todavía debe recorrer un largo recorrido, observando el camino abierto por Vanice del Valle y la dimensión objetiva de los derechos fundamentales.

En cambio, si la conclusión es que la sociedad privada también puede implementar política pública, no siendo la participación del Estado uno de los requisitos para concretar su caracterización, entonces es posible entender que, en casos de políticas públicas distributivas, habría la posibilidad del poder judicial actúa para su implementación, por medio de condenas judiciales, en el sentido de obligar a las empresas que inobservan la legislación brasileña a invertir en una política pública. Aún así, posibilitar la judicialización sobre las Políticas Públicas privadas en cualquier limitación puede dar lugar a un efecto perverso.

El principal cuestionamiento es si habría un límite de la fuerza coercitiva del Poder Judicial sobre la toma de decisiones de las sociedades privadas. La obligación de una compañía para tomar determinada acción podría implicar en acoso sobre la libre iniciativa, pues la deliberación en actuar o no en la prestación de la Política Pública es de la propia sociedad y de sus socios. Al final, no existe ninguna obligatoriedad en la ley o incluso en la Constitución Federal que implique de manera genérica que la persona jurídica adopte una postura filantrópica. Se entiende, una vez que en razón del principio de libre iniciativa y de la legalidad, que el Estado no tiene condiciones en interferir, ni en la implementación, ni en su mantenimiento, en razón de la discrecionalidad de actuación por parte del privado, la dimensión objetiva de los derechos fundamentos- que fundamenta la judicialización de políticas públicas en la visión Estatista- no incide los mismos efectos sobre la iniciativa privada.

Por otra parte, considerando el principio de la supremacía del interés público sobre lo privado, la posibilidad de actuación del poder judicial es legítima en algunas

situaciones cuando priorizan el interés público: I) la adopción de una política pública para el cumplimiento de una sanción; II) la obligatoriedad por ley, para determinada categoría empresarial o cuando la sociedad cumpla determinados requisitos, de hacer funcionar una política pública; III) la utilización de la coerción judicial para el cumplimiento de convenios con la efectividad de políticas públicas previstas en el contrato administrativo.

Como se ha demostrado, ambas argumentaciones, de ser un requisito o no la actuación del Poder Público para caracterizar la Política Pública, poseen un amplio apoyo, debiendo tal discusión y los parecer sobre ser madurados para posibilitar un posicionamiento más sólido por los autores, principios y modelo de Estado de la Constitución de 1988.

En este sentido, es necesario preguntarse en qué modo y medida es posible aceptar el posicionamiento multicéntrico de Políticas Públicas y cuáles sus efectos. Es innegable, como ejemplificado, que la iniciativa privada, cada vez más, actúa directamente en la sociedad en pro del interés público. Sin embargo, como también se ha demostrado, es necesaria cautela, pues los efectos jurídicos de este posicionamiento son enormes, tanto en el plano dogmático como en el plano fáctico.

Cual sea el posicionamiento dominante, insta a subrayar que el posicionamiento multicéntrico no debe ser utilizado como fundamento para una actuación subsidiaria del Estado en el campo de Políticas Públicas, lejos de eso. "El orden económico encontrado en la Constitución de 1988 no consagró la subsidiariedad como principio, a pesar de que algunos autores identifican implícitamente su previsión constitucional." (GABARDO, 2009, p.246). Se trata de una búsqueda por la mayor efectividad de políticas públicas, de modo a asignar mayo efectividad de los derechos fundamentales sociales, por medio de la coordinación y solidaridad entre la actuación del Estado y de la Sociedad Civil, no quedando el ente público, en ningún momento, desobligado a implementar políticas públicas. Se busca, por lo tanto, no una actuación subsidiaria del Estado, sino garantizar que el modelo de Estado Social albergante por la Constitución de 1988 sea respetado por medio de lo que Jorge Reis Novais (2006, p.189) llama de estatalización de la Sociedad y socialización del Estado.

CONSIDERACIONES FINALES

Objetivamente, después de hacer un abordaje sobre la posibilidad en la ciencia política de existencia de políticas públicas de ámbito privado, especialmente para el fomento de la ciencia, y la idea de recurrir al poder judiciario, se puede establecer en pocos tópicos las consideraciones sobre la imposibilidad jurídica en el contexto actual de adoptar la idea y sus posibles consecuencias:

a) A pesar de considerar que existe la idea de que una política pública puede ser creada en el contexto de una asociación o una empresa privada, no es posible sobre el contexto jurídico brasileño establecer que esas acciones privadas pueden ser consideradas políticas públicas, pues las consecuencias comola judicialización das políticas públicas privadas y la posibilidad de establecimiento de las mismas obligaciones que una política publica del Estado tiene, al ejemplo de transparencia, impersonalidad y eficiencia que solo son exigibles sobre un

órgano público, pueden desmotivar la participación de los entes privados en las actividades de fomento, especialmente el fomento de la ciencia.

b) Además, si en la discusión sobre la consideración de existencia de una política pública privada en el sector de la ciencia política es posible, en la ciencia jurídica, si se admite ese neologismo jurídico, la estructura del derecho público y el sistema de políticas públicas deberá mudar para se adaptar al nuevo instituto. Así, nociones como interés público, política pública, actores del derecho administrativo y el alcance del derecho de cuestionar administrativamente y judicialmente, y mismo el papel del Estado sobre los actos públicos se expandirá de una manera jamás visto. Esa expansión no solo creará un aumento en los trabajos del Poder Judiciario como también creará una confusión sobre toda la dogmática jurídica.

c) Por eses motivos, para los actores, a pesar de haber a la posibilidad de considerar "políticas públicas privadas", sus consecuencias para el presente momento serán desastrosas, debiendo, para el actual contexto jurídico, considerarlas solamente como actividades privadas de fomento, que no admiten la misma investigación que una legitima política pública tiene. El ente privado no es obligado a obedecer las disposiciones del derecho administrativo, la principal característica de una política pública legitima, por una simple y tal vez la principal razón: Él no utiliza cualquier bien público o valores del erario a pesar de su contribución para el desarrollo nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de protação social da atual constituição federal brasileira. **Revista da faculdade de direito da universidade de são Paulo,** v. 103. Jan/dez. 2008.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em direito**. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. 1. ed. Saraiva: São Paulo, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIAS, Rafael de Brito. O que é a política científica e tecnológica? **Sociologias**. 2011, ano 15, n. 28, pp.316-344, 2011.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais,** Osasco, n.1, pp.63-91. jan./jun. 2014.

FREY, Klaus. Políticas Públicas: **Um debate Conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil.** Planejamento e Políticas Públicas. n.21- jun/2000.

GABARDO, Emerson. **Interesse Público e Subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum. 2009.

HACHEM, Daniel. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse** Público. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HAROLD, Laswell. La orientación hacia las políticas. In: AGUILAR VIALLNUEVA, Luís F. **El estúdios de las políticas públicas.**México: Miguel Angel Porrua, 2000.

HEIDEMANN, Francisco G. . Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José F. (Org.). **Políticas Públicas e Desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise.**2.ed. Brasilia: Universidade de Brasília, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1999.

LOWI, Theodore J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. World Politics, v. 16, n.4.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro: Renovar, n. 14, pp. 107-139, abr/jun. 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo Para uma Teoria de Estado de Direito:** do Estado de Direito Liberal ao Estado Social e democrático de Direito. Coimbra. 1987.

PIVETTA, Saulo Lindofer. **Direito Fundamental à Saúde. Regime jurídico-constitucional, política públicas e controle judicial.**Dissertação. UFPR: Curitiba. 2013.

REYES, Manuel Aragón. La democracia social y economica. Los conceptos economicos y sociales. In: GARCIA-TUNÓN, Ángel Marina. **Economía y derecho ante el siglo XXI.** Valladoid: Lex Nova, 2001.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOS, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de investigações Constitucionais**. Curitiba, v. 2, n. 2, pp. 31-62, maio/ago. 2015.

RUA, Maria das Graças; ROMANINI, Roberta. Tipologia e tipos de políticas públicas. In: **Para entender política**

RECEBIDO EM: 29/03/2018
APROVADO EM: 30/04/2018

FUNDAÇÕES ABALADAS: DIREITO, POLÍTICA E SOBERANIA NO PRIMEIRO QUARTEL DO SÉCULO XIX BRASILEIRO[1]

SHAKEN FOUDATIONS: LAW, POLITICS AND SOVEREINGTY IN THE FIRST QUARTER OF THE 19TH CENTURY IN BRAZIL

David F. L. Gomes[2]

RESUMO: Este artigo apresenta a história semântica do conceito de soberania e a história de seus usos pragmáticos no primeiro quartel do século XIX Brasileiro. A metodologia histórica é oferecida pela história dos conceitos (*Begriffsgeschichte*) e pelo contextualismo de Cambridge. As principais fontes históricas são os anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil de 1823, os escritos de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, os panfletos manuscritos e impressos publicados entre 1820 e 1823, e documentos oficiais.

Palavras–chave: Soberania; Século XIX; Brasil; Legitimidade do Direito; Legitimidade da Política.

ABSTRACT: This paper presents the semantic history of the concept of sovereignty and the history of its pragmatic uses in the first quarter of 19th Century in Brazil. The historical methodology is provided by conceptual history (*Begriffsgeschichte*) and the Cambridge contextualism. The main historical sources are the proceedings of the Constituent and Legislative General Assembly of the Empire of Brazil of 1823, the texts of Friar Joaquim do Amor Divino Caneca, the manuscripts and printed pamphlets published from 1820 to 1823, and official documents.

Keywords: Sovereignty; 19th Century; Brazil; Law's Legitimacy; Political Legitimacy.

INTRODUÇÃO

Notável em seu tempo e ainda hoje festejado, o panfleto anônimo – escrito em francês e atribuído a Cailhé de Geine – responsável por inaugurar o debate sobre a separação entre Brasil e Portugal após a Revolução do Porto não hesitava em afirmar: O rei e a família real não deveriam deixar o Brasil, pois somente no Brasil "Sua Majestade

1 O presente artigo corresponde ao capítulo III de minha tese de doutoramento, defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, sob orientação do professor Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira: GOMES, 2016a.

2 Bacharel, mestre e doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de graduação em Direito e em Ciências do Estado e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFMG. davidflgomes@yahoo.com

pode conservar sua autoridade Real toda por inteiro".[3]Desde agosto de 1820, de um ângulo jurídico-político, era isto o que estava principalmente em jogo: até onde vai a autoridade real? Qual a extensão dos poderes[4] do rei? E, ligada a essas perguntas, mas ao mesmo tempo maior do que elas e anterior a elas, condicionante delas, uma outra – ou várias outras com um sentido semelhante: de onde deriva o poder dos reis? Qual seu fundamento de legitimidade? Enfim, onde reside a soberania?

Traduzida nesses termos, a posição jurídico-política de Cailhé de Geine ressoava na Corte do Rio de Janeiro. Os reis eram "os Augustos, e legítimos depositários da Soberania das Nações":[5]

> [...] o atributo de mandar é inerente ao governo, e não lho deram os governados; (...) o poder veio de Deus, pois que Deus é o Autor da natureza. (...) é pois a Soberania, ou a obrigação de vigiar na execução das mesmas regras a coleção dos deveres anexos ao emprego de Rei, lá aonde, como entre nós, o governo é Monárquico (...).[6]

Essa interpretação do problema, porém, não resumia em si o conjunto de tensões que o circundavam desde que o Vintismo abalara a pequena monarquia europeia. De um ponto de vista semântico, a história do conceito de "soberania" nas décadas luso-brasileiras de 1800 a 1820 difratava-se em dois plexos principais de sentido: de um lado, soberania dizia respeito a uma questão ligada a territorialidade e representação; de outro, soberania referia-se mais diretamente à questão do fundamento de legitimidade da política e do direito. No fim das contas, ambos esses plexos de sentido articulavam-se para conformar os alicerces de um novo fundamento de legitimidade para a política e o direito – um fundamento tipicamente moderno.

O objetivo do presente artigo é detalhar essa história semântica, bem como explicitar os principais usos pragmáticos do conceito de soberania no primeiro quartel do século XIX brasileiro.Ou seja, não se trata aqui de discutir diretamente a fundação moderna do direito e da política, mas de abordar um conceito – o de "soberania" – sem o qual não se faz possível compreender tal fundação. Para essa tarefa, valho-me, de um ponto de vista metodológico, da história dos conceitos de matriz koselleckiana

3 Tradução livre de: "Sa Majesté peut conserver son autorité Royale tout entière". Le Roy et la Famille Royale de Bragance doivent-ils; dans les circonstances presentes, Retourner en Portugal, ou bien Rester au Brésil?, (1820) 2014, p. 38. Dada a especificidade dos documentos de época, a referência a eles será feita da seguinte forma ao longo deste artigo: quando não se tratar de textos anônimos, o nome e/ou o pseudônimo do autor ou da autora aparece(m) conforme figuraram na publicação original ou nas coletâneas consultadas; em seguida, é colocado o título do documento; logo após, aparecem a data da publicação original entre parênteses e a data e as páginas das coletâneas consultadas para a citação. A referência completa vem ao final do artigo.

4 Como se sabe, a distinção entre as categorias conceituais "poder" e "autoridade" é fundamental para a filosofia política de Hannah Arendt e para sua interpretação da configuração da política moderna. No presente trabalho, porém, tendo em vista seu afastamento frente ao arcabouço teórico arendtiano, essa distinção – que, em outros contextos de debate e em outros quadros de problemas, pode permanecer válida – não será considerada. Conferir ARENDT, 1988, 2000a, 2000b, 2006. Para uma discussão do problema da soberania na Independência do Brasil à luz das categorias arendtianas, conferir GOMES, 2015.

5 Analyse e confutação da primeira carta que dirigio a sua Alteza Real o Principe Regente Constitucional e Defensor Perpetuo dos Direitos do Brasil, o Campeão em Lisboa pelos Auctores do Regulador Brasilico-Luso, (1822) 2014, p. 394.

6 Tresgeminos Cosmopolitas [José Silvestre Rebelo], O Brasil visto por cima. Carta a huma senhora sobre as questões do tempo, (1822) 2014, p. 427.

(*Begriffsgeschichte*) e do contextualismo de Cambridge, cada qual em sua especificidade. Quanto às fontes, valho-me principalmente dos anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil de 1823, dos textos de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca e dos panfletos manuscritos e impressos publicados entre 1820 e 1823, além de documentos oficiais.

1. SOBERANIA, TERRITORIALIDADE E REPRESENTAÇÃO

No que tange à relação entre soberania, territorialidade e representação, uma primeira tensão que emergia encontrava seu foco nas pretensões e atitudes das Cortes de Lisboa:

> Nem nos iluda a escapatória de que = se resguardavam para o tempo do comparecimento dos nossos Deputados as modificações, que exigisse a peculiaridade das nossas circunstâncias = quando nós vimos sempre nessas poucas ocorrências, em que os nossos Representantes reclamaram contra algum ponto já antes decidido, opor-se-lhe o regulamento interior das Cortes, e o grande princípio, a copiosa fonte de tantos males – aqui não há Deputados de Província; todos são Deputados da Nação = a Soberania da Nação está aqui toda representada etc. etc.[7]

Reunidos em Cortes, os deputados portugueses tendiam a compreender-se como representantes de todo o Reino Unido. Em uma leitura tipicamente moderna do conceito de "representação", esta não se referia a uma territorialidade específica dentro do todo do reino. Não havia representantes do Brasil, de Portugal ou de Algarves, ou das colônias da África. Nem de Lisboa, ou do Porto. Havia representantes do reino português, tomado em sentido amplo; representantes de toda a "Nação" portuguesa. Da parte dos brasileiros – daquilo que aos poucos e só no interior de todo esse processo se vai tornando uma definição dotada de relativa homogeneidade: os brasileiros[8] –, todavia, o sentido majoritariamente atribuído ao conceito de "representação" estava internamente conectado ao sentido da territorialidade:

> Só a estes Deputados do Brasil, digo, pertencia o proporcionar bem uma legislação ao seu país, porque só eles podiam ter conhecimento do local, da qualidade do clima, e sua abundância, e por consequência da tolerância mais fácil, ou do sofrimento mais forte de seus Concidadãos (...).[9]

Essa conjunção entre soberania, territorialidade e representação formava a plataforma para a crítica à atuação das Cortes:

> (...) não declaram formalmente os Excelentíssimos Falaciosos da nova Regeneração da Monarquia tanto no seu Manifesto à Nação, e Nações como nas Bases da Constituição, que a Soberania está nos Povos, os quais tem o indespertável (sic) direito de estabelecer as leis e Governos que lhe for mais vantajoso, não diz este Soberano Congresso nas suas Bases, que elas só se entendem para Portugal e Algarve,

7 E. C. Carta Analytica, á cerca do Parecer da Commissão especial dos Negocios Politicos do Brazil apresentado na sessão de 18 de Março, (1822) 2014, pp. 444-445.

8 Sobre o tema, conferir NEVES, 2003, especialmente pp. 199-226.

9 B. J. G. [Bernardo José da Gama], Memoria sobre as principaes cauzas, por que deve o Brasil reassumir os seus direitos, e reunir as suas provincias offerecidas ao principe real, (1822) 2014, p. 557.

> e que quanto ao Brasil os seus Representantes dirão o que lhes convier; e como se compadecem estas públicas declarações com o que atualmente pratica o Soberano Congresso a vosso respeito, perguntai-lhe, Brasileiros pergunta-lhe (sic) de onde lhe veio o Soberano poder, que exercem; e se vos responderem, que dos Povos em que está a Soberania, então pergunta-lhe se acaso sois vós uma Nação escrava, ou um Povo livre, e se como tal não tendes como eles o indisputável direito de Legislardes a bem dos vossos interesses, segundo a localidade de vosso país debaixo da mais íntima união de um só Governo e mútuos interesses (...).[10]

Duas linhas argumentativas estabeleciam-se nesse trabalho de crítica. Uma insistia na ideia da soberania una para a "Nação inteira": "Em uma palavra a Soberania, segundo as Bases que juramos, reside na Nação inteira, e se Portugal pudesse fazer Leis para o Brasil seria uma parte da Nação Soberana da outra"[11].Ao contrário, a outra linha de argumentação postulava a existência de uma soberania dupla, de duas soberanias independentes entre si:

> O Povo de Portugal quando se representou em Cortes, o fez legitimamente; (...) o Congresso começou pois a legislar legitimamente para aquele Reino, mostrando por este ato legítimo que a Soberania de Portugal era separada da do Brasil. (...) desde então o mesmo Congresso ilegitimamente ditava leis para o Brasil, muito embora se fossem reunindo alguns Deputados Brasilienses. Desta legitimidade, e ilegitimidade relativa se deduz a existência de duas soberanias, que por essência são independentes.[12]

Se assim o era, deslizava-se como que por um caminho quase natural em direção à solução:

> Ninguém que deseje deveras a salvação da nossa Dignidade Nacional, ninguém, digo, pode negar que o único meio de salvar-se Portugal, e salvar-se o Brasil é a instalação de duas Câmaras, ou Representações; uma em cada Reino: a fim de cá, e lá, ficarem perfeitamente equilibrados os Poderes.[13]

Para quem lia a monarquia como encarnada na figura do monarca ele mesmo, isso significava que parte da soberania da "Monarquia Portuguesa" havia ficado no Brasil quando, ao partir, João VI deixara por aqui o herdeiro de seu trono:

> El Rei, que tem mais claro entendimento do que muitos dos seus Vassalos, muito principalmente do que os do centuvirato, previu que só assim constituído o Brasil, seria parte da Monarquia Portuguesa, e portanto deixou-nos em seu Augusto Filho tanto quanto por agora nos basta da Soberania (...).[14]

---

10 João Gualberto Pereira, Incontestaveis reflexões, que hum Portuguez Europeo offeresse aos sentimentais Brasileiros sobre seus interesses a face do presente, (1822) 2014, p. 506.

11 Theodoro José Biancardi, Reflexões sôbre alguns successos do Brasil, (1821) 2014, p. 252.

12 José da Costa Azevedo, Refutação á annalyse das instrucções para a nomeação dos deputados da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Reino do Brasil, extrahida de hum folhfto inedicto, intitulado Reflexões de hum caboclo em Cortes, (1822) 2014, p. 637.

13 O Amigo da Razão [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondência com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, p. 797.

14 Tresgeminoscosmopolitas [José Silvestre Rebelo], Carta ao redator da Malagueta, (1822) 2014, p. 456.

No decreto que convoca a que viria a ser a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, o fundamento para tal convocação é exatamente essa noção de soberania. É ela que subjaz à reunião de um corpo constituinte que, para os contemporâneos, podia não significar a separação imediata de Portugal, sendo, antes, a única opção para se tentar garantir a continuidade da união. Não por acaso, no ato convocatório, esse corpo constituinte era chamado de "Assembleia Luso-Brasiliense":

> Havendo-Me representado os Procuradores Gerais de algumas Províncias do Brasil já reunidos nesta Corte, e diferentes Câmaras, e Povo de outras, o quanto era necessário, e urgente para a mantença da Integridade da Monarquia Portuguesa, e justo decoro do Brasil, a Convocação de uma Assembleia Luso-Brasiliense, que investida daquela porção de Soberania, que essencialmente reside no Povo deste grande, e riquíssimo Continente.Constitua as bases sobre que se devam erigir a sua Independência, que a Natureza marcara, e de que já estava de posse, e a sua União com todas as outras partes integrantes da Grande Família Portuguesa, que cordialmente deseja: E reconhecendo Eu a verdade e a força das razões, que Me foram ponderadas, nem vendo outro modo de assegurar a felicidade deste Reino, manter uma justa igualdade de direitos entre ele e o de Portugal, sem perturbar a paz, que tanto convém a ambos, e tão própria é de Povos irmãos: Hei por bem, e com o parecer do Meu Conselho de Estado, Mandar convocar uma Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, composta de Deputados das Províncias do Brasil (...).[15]

Por suposto, a solução de uma dupla representação nacional, expressão de uma dupla soberania, a ser materializada em uma duplicidade constituinte, não gozava de unanimidade. Em alusão ao decreto de 23 de fevereiro de 1821, publicado por João VI criando uma comissão do Conselho Real, destinada a "verificar as reformas necessárias para tratar das leis constitucionais, que se discutiam em Lisboa, e adaptá-las à realidade do reino do Brasil e demais ilhas e domínios ultramarinos"[16], um panfleto manuscrito da Bahia, então polo de resistência às propensões absolutistas da Corte de João VI e de apoio ao movimento do Porto, dizia:

> [...] disto tendes uma prova evidente no Decreto, que acaba de aparecer, cuja leitura basta, para se conhecer, o quanto impera no coração destes Mandões o infame, e abominável despotismo, e que para o sustentarem, com providências capciosas, e palavras enganadoras, não só negam a soberania à Nação, querendo fazer uma quinta de Escravos seus para formarem a Constituição e Lei, que nos devem reger, mas igualmente pretendem com este fato, para diminuírem a nossa representação, poder, separar-nos da Mãe Pátria, que tanto amamos, e a quem cada vez mais desejamos estar unidos (...) aquela soberania, que só é inerente e própria de uma Nação livre, que não queremos outra Constituição, se não a de Portugal, que deve abranger todo o Reino Unido (...).[17]

Já em referência ao decreto de convocação da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Brasil, citado acima, outro panfleto, desta vez impresso, afirmava:

15 Decreto de 3 de junho de 1822.

16 CARVALHO; BASTOS; BASILE, 2012, p. 116, nota 78.

17 Panfleto 15, (1821) 2012, pp. 116-117.

> Como porém Sua Alteza Real pelo Decreto de 3 de junho parece usurpar a parte da Soberania do Poder Executivo, que El Rei tem no Brasil, e igualmente o Poder Soberano das Cortes, enquanto ele Manda convocar uma Assembleia Legislativa, e Constituinte no Brasil, e isto sem ouvir, nem atender à vontade dos Povos do Brasil, nem aos seus Deputados já reunidos em Portugal, violando o princípio sagrado de que a Soberania reside em toda a Nação em geral, assim como a Sua promessa de saber a vontade dos Povos, antes de dar tão precipitado passo (...).[18]

A essa clivagem Brasil/Portugal somava-se um segundo foco de tensão, ainda em torno da conjunção soberania/territorialidade/representação. Esse segundo foco era estabelecido pela clivagem Corte do Rio de Janeiro/demais províncias:

> Com efeito a orfandade do Brasil foi por alguns dias alguma coisa mais do que simples suspeitas, e temor. Nós vimos, sim nós vimos o Povo dessa Corte dividido, vacilante, e receoso de grandes mudanças: vimos as Províncias isoladas, ciosas, e dispostas a disputar entre si a Soberania(...).[19]

Dela, derivava a contínua ameaçade que, declarada a ruptura frente a Portugal, o território colonial português na América do Sul fosse estilhaçado em tantos pedaços quantas eram as subunidades que o compunham:

> [...] é preciso respeitar a opinião pública do Brasil, que não abraçará Constituição menos liberal, do que a de Portugal o é para os Portugueses; (...) seguindo-se necessariamente a desmembração das Províncias, que ainda se acham na expectativa por serem todos os seus juramentos promissórios, e implicitamente condicionais.[20]

Essa ameaça, que mais tarde se materializaria na Confederação do Equador, em um primeiro momento resultara na exigência de que o Brasil se mantivesse unido a Portugal e aderisse à Revolução do Porto, como se depreende do manuscrito baiano transcrito pouco acima. À medida que os acontecimentos se vão acelerando, a tônica do discurso muda e a mesma ameaça traz como sua outra face a exigência de uma representação política brasileira autônoma:

> Quanto à adesão das Províncias porém, nada há tão fútil, e inconsequente, como dizer-se, que elas se não hão de unir; porque se não tem unido até agora. (...)
>
> As províncias não se uniam logo de princípio de comum acordo sob a Regência de Sua Alteza Real; porque lhes faltava o Paládio de uma Representação no Brasil, sob cuja salvaguarda se mantivessem em a perfeita Liberdade civil, que havia adquirido, acedendo ao voto geral da Nação, que havia proclamado a reivindicação dos seus Direitos (...). (...) uma Assembleia Legislativa no nosso País; a qual concentrando a Representação dos Povos deste Continente, teria presas em vínculo indissolúvel de recíproco interesse as mesmas Províncias (...).[21]

18 O Continental, Correspondencia de Porto Alegre, (1822) 2014, pp. 675-676.

19 Golpe de vista sobre a situação política do Brasil independente traduzido d'um manuscrito hespanhol Feito em Junho do Corrente Anno, (1823) 2014, p. 701.

20 Dezengano [Cipriano José Barata de Almeida], Analize ao decreto do 1. de Desembro de 1822, Sobre a Creação da nova Ordem do Cruzeiro: Com algumas notas. Illustração ao Brazil, e ao nosso Imperador o Sr. D. Pedro I. Oferecida ao Público pelo Dezengano, (1823) 2014, pp. 674-675.

21 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, pp. 795-796.

Como se percebe, esses dois focos de tensão – Brasil/Portugal e Corte do Rio de Janeiro/demais províncias – sobrepõem-se um ao outro, antecipando a complexidade do problema da soberania no contexto da Independência brasileira. O segundo dos plexos principais de sentido que compõem a história semântica do conceito de "soberania" nesse contexto – aquele que liga diretamente soberania e fundamento de legitimidade da política e do direito – só faz aumentar tal complexidade.

2. SOBERANIA E O FUNDAMENTO DE LEGITIMIDADE DA POLÍTICA E DO DIREITO

Cailhé de Geine, como visto, não estava sozinho. Em defesa do Conde de Palmela – opositor, em muitos aspectos cruciais, de Tomás Antônio Vilanova Portugal, cuja posição o panfleto de Geine expressava –, José Silvestre Rebelo, por exemplo, escrevia:

> O Conde crê, que a Soberania é um emprego público; crê, que o exercício desta hereditariamente estabelecido só produz bens, sendo bem zelado, e que sendo eletivo, quanto mais se zela, mais males produz; Crê, que El Rei, possuidor da Soberania é, e deve ser origem de todas as graças, e mercês (...).[22]

Essa postura fazia-se presente, fosse no assumir expresso de uma soberania residindo no rei, fosse na crítica áspera aos postulados da soberania residente no povo. No "Sedativo contra a Malagueta ou obcervasoens sobre este papel", o autor, identificando-se pelas iniciais J. P. C. M. e pelo pseudônimo de Philodemo, é taxativo:

> [...] *o Povo é verdadeiramente soberano*; dizeis vós. Entre cujas mãos se acha já a Soberania, tão sórdida, tão Plebeias, tão mecânicas? Lembra-me um cozinheiro, que ouvi um dia, dissertando sobre a diferença entre forças mortas e forças vivas, questão que tem atormentado os espíritos em Dinâmica, mas hoje puramente curiosa; está-se-me porém representando, que pensais ser a Soberania alguma meretriz que podeis facilmente frequentar, imaginar, e definir ou delinear. Que charlatanismo o tocar mistérios, reservados a homens de saber profundo; e que tolice o persuadir-se, que a gente grave o sofreria, e não mandaria logo à tábua.[23]

Igual linha de raciocínio era seguida por P. L. Veiga Cabral, o "Amigo da Philantropia":

> Quem me dera uma Trombeta de tantas bocas quantos são os habitantes da terra enganados, a fim de poder gritar contra a impostura destes malvados Aventureiros, que querem fazer passar como Heroísmo a intrepidez, com que ousam atacar com seus sofismas de Direitos Naturais, e Soberanias populares a marcha da natureza, que sempre seguiram as Sociedades (...).[24]

22 T.es G.os C.as. [José Silvestre Rebelo], Carta ao Redactor do Espelho. Sobre As questoens Do Tempo, (1822) 2014, p. 522.

23 Philodemo [J. P. C. M.], Sedativo contra a Malagueta ou obcervasoens sobre este papel, (1822) 2014, pp. 644-645.

24 P. L. Veiga Cabral – Amigo da Philantropia, Analyze dos direitos naturaes do homem inculto, e selvagem, deduzidos do mesmo direito que rege toda a natureza creada, de que elle he parte. Direitos de Convenção, em que os homens dão princípio ao Corpo Moral das Sociedades, seguindo na sua Organização o Systhema dos Corpos fizicos sobre os Direitos da Soberania como Ordem natural Do Systhema Universal, (1823) 2014, p. 697.

E poderia ser perfeitamente concluída pelo mesmo Philodemo, em outro texto, desta vez assinando como J. Pinto da Costa e Macedo, mas sem abrir mão do pseudônimo:

> [...] os povos não se ajuntam, uma assembleia popular é impossível, é quimérica: será isto, como a empresa, de reduzir, a duas braças de diâmetro, o Globo sublunar. As tentativas em geral, que se encaminham a convocações gerais, são frustradas; mas tem o único efeito, e infalível dos bulícios, dos motins, e dos tumultos, ou, os motins, os tumultos, são o único resultado, e infalível do ajuntamento dos povos. Os bulícios, e os motins, formados pelo peso da maldade, não podem produzir naturalmente, senão o roubo, a morte, o incêndio, o horror. (...) Todo aquele, que procura, que intenta, assembleias populares, intenta cruelmente os motins e os tumultos, intenta a morte, o roubo, o incêndio, intenta o horror; é um faccioso, e um bandido [sic]. Logo, vós, mau homem, que pregais com tanta ânsia o ajuntamento dos povos, sois um faccioso, um malvado, inimigo capital dos mesmos povos, e deveis ser, o objeto do seu ódio, e da sua execração.[25]

Se a ideia de uma soberania residindo no povo – a "Soberania do Povo, que tanto os enfunou, e que é derivada de um sofisma"[26] – era execrada nesses panfletos, ela era defendida com igual ou maior força em diversas outras publicações: "Por diferentes modos se desataram estas cadeias, mas tinham todos por objeto a mesma coisa, isto é, indagar de onde tinha dimanado o poder aos Reis: conheceu-se que do Povo: por que motivo havia então o Povo ser escravo?"[27]

Apondo a seu texto o sugestivo título de "O Amigo da razão, ou carta aos Redactores do Reverbero, em que se mostraõ os Direitos, que tem o Brasil a formar a sua Camara Especial de Cortes no proprio territorio, conservando a Uniao com Portugal, em Ordem a salvar-se dos Horrores da Anarquia; evitando de um golpe o retrocesso do Despotismo; e as pretenções das Cortes de Portugal, contrarias aos seus interesses", Jacinto Rodrigues Pereira Reis não deixava espaço para dúvidas: "(...) os Povos não foram feitos nem para os Reis, nem para os outros Povos: tudo quanto são, e quanto podem ser, deve-se referir à felicidade comum da grande família que cada um deles compõe (...)".[28]

Essa concepção de soberania – "a originária Soberania do Povo"[29]– perdia os ares de abstração quando se referia diretamente a Pedro, "Adorado Chefe do Poder Executivo, IMPERADOR AUGUSTO, unicamente por nossa escolha, eleição e vontade!":[30]

25 Philodemo [J. Pinto da Costa e Macedo], O despertador Brasiliense Refutado: Em Favor dos Povos, (1822) 2014, p. 435.

26 Tresgeminoscosmopolitas [José Silvestre Rebelo], Carta ao redator da Malagueta, (1822) 2014, p. 457.

27 O Patriota, Carta ao senhor D. Pedro de Alcantara, Principe Real de Portugal, Brasil, e Algarves (1820) 2014, p. 87.

28 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], O Amigo da razão, ou carta aos Redactores do Reverbero, em que se mostraõ os Direitos, que tem o Brasil a formar a sua Camara Especial de Cortes no proprio territorio, conservando a União com Portugal, em Ordem a salvar-se dos Horrores da Anarquia; evitando de um golpe o retrocesso do Despotismo; e as pretenções das Cortes de Portugal, contrarias aos seus interesses, (1822) 2014, p. 382.

29 Resposta ao Novo Mestre Periodiqueiro: ou abjuração do Sebastianista, e do Hermitão: confundindo o Doutor Periodiqueiro, (1821) 2014, p. 308.

30 Dezengano [Cipriano José Barata de Almeida], Analize ao decreto do 1. de Desembro de 1822, Sobre a Creação da nova Ordem do Cruzeiro: Com algumas notas. Illustração ao Brazil, e ao nosso Imperador o Sr. D. Pedro I. Oferecida ao Publico pelo Dezengano, (1823) 2014, p. 677.

> Os Povos do Brasil aclamaram Imperador ao Senhor Dom Pedro por amizade, e fizeram do Brasil uma Nação nova; mas não sei por que força de fado os Ministros querem fazer o novo Império continuação do Governo velho; não é preciso ser muito perspicaz para penetrar esta verdade; até fizeram ungir, isto é, untar com azeite o Imperador, e inventaram um pantomimo de cerimonial, chamado sagração, *(risum teneatis amici!)* a fim de renovarem a irrisória ideia, de que o Poder do imperador vem de Deus. Os Ministros estão doidos; o Império é obra toda dos Brasileiros, os quais escarnecendo das macaquices da sagração, têm determinado, que o Imperador, como criatura sua, eleito, aclamado, e conservado tão somente por graça do Povo, se conforme com os seus votos e vontades, aliás...[31]

A menção à sagração revela outra dimensão fundamental do debate acerca da soberania. Para além da dimensão explicitamente argumentativa, a dimensão simbólica será um palco constante para os enfrentamentos entre pretensões soberanas distintas. Até a aclamação de Pedro como "Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil", no dia 12 de outubro de 1822, o grupo liderado por nomes como Gonçalves Ledo, Januário da Cunha Barbosa e José Clemente Pereira exerceu grande influência sobre os rumos da política. Mais afeitos a uma concepção de soberania popular, será deles a responsabilidade de organizar o ritual que elevaria Pedro à condição de imperador do nascente Brasil. Nesse ritual, todo o conjunto que formava sua estética específica apontava em um sentido claro: Pedro era imperador, mas aclamado pelo povo de seu Império (NEVES, 2003, p. 380-395).

O grupo de Ledo, Januário Barbosa e Clemente Pereira, como se sabe, tinha a oposição ferrenha do grupo liderado por José Bonifácio. Essa oposição – que culminaria na devassa historicamente conhecida pelo nome de "Bonifácia" (LUSTOSA, 2004, p. 63) – começaria a inverter o direcionamento da política imediatamente depois da aclamação. Por meio de uma sucessão de acontecimentos, preparava-se a senda para um novo ritual, complementar à aclamação. Era a coroação de Pedro, a realizar-se no dia 1 de dezembro. Dividida em quatro momentos principais, o primeiro deles consistia na sagração – a unção de Pedro –, seguida da coroação propriamente dita, do sermão e do juramento do imperador. Realizado com toda a pompa do Antigo Regime, esse novo ritual tinha o nítido objetivo de contrabalançar a aclamação, revestindo a política de uma camada sacra mais espessa e sustentando uma soberania real advinda diretamente de Deus (NEVES, 2003, pp. 406-409).

Voltando à discussão panfletária, do mesmo modo que as pretensões de uma soberania puramente monárquica expressavam-se tanto em sua defesa explícita quanto nas críticas às pretensões de uma soberania popular, a sustentação desta dava-se a enxergar também na condenação de seu oposto, na condenação do "falso credo do irracional princípio de que o Poder dos Reis lhes vinha imediatamente de Deus"[32]:

31 Dezengano [Cipriano José Barata de Almeida], Analize ao decreto do 1. de Desembro de 1822, Sobre a Creação da nova Ordem do Cruzeiro: Com algumas notas. Illustração ao Brazil, e ao nosso Imperador o Sr. D. Pedro I. Oferecida ao Publico pelo Dezengano, (1823) 2014, p. 668.

32 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, p. 803.

> As ideias de Direito Público, que vogavam na Universidade de Coimbra, eram piores, e mais ruinosas do que a perfeita ignorância do mesmo Direito, pela razão, ou Cânon de boa Lógica, que é melhor não ter nenhumas ideias das Coisas, do que tê-las falsas, e erradas: pois com pasmo, e a despeito da razão humana, e das luzes do século, aí sempre se ensinou publicamente o absurdo Teológico erigido em Dogma Político, que o Poder dos Reis vinha imediatamente de Deus (...).[33]

Paralelamente ao povo assumido como fonte da soberania, a nação era colocada nesse mesmo posto. Publicado no Rio de Janeiro em 1821 – portanto, construindo-se e transitando ainda em meio ao sonho do império transatlântico, do grandioso Reino Unido entre Portugal e Brasil –, "A Regeneração constitucional ou guerra e disputa entre os Carcundas e os Constitucionaes: origem destes nomes, e capitulaçaõ dos Carcundas escripta pelo Constitucional Europeo ao Constitucional Brasileiro, e offerecida a todos os verdadeiros constitucionaes" valia-se de um diálogo entre corcundas de várias ordens – civil, militar, eclesiástica – e constitucionais para procurar resolver o problema da soberania: "a Majestade, e Soberania do Povo Português reside originaria e essencialmente em a Nação.";[34] logo, "O poder dos Reis e a Soberania da Nação não pode residir originariamente senão na totalidade da Nação";[35]final, "Jesus Cristo veio ao mundo ensinar o caminho da salvação, e não Direito Público, ou das Gentes".[36]

Daí sacavam-se as consequências práticas:

> A sanção Régia é de forma essencial na fatura da Constituição, para obrigação, e verificação do Poder do Rei; ela é também quem dá o cunho, e remate à Constituição; mas quando sucedesse que Sua Majestade recusasse o Seu Assentimento (...), nem por isso a Nação ficaria privada do direito de constituir-se sem este requisito; o juramento de Sua Majestade autentica a responsabilidade da Sua Administração (...); serve de obrigá-lo, e de obrigar seu Povo ao cumprimento de deveres recíprocos; é uma condição indispensável para a conservação da sua Dinastia; mas não é condição que tolha qualquer outro desenvolvimento do poder Nacional, e sem a qual não possa existir Governo; não precisa a Nação pedir á sua criatura o que é direito seu.[37]

Que por vezes perdiam o tom de ameaça velada e implícita,escancarando-se:

---

33 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, p. 799.

34 O teu Amigo Constitucional Europeo, A Regeneração constitucional ou guerra e disputa entre os Carcundas e os Constitucionaes: origem destes nomes, e capitulação dos Carcundas escripta pelo Constitucional Europeo ao Constitucional Brasileiro, e offerecida a todos os verdadeiros constitucionaes, (1821) 2014, p. 281.

35 O teu Amigo Constitucional Europeo, A Regeneração constitucional ou guerra e disputa entre os Carcundas e os Constitucionaes: origem destes nomes, e capitulação dos Carcundas escripta pelo Constitucional Europeo ao Constitucional Brasileiro, e offerecida a todos os verdadeiros constitucionaes, (1821) 2014, p. 290.

36 O teu Amigo Constitucional Europeo, A Regeneração constitucional ou guerra e disputa entre os Carcundas e os Constitucionaes: origem destes nomes, e capitulação dos Carcundas escripta pelo Constitucional Europeo ao Constitucional Brasileiro, e offerecida a todos os verdadeiros constitucionaes, (1821) 2014, p. 290.

37 Philagiosotero [Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva], Reflexões sobre o Decreto de 18 de fevereiro deste anno offerecidas ao Povo da Bahia por Philagiosotero, (1821) 2014, p. 270.

> SE O REI, não quisesse assentir à nova Constituição, era porque queria mais do que a Nação concedeu a seus Predecessores. Sendo assim, não era amigo do seu Povo; era insensível ao amor que todos lhe temos. E neste caso, para que a Nação conservasse a sua dignidade, podia, e devia exigir do Soberano o juramento à Constituição; e quando ele não quisesse, transferir a Coroa ao Sucessor, que estivesse pela convenção.
>
> (...) se por infelicidade fosse preciso à Nação este necessário procedimentos, já não seria novo. Em 1668 foi deposto Afonso 6.º por incapaz nas Cortes de Lisboa, chamando-se para a Regência do Reino o Infante seu Irmão Dom Pedro 2.º Parece-me que este fato é bem terminante para convencer os Corcundas de que a Soberania reside em toda a Nação.[38]

Igualmente publicados em 1821, esses excertos têm por referência a figura de João VI e a nação formada por portugueses das duas margens do oceano. Em 1822, porém, o referencial altera-se e passa a ser Pedro e a unidade autônoma da população brasileira. Em alusão ao decreto de convocação da Assembleia Constituinte de 1823, pode-se ler: "Este Decreto mostra que quatro milhões de Brasileiros têm uma verdadeira Soberania Nacional, que sua fortuna, ou sua desgraça não deviam ser objetos indiferentes, que a vontade da pessoa moral desta Nação devia ser escutada, e atendida".[39] Por conseguinte, "o nosso Imperador é Constitucional, não é Senhor: Ele é um Cidadão, por nossa graça Imperador".[40]

Comumente entendidos como sinônimos, nação e povo tendo em si a origem da soberania poderiam remeter à mesma ordem de coisas, à mesma compreensão de mundo. Mas essa conclusão encontrava limites bastante sofisticados. Na terceira sessão depois de instalada a Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, realizada em 6 de maio de 1823, Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva operava uma distinção tão sutil quanto fundamental:

> Ha uma differença entre povo e nação, e se as palavras se confundem a desordem nasce. Nação abrange o soberano e os subditos; povo só comprehende os subditos. O soberano é a razão social, collecção das razões individuaes; povo é o corpo que obedece á razão. Da confuzão destes dous termos, da amalgamação imphylosophica da soberania e povo tem dimanado absurdos, que ensanguentárão a Europa e nos ameação tambem; exijo por isso, que se substitua á palavra povo a de nação todas as vezes que se fallar em soberania.[41]

Não era por acaso que essa diferenciação emergia no interior da Assembleia Constituinte de 1823, e já nas primeiras de suas sessões: seu principal tema, que a atravessará do início ao fim, será o tema da soberania (LUSTOSA, 2004, p. 63-66).

38 Defeza das memorias para às Cortes Lusitanas em 1821, contra a memoria de José Daniel Rodrigues Costa, capitão, que foi, da sua Legião, (1821) 2014, p. 104-105.

39 Analyse e confutação da primeira carta que dirigio a sua Alteza Real o Principe Regente Constitucional e Defensor Perpetuo dos Direitos do Brasil, o Campeão em Lisboa pelos Auctores do Regulador Brasilico-Luso, (1822) 2014, p. 404.

40 Dezengano [Cipriano José Barata de Almeida], Analize ao decreto do 1. de Desembro de 1822, Sobre a Creação da nova Ordem do Cruzeiro: Com algumas notas. Illustração ao Brazil, e ao nosso Imperador o Sr. D. Pedro I. Oferecida ao Publico pelo Dezengano, (1823) 2014, pp. 670-671.

41 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 55.

Antes mesmo de instalada a Assembleia, os debates antecipavam o que seriam os seis meses seguintes, até o momento da dissolução. Sobre o juramento que os deputados deveriam prestar, José Custódio Dias contestava fórmula proposta por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva:

> Proponho que se emende a formula do juramento substituindo ás palavras – reformas indispensaveis e urgentes – as seguintes –: Que os representantes da nação, que se vai constituir, tendo por fito o melhoramento, e maior bem da mesma, nenhum limite circumscrèvão ás suas funcções, que aquelles que ditados pela razão e justiça estiverem a seu alcance.[42]

A contestação não encontrava eco no plenário:

> Alguns Srs. deputados mostrárão com fortes argumentos que seria absurdo suppôr que os representantes da nação tinhão poderes illimitados, e que por isso era indispensavel declarar no juramento do melhor modo que pudesse ser, o que os mesmos representantes estavão obrigados a desempenhar.[43]

Mas era o prenúncio de um dos principais enfrentamentos que se repetiriam frequentemente dali em diante.

Ainda nas sessões preparatórias, a terceira delas, no dia 30 de abril, era tomada pela discussão sobre as formalidades a serem, provisoriamente, obedecidas[44]. O imperador, quando viesse à Assembleia, viria acompanhado ou não de seus ministros? E seu trono, estaria situado à mesma altura que a cadeira do presidente da Assembleia? E quanto ao manto, à coroa e ao cetro, poderia ou não entrar com eles no recinto? O que seriam meras minúcias em outro contexto, ali eram o estopim de polêmicas intermináveis, trazendo para dentro dos trabalhos constituintes a dimensão simbólica das tensões em torno da soberania a que se referiu acima. Tão intermináveis eram essas polêmicas que, nas sessões de 11 e 12 de junho, quando chegada a hora de discutir o capítulo do regimento interno da Assembleia que, de maneira semelhante – mas agora em caráter definitivo –, era destinado às formalidades que se deviam seguir em seu âmbito, todas elas estariam acesas novamente[45].

Antes disso, todavia, um longo e sinuoso caminho haveria de ser percorrido. Na última das sessões preparatórias, na véspera da instalação da Assembleia Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, o ponto de divergência era a resposta ou não que o seu presidente daria ao discurso que Pedro pronunciasse no dia seguinte, por ocasião da abertura dos trabalhos. Sustentando não ser cabível tal resposta e acusado por Dias de usar termos "iliberais", Andrada Machado respondia:

42 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 26.

43 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 26.

44 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 27-32.

45 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 46-63.

> Porque, pois, embicaria o nobre preopinante nas expressões que ninguem até agora reprovou? Cuidará que a assembléa é soberana e soberana do imperador? Se o pensa saiba que poderes delegados e independentes não podem ser senão iguaes e que um poder como o imperador, que igual como executor, exerceu sobre nós superioridade, como o convocar-nos, e que por necessidade ha de influir sobre os poderes delegados todos, visto ser esta influencia da essencia da monarchia constitucional, não é nem póde ser olhado senão como superior. Talvez venha o nobre preopinante com a arenga de assembléa constituinte que em si concentra os poderes todos; advirto porem que não podemos concentrar poderes que existião antes de nós, e dimanárão da mesma origem, e não forão destruidos pelo acto da nossa delegação (...).[46]

José Custódio Dias, por seu turno, replicava:

> Quem duvida que esta assembléa é soberana, constituinte e legislativa, como representante da nação, prerogativas inauferiveis, e que se não pódem communicar pela sua original indivisibilidade? E se não conhece superior pela sua independência segue-se que não tem a quem se queixe. Reconhece o imperador constitucional a quem prestou, e fará legalmente prestar o devido respeito, emquanto é analogo á causa a que a mesma assembléa se propõe: o mais é servilismo. Esta assembléa não há de ommittir attribuições que deve dar ao imperador, e tambem uma só não lhe dará que não lhe compita, sendo fiel aos seus representados.[47]

Como quer que fosse, no dia seguinte Pedro comparecia para proferir seu discurso. Depois de uma breve rememoração do processo histórico que havia conduzido o Brasil até ali e de uma exposição panorâmica de sua situação administrativa, o imperador, caminhando para o final da fala, dizia:

> Como imperador constitucional, e mui principalmente como defensor perpetuo deste imperio, disse ao povo no dia 1º de Dezembro do anno proximo passado, em que fui coroado, e sagrado, que com a minha espada defenderia a patria, a nação e a constituição, se fosse digna do Brazil e de mim.
>
> Ratifico hoje mui solemnemente perante vós esta promessa (...).[48]

Constituição digna do Brasil e dele, e em lembrança da já polêmica cerimônia de coroação: era mais do que o suficiente para que a fala de Pedro se tornasse o alvo nas sessões seguintes. Andrada Machado e Dias, sempre eles, capitaneavam as posições em disputa. O primeiro, defendendo o imperador, afirmava:

> A nação, Sr. presidente, elegeu um imperador constitucional, deu-lhe o poder executivo, e o declarou chefe hereditário; nisto não podemos nós bulir; o que nos pertence é estabelecer as relações entre os poderes, de fórma porém que se não ataque a realeza; se o fizermos será a nossa obra digna do imperador, digna do Brazil e da assembléa.[49]

46 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 35.

47 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 36.

48 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 41.

49 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 52.

Imediatamente em seguida, o segundo rebatia:

> O povo brazileiro tem posto em nós a sua confiança, e espera que façamos uma constituição digna dele; mas eu me considero e a todos nós em criticas circumstancias, logo que se suscita a questão se Sua Magestade Imperial merece mais amor ao publico, e tem mais influencia na opinião geral do que a assembléa, pois em tal caso poderá elle dar uma constituição, ou pelo meio da força descoberta, ou por qualquer maneira injusta, entretanto que o povo nos encommendou uma constituição mui conforme aos seus sentimentos (...).[50]

Essa querela repetir-se-á infinitamente entre maio e novembro de 1823, com a presença desses mesmos personagense também de muitos outros. Entre uma fala e outra, uma acusação ou um escárnio advindo de qualquer dos lados, deixavam-se descobertas as concepções de soberania que subjaziam àqueles discursos, por baixo de camadas e mais camadas de uma bela e fatigante retórica. A regra era a defesa de uma soberania situada na nação. Algumas vezes, nação era compreendida como a totalidade indistinta dos membros do corpo político – ou seja, como sinônimo de povo. Outras vezes, recusando-se essa aproximação entre soberania e povo, nação era interpretada nos moldes da diferençaestabelecida por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva[51]. A defesa expressa de uma soberania puramente popular ou puramente monárquica não cabia nos limites discursivos que cercavam a Assembleia. Mas chegavam até ela por via indireta, como ressonância do que se passava do lado de fora. A ideia de uma soberania popular transparecia, por exemplo, no discurso contra o "partido dos republicanos"[52]. Sobre a soberania monárquica, perigosamente era no "Diário do Governo" que ela aparecia para assombrar os constituintes desconfiados das reais intenções de Pedro:

> (...) um bando de escrevinhadores tratarão de assoalhar principios desorganizadores, e anti-constituciones. (...).
>
> Tal é a carta que apparece no *Diario* do governo n. 124 que vem assignada com as letras iniciaes G. P. T. escripto anti-constitucional e incendiario, inconstitucional porque declara, que a nação no dia 13 de Maio de 1822 conferio a S. M. Imperial um poder sem limites, isto é, absoluto: que a assembléa é um seu delegado na fórma do decreto de 3 de Junho, quando o decreto declara o contrario.
>
> É finalmente inconstitucional porque declara, que a nação não tem soberania, porque a transmitio a S. M. Imperial (...).[53]

3. FRAGMENTOS DE TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Soberania situada em Portugal como um todo ou dividida entre Portugal e Brasil; soberania situada no Brasil como um todo ou assumida isoladamente por cada uma de suas províncias; soberania depositada no povo, depositada no rei, ou em uma nação que

50 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 52.

51 Conferir citação correspondente à nota 40, acima.

52 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 169.

53 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 33-34.

não se confundia nem com um, nem com outro: todas essas acepções entrecruzavam-se, sobrepunham-se, mesclavam-se naqueles primeiros anos da década de 1820, fosse na literatura panfletária impressa, na literatura panfletária manuscrita, nos espaços públicos que se iam (trans)formando ou no espaço institucional especificamente destinado, em princípio, para solver o problema da soberania – isto é, a Assembleia Constituinte.

O embate de múltiplas frentes entre essas variadas atribuições de sentido ao conceito de "soberania", contudo, não se resumia à assunção mais ou menos consciente de qualquer desses sentidos. Com uma frequência digna de nota, tal embate alcançava um nível de abstração e reflexividade do qual resultava a formulação de verdadeiros fragmentos de uma teoria do poder constituinte.[54]

Retornando à clivagem Brasil/Portugal, um dos problemas teóricos que careciam de solução era a vinculação do Brasil ao juramento prévio que fizera relativo à futura Constituição de Portugal. Sobre isso, Jacinto Rodrigues Pereira Reis escrevia:

> A tão ponderosas reflexões porém talvez me objete alguém, que tendo os Brasileiros jurado a Constituição que se fizessem em as Cortes atuais de Portugal, já não podem proceder nesta legítima medida de se fazerem representar no seu território em Câmara especial; muito principalmente tendo muitas das suas Províncias mandado já para ali os seus Deputados Representantes. Mas a isso respondo: que o grande Pacto Social ainda não está firmado: que a Nação se acha ainda em caráter organizante, e não organizado: que ninguém se presume juridicamente aprovar seu dano implicitamente (...). E se, pelos princípios Constitucionais estabelecidos pelas mesmas Cortes de Portugal, há Direito a alterar os artigos da Constituição depois de firmados, contanto que tenham decorrido quatro anos, e que os nossos Procuradores tenham expressa outorga de Poderes para esse efeito, manifesto é que com maioridade de razão podemos contravir ora aos mesmos Artigos antes de firmada a mesma Constituição; revogando como partes constituintes que somos os poderes que temos dado aos nossos Procuradores para a firmarem, pelo mal que nos vai em continuarmos a fazer Câmara conjunta de Cortes com os Povos de Portugal (...).[55]

Na continuação de seu panfleto – a "Segunda Parte do Amigo da Razão" – insistia:

> É uma conclusão de princípios irrefragáveis de Direito Natural, a qual se tem admitido, e redigido, como fundamento, e Base da Constituição pelas mesmas Cortes de Portugal, e Algarves, que somente a uma Nação pertence fazê-lo, e mudar a sua Constituição (...). Ora concedamos de bom grado, que os nos tínhamos reciprocamente comprometido por aquele nosso Juramento em questão a constituir-nos em Câmara conjunta com os Povos de Portugal, e Algarves. Como nós nesse caso meramente hipotético nada tínhamos tratado com eles; e somente entre nós de assim obrarmos: segue-se, que podemos novar livremente, e por nós mesmos esse contrato Social, em que conviemos (...).

54 Não é demais lembrar que a formulação clássica da teoria do poder constituinte foi originalmente exposta pelo Abade Sieyès em um panfleto publicado no calor da Revolução Francesa. Conferir SIEYÈS, 2001.

55 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], O Amigo da razão, ou carta aos Redactores do Reverbero, em que se mostraõ os Direitos, que tem o Brasil a formar a sua Camara Especial de Cortes no proprio territorio, conservando a União com Portugal, em Ordem a salvar-se dos Horrores da Anarquia; evitando de um golpe o retrocesso do Despotismo; e as pretenções das Cortes de Portugal, contrarias aos seus interesses, (1822) 2014, pp. 382-383.

> Toda a solução do argumento está em que a novação seja, como disse, conforme à expressão da vontade geral de todos os Compromitentes Brasileiros (...); porque sendo eles somente entre si os Contraentes do Pacto Social conteúdo em seu solene juramento, extemporaneamente proclamado, sem nenhuma intervenção dos outros Povos, que compõem a dita Monarquia; e tendo de mais o Direito de Emancipação para obrarem, e procederem livre, e independentemente nos negócios Políticos do seu país; mister é que todos os Compromitentes, e Contraentes, sejam igualmente participantes da referida, e questionada novação do Pacto, ou Contrato Social suposto em que figuramos a hipótese de nos termos comprometido a fazer Câmara conjunta com os Portugueses da Europa nas suas Cortes de Lisboa.[56]

Concluindo logo em seguida, desta vez abrangendo também a clivagem Corte do Rio de Janeiro/demais províncias:

> Recapitulando pois as razões com que tenho sustentado a minha patriótica tese de se o Brasil dever representar em sua Câmara especial de Cortes direi:
>
> I – Que isso não ofende ao nosso primitivo juramento, com que nos comprometemos aderir à Causa de Portugal; (...).
>
> II – Que ainda quando tivéramos jurado de fazer a nossa Constituição em Câmara conjunta, e Ecumênica com os Povos de Portugal, e Algarves, o que se nega; porque tal não juramos; nem por isso menos nos competiria o Direito, e legitimidade de nos representarmos, como vamos a fazer agora em Câmara disjunta, e desgregada daqueles Povos: porquanto esse juramento promissório de que se trata só foi solenizado pelos Brasileiros entre si, e com El Rei, e não com os Povos de Portugal, e Algarves, que cá não tinham procuradores entre nós para nos tomarem juramentos, ou receber estipulações (...).
>
> III – E finalmente; porque suposto não houvesse para esta novação a expressão total da vontade geral manifestada explicitamente; é bastante a presuntiva das Províncias não ouvidas ainda; por ser conatural aos habitantes de qualquer País o interesse de manterem a Dignidade, e Independência do seu território; sendo por isso, e devendo-se reputar aprovado de todas as Províncias Brasileiras o procedimento que há tido a nossa em romper o passo de uma hesitação perigosa à Causa Pública deste Reino; enquanto as outras explicitamente não manifestarem a sua desaprovação (...).[57]

Enquanto Jacinto Reis avançava uma argumentação que aceitava como dado o direito que Portugal tinha de elaborar sua Constituição, postulando apenas que esse direito se estendesse ao Brasil, Pedro, em manifesto de 01 de agosto – que seria reproduzido e discutido parágrafo por parágrafo no "Reforço patriotico ao Censor Luzitano na interessante tarefa que se propoz, de combater os periodicos"[58]–, ia mais longe e

56 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, pp. 790-791.

57 O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis], Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil, (1822) 2014, pp. 791-792.

58 Reforço patriotico ao Censor Luzitano na interessante tarefa que se propoz, de combater os periódicos, (1822) 2014, pp. 615-635.

colocava em xeque o próprio direito que Portugal tinha para tanto, caso se recusasse a reconhecê-lo ao Brasil:

> De mais; o mesmo direito que teve Portugal para destruir as suas instituições antigas, e constituir-se; com maior razão o tendes vós, que habitais um vasto, e grandioso país com uma Povoação (bem que disseminada) já maior que a de Portugal, e que irá crescendo com a rapidez com que caem pelo espaço os Corpos graves. Se Portugal vos negar este direito, renuncia ele mesmo ao direito, que pode alegar para ser reconhecida a sua nova Constituição pelas Nações estrangeiras, as quais então poderão alegar motivos justos para se intrometerem nos seus negócios domésticos, e para violarem os atributos da Soberania, e independência das Nações.[59]

Com um grau de abstração ainda mais elevado, sem ligação direta com nenhuma clivagem específica, reimprimia-se no Rio de Janeiro, em 1821, um panfleto intitulado "Das Sociedades, e das Convenções, ou Constituições", que principiava assim:

> Por qualquer modo, que os homens aparecessem sobre a face da terra, é bem verdade, que todos naturalmente, ou por lei da Natureza, aspiram a sua conservação, seu cômodo, e o seu prazer: e que tratam de repelir, e remover qualquer obstáculo, que a isso se lhes oponha. Mas como todos são igualmente livres, e têm iguais direitos, eles concorreriam muitas e muitas vezes sobre o mesmo objeto, e se originariam desordens de todo o tamanho, as quais só terminariam pela destruição de ambos, sendo iguais em forças, ou pela prevalência do mais forte. (...) A razão, ou a necessidade vindo em socorro desta desordem, e desgraça, ditou ao homem o estado social; porque reunindo-se em partidos, ou bando, que mutuamente se auxiliassem, poderiam então ter mais alguns momentos de descanso.
>
> Para se poderem formar estes partidos, ou estas sociedades, era necessário, que entre si convencionassem todos em certos princípios gerais, e que todos fossem de uma mesma opinião. Era necessário que todos reunissem todas as suas forças em uma só força, e convencionassem sobre o modo de viverem entre si, e de se defenderem do comum inimigo. Eis aqui uma Constituição.[60]

Nas "Reflexões sobre o Decreto de 18 de Fevereiro deste anno offerecidas ao Povo da Bahia por Philagiosotero", a estrutura era semelhante:

> A necessidade da conservação, a facilitação dos meios de defesa, e subsistência, o complemento também da natureza humana pelo desenvolvimento de uma natureza moral ao lado da física, o que não se podia operar senão no estado da Sociedade, destruíram a independência natural, e deram origem à ordem social. O pacto primeiro criou o indivíduo coletivo chamado Nação, e o dividiu em Povo, em Soberano, isto é, mandado, e mandante; e este Soberano não é mais que a coleção de todas as vontades; porém é muito diverso do que ordinariamente denominamos Soberano, que é propriamente o Príncipe.
>
> A criação deste terceiro membro essencial na sociedade é posterior à primeira criação, e tem só por fim pôr em obra as determinações Nacionais; ele é o Administrador da Nação, a quem também se defere na fatura das Leis a precisa

59 Manifesto do Príncipe Regente aos brasileiros sobre os conflitos com Portugal e a expectativa de independência, (1822) 2002, p. 623.

60 Das Sociedades, e das Convenções, ou Constituições, (1821) 2014, p. 85.

> ingerência que, como a Cidadão lhe compete, e de que a sociedade carece, como de um peso para retardar a aceleração, e irremediável sedução dos corpos populares, que só podem querer; mas não compete à criatura o exercer o que é do criador.[61]

Não é difícil perceber a similaridade entre o construto teórico presente nessa última citação e aquela diferenciação feita por Andrada Machado entre nação e povo. Não é aleatória essa similaridade: Philagiosotero, é preciso lembrar, era exatamente o pseudônimo usado por Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva.Ele será, uma vez mais, um dos expoentes dessa formulação fragmentária de uma teoria do poder constituinte, tanto do lado de fora quanto do lado de dentro da Assembleia de 1823. E, obviamente, não lhe faltará resistência.

Na discussão de projeto apresentado internamente à Constituinte, visando à revogação do alvará de 30 de março de 1818 – que proibia as sociedades secretas e estabelecia severas penas para quem descumprisse a norma –, frente à sugestão do deputado Maia para que os processos em curso ficassem suspensos até que se ultimasse a decisão sobre o projeto, Andrada Machado apressava-se em se fazer ouvir: "Nada de nos ingerirmos em poderes alheios. Os magistrados applicão as leis; se ellas são injustas nós as revogaremos; mas antes executem-as".[62]

Sem nenhuma surpresa, José Custódio Dias corria com a mesma ânsia para responder:

> Eu estou persuadido que achando-se esta assembléa em estado organisante, está revestida de todos os poderes, e que longe de ter lei a que se sujeite, é ella que as dirige todas. O projecto já está declarado urgente; e portanto atalhe-se o mal, venha elle do poder executivo ou do judiciario.[63]

Ao que Andrada Machada retrucava: "Nós não temos senão o poder legislativo, os outros dous não nos competem",[64] sendo complementado por seu irmão, Martim Francisco Ribeiro de Andrada: "(...) ora, sendo a base de todo o governo livre a divisão dos poderes, cuja reunião fórma a soberania, não poderia a nação deixar de olhar como tyrannia a pretenção de querer a assembléa arrogar-se os outros poderes"[65].

Esse curto diálogo é uma pequena amostra do debate, em termos de teoria do poder constituinte, que ocuparia continuamente a Assembleia Constituinte e Legislativa de 1823, permanecendo latente para vir à tona sempre que qualquer oportunidade para tanto aparecesse. Pedro fora aclamado e coroado imperador antes da reunião da Assembleia; mais do que isso, ele é quem a convocara. Mas, quando fizera a convocação, não era ainda imperador do Brasil, nem o Brasil estava separado de Portugal. Por conseguinte, quais eram as relações entre imperador e Assembleia Constituinte? Se esta

61 Philagiosotero [Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva], Reflexões sobre o Decreto de 18 de fevereiro deste anno offerecidas ao Povo da Bahia por Philagiosotero, (1821) 2014, p. 269-270.

62 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 64-65.

63 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 65.

64 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 65.

65 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 65.

faria a Constituição que marcaria os limites dos poderes, poderia ela tocar na configuração da monarquia? Se o pudesse fazer, qual era, então, o lugar que o monarca ocupava naquele momento de feitura da Constituição? Se não o pudesse, se a monarquia era intocável porque antecedia a própria Assembleia, era a Assembleia efetivamente constituinte? Mas como, se encontrava limites intangíveis a seu trabalho?

Discutindo projeto do deputado Martins Bastos sobre anistia "a todos aquelles que directa ou inderectamente se tenhão envolvido em objectos políticos, pelo que respeita á sagrada causa da independencia",[66] Andrada Machado discursaria longamente. A síntese desse longo discurso, entretanto, vinha expressa em poucas palavras: "Nós, Sr. presidente, não concentramos, nem podemos concentrar todos os poderes, visto existir antes de nós um poder, que até foi órgão da nossa convocação, e cuja conservação junta com outras foi uma clausula explicita do nosso mandato"[67].

Dando apoio a fala anterior de José Custódio Dias, o deputado Henriques de Rezende tentava sumular a posição oposta:

> Tambem me não agrada, Sr. presidente, que outro illustre deputado para negar á assembléa o poder dar essa amnistia, dissesse que o Brazil já está constituido pelo facto da acclamação, e que nós só viemos aqui fazer não sei o que. Daqui segue-se que esta assembléa não é constituinte.
>
> Mas eu direi ao ilustre deputado que uma nação só se constitue quando organiza o seu pacto social; no qual marca as condições debaixo das quaes os homens cedem dos seus originarios direitos e pelas quaes se conhece as vantagens, que elles tirão dessa sessão. Eu não toco na monarchia: isto está decidido e feito pelos povos. O que digo é que quando os povos acclamarão o imperador, não foi para que elle governasse em absoluto: os brazileiros não querem ser escravos. Acclamarão o imperador na implicita e mesmo explicita condição de governar debaixo de uma constituição: mas quem hade fazer essa constituição? (...)
>
> A assembléa braziliense é quem deve fazer esta constituição.[68]

É cristalino o caráter tenso da argumentação: mesmo se contrapondo à ideia de que o Brasil já estaria constituído pela aclamação de Pedro como imperador e insistindo na qualidade constituinte da Assembleia reunida, Henriques de Rezende não pode sustentar seu ponto de vista senão expressamente deixando intocada a monarquia. Mas isso não acontece sem ressalvas: o imperador estava aclamado, mas sob a condição de governar nos limites de uma Constituição que cabia à Assembleia Constituinte e Legislativa do Brasil redigir.

Das muitas ocasiões em que o debate sobre a soberania viria à superfície dos trabalhos parlamentares, todavia, poucas – talvez nenhuma – o vivenciaram de maneira tão aguda quanto a deliberação do projeto segundo o qual os decretos emitidos pela Assembleia Constituinte de 1823 seriam promulgados sem a precedência da sanção imperial. Apresentado pela Comissão de Constituição na sessão do dia 12 de junho de

66 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 71.

67 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 127.

68 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 1, (1823) 2016, p. 136.

1823[69], o projeto seria objeto, nos termos do regimento interno, de três rodadas de discussão. A importância desse projeto estava em sua capacidade de materializar as posições contrapostas acerca do caráter soberano ou não e do aspecto constituinte ou não – e, se constituinte, ilimitado ou não –, da Assembleia: levando-se em conta o fato de que ainda não havia uma Constituição, os decretos que viessem a ser formulados pela Constituinte precisariam ser sancionados pelo monarca? Responder sim a essa indagação significava assumir que o monarca já possuía determinados direitos e prerrogativas antes mesmo de a Constituição os delinear; portanto, ele dividia a soberania junto com a Assembleia e esta, conquanto pudesse produzir uma Constituição, não gozava de fato da condição de uma Assembleia Constituinte, estando desde antes limitada pelo contorno tradicional das monarquias constitucionais pelo mundo afora.

Essa última postura era bem representada pelo deputado Carneiro de Campos:

> Só a nação possue realmente a soberania, porque só nella reside a reunião de todos os poderes políticos. A soberania é inalienável; a nação só delega o exercício dos seus poderes soberanos; ella nos delegou sómente o exercicio do poder legislativo, e nos encarregou de formarmos a constituição de um governo por ella já escolhido e determinado (...).
>
> (...).
>
> Nestes termos é manifesto que a discussão presente deve reduzir-se á esta questão: *É da essencia do governo monarchico constitucional e representativo que o chefe supremo da nação, o monarcha, tenha tal ingerencia no poder legislativo, que as leis por este decretadas, não possão ser promulgadas e executadas sem a sancção do monarcha?*[70]

Carneiro de Campos respondia afirmativamente sua própria pergunta. Contra ele, levantava-se Henriques de Rezende:

> (...) não posso admittir essa essencialidade da sancção imperial: nada é essencial nesta matéria, Sr. Presidente; tudo procede dos interesses dos povos e da conveniencia que elles achão em taes e taes instituições: e tanto é assim que os reis têm tido poderes mais ou menos limitados em diversas constituições.[71]

Lado a lado com essa disputa argumentativa quanto ao lugar de Pedro no arranjo político-institucional brasileiro antes de elaborada a Constituição do país, e como elemento a mais dessa disputa, outra refinada construção teórica era oferecida, e combatida, pelos deputados: a distinção, interna às normas a serem criadas pela Assembleia, entre atos normativos constituintes e atos normativos legislativos. Se a Assembleia era constituinte e legislativa, aqueles de seus atos normativos que fossem constituintes não necessitariam de sanção, ao passo que aqueles que possuíssem natureza legislativa não poderiam prescindir dela. Esse era o raciocínio de quem insistia na antecedência intocável do imperador em face da Assembleia:

69 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 61.

70 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 164, destaques do original.

71 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 168.

> Segundo o que alcanço, esta assembléa exerce funções de constituinte e funções de legislativa; distincção ou divisibilidade esta que resulta da distincção, ou divisibilidade dos objetos, em que podem assentar as suas deliberações.
>
> Assim, quando ella delibera sobre assumptos destacados da constituição, e que á esta não respeitão deixa de ser constituinte, e se investe o caracter de legislativa. Ora, pelo que toca ás deliberações das assembléas legislativas quem ignora que os publicistas, se não todos, a maior parte deles as que fazem dependentes da sancção real? Que motivo há pois para que neguemos ao imperante a sancção daquelas medidas, ou deliberações, que dimanarem desta assembléa *quatenus* legislativa?[72]

Raciocínio veementemente combatido por quem estava na outra margem do espectro:

> Talvez pretenda alguem estabelecer differença entre os actos constitutivos e legislativos desta mesma assembléa; para fazer dependentes da sancção os segundos, sem prejuizo da indole dos primeiros. Eu porém não admitto essa distincção, que além de ofensiva da categoria da representação nacional em caracter constituinte, tem de mais inconvenientes praticos, contrarios á liberdade civil dos povos que se procura estabelecer em bem ordenado systema; pois constituição sem leis regulamentares adaptadas ao equilibro dos poderes que ella estabelece, é corpo sem alma; é simulacro da liberdade, sem acção propria que eficaz seja para o seu intento.[73]

4. "HOUVE MÃO MAIS PODEROSA"?

A última rodada de deliberação sobre o projeto de decretos sem sanção imperial aconteceria nos dias 28 e 29 de julho,[74] terminando por aprová-lo com algumas poucas modificações. Na sessão do dia 20 de outubro, era anunciado que a deputação nomeada para levar ao imperador os seis decretos elaborados pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil – dentre eles, o que estabelecia a ausência de sanção imperial para os atos normativos da Assembleia – iria naquele mesmo dia cumprir sua tarefa. Algum tempo depois, ainda na mesma sessão, a deputação retornava e comunicava ao plenário a resposta do imperador:

> Com summo prazer recebo as leis, que a assembléa geral, constituinte e legislativa me envia por esta illustre deputação, para eu as fazer executar (...). O mesmo farei a todas as mais que a assembléa me fôr remetendo da mesma maneira, bem persuadido, que todas ellas serão tendentes a engrandecer e felicitar este imperio (...).[75]

No dia 12 de novembro, por volta da uma hora da tarde, a Assembleia estava dissolvida.

---

72 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 3, (1823) 2016, p. 163.

73 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 2, (1823) 2016, p. 169.

74 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 3, (1823) 2016, pp. 158-170.

75 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 6, (1823) 2016, p. 147.

O ato de dissolução da Assembleia, em uma leitura apressada, poderia significar a vitória final, após encarniçados combates, de uma das concepções de soberania em disputa: soberano era o monarca, e ponto final. Mas essa leitura não se sustenta à luz de tudo o que aconteceu antes e de tudo o que se seguiria.

No decreto de dissolução, dizia Pedro:

> Hei por bem, como imperador e defensor perpetuo do Brazil, dissolver a mesma assembléa, e convocar já uma outra na fórma das instrucções feitas para convocação desta, que agora acaba, a qual deverá trabalhar sobre o projecto de constituição que eu lhe hei de em breve apresentar, que será duplicadamente mais liberal do que o que a extinticta assembléa acabou de fazer.[76]

No dia seguinte, duas publicações suas vinham a público. Na primeira, procurava esclarecer as acusações que fizera aos deputados constituintes no decreto de dissolução:

> Tendo chegado ao meu conhecimento que, por desvio do genuíno sentido das expressões com que se qualificara de perjura a Assembleia Legislativa do Brasil, no decreto da data de ontem que a dissolveu, se interpretavam aquelas expressões como compreensivas da totalidade da representação nacional; (...) hei por bem declarar que, fazendo a justa distinção entre os beneméritos (...) e os facciosos (...), só estes se compreendem naquela increpação (...).[77]

Na segunda, o que ele procurava esclarecer era a própria dissolução da Assembleia:

> Se a Assembleia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião e nossas vestes seriam tintas de sangue. Está convocada nova Assembléia. Quanto antes, ela se unirá para trabalhar sobre um projeto de Constituição, que em breve vos apresentarei. Se possível fosse, eu estimaria, que ele se conformasse tanto com as vossas opiniões, que nos pudesse reger (ainda que provisoriamente) como Constituição.[78]

Três dias depois, a saga do imperador na busca pela justificação de seu ato prosseguia em um extenso manifesto:

> Por tão ponderosos motivos, pela urgente necessidade de salvar a pátria, que é a suprema lei, e que justifica medidas extremas em casos de maior risco, mandei dissolver a Assembleia pelo Decreto de 12 do corrente, ordenando no mesmo a convocação de uma outra, como é Direito Público Constitucional, com que muito desejo, e folgo de conformar-me.
>
> Neste mesmo Decreto, e no de 13 que o declarou, e ampliou, se dão irrefragáveis provas da forçosa necessidade, porque lancei mão de tão forte meio (...). Se tão árduas e arriscadas circunstâncias me obrigaram a pôr em prática um remédio tão violento, cumpre observar que males extraordinários exigem medidas extraordinárias, e que é de esperar, e crer que nunca mais serão necessárias. Certos os povos de todas as províncias da minha magnanimidade, e princípios constitucionais, e de quanto

76 BRASIL, Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, Livro 6, (1823) 2016, p. 309.

77 Declaração do Imperador D. Pedro I interpretando a expressão "perjurado" do decreto de dissolução da Assembleia Constituinte, (1823) 2002, p. 740.

78 Proclamação do Imperador D. Pedro I justificando a convocação de uma nova Assembleia Constituinte, (1823) 2002, p. 741.

> sou empenhado em promover a felicidade, e tranquilidade nacional, sossegarão da comoção causada por este acontecimento desastroso, que tanto me penalizou também e continuarão a gozar da paz, tranquilidade, e prosperidade, que a Constituição afiança, e segura.

Em todas essas proclamações, não se trata de uma soberania monárquica que decide justificar-se: trata-se da impossibilidade escancarada dessa soberania, pois uma soberania monárquica que se precisa justificar perante seus súditos é tudo, menos uma soberania *monárquica*.

Em face de tudo o que ficou apresentado nas páginas anteriores, a conclusão impõe-se inelutavelmente: não houve, durante todo o processo de Independência do Brasil, o predomínio estável e definitivo de uma concepção de soberania sobre as outras: não, não houve "mão mais poderosa" (GOMES, 2015). O que marcará todo aquele período será uma tensão constante entre distintas acepções, entre sentidos variados atribuídos ao conceito de "soberania". Em muitos momentos, uma ou outra dessas acepções conseguirá galgar algum destaque, mas sempre temporário, provisório, completamente instável.

5. ARTICULANDO SENTIDOS: O PROBLEMA DA SOBERANIA NOS ESCRITOS DE FREI CANECA79

No meio daquele denso emaranhado semântico, no entanto, uma pequena linha viria mostrando o caminho do desembolar: o fio de uma meada que somente seria resolvida algumas décadas depois, mas cuja ponta já se fazia ali visível e operante. Esse fio é fornecido pela obra de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Para compreendê-la em toda sua profundidade e contextualizá-la adequadamente, é necessário dar destaque a considerações pragmáticasque, do ponto de vista da teoria e da metodologia da história, são tipicamente oriundas do enfoque collingwoodiano – de J. Pocock (2003, particularmente p. 63-82), com seu interesse em "estabelecer o pertencimento de um determinado conceito a linguagens políticas de seu tempo" (FERES JÚNIOR, 2009, p. 13) e de Quentin Skinner (1985, p. 11), com seu propósito de entender o que os autores fazem com seus textos, ou melhor, o que estão exatamente fazendo ao escrever.

Frei Caneca é, de longe, o nome mais lembrado quando se pensa no que teria sido uma alternativa republicana no momento de fundação do Brasil como um novo país. Essa lembrança recorrente, contudo, carece de alguns esclarecimentos. O primeiro deles diz respeito às tradições de pensamento que figuravam na base dos textos do frei pernambucano, tradições em cujas linguagens específicas esses textos vinham embebidos. Uma das tradições que mais se destaca, nesse sentido, é a do republicanismo clássico. Sobre ela e o conceito de "república"correspondente, Christian Lynch e Heloisa Starling afirmam:

> o conceito esteve principalmente associado à tradição clássica que remontava a Políbio e Cícero, que ao traduzir do grego o termo *politeía* de Aristóteles como *res*

79 Para uma exposição anterior deste ponto, em outro contexto de discussão, conferir GOMES, 2016b.

> *publica*, legara ao mundo latino o duplo sentido do conceito. Mais amplo, o primeiro concebia a constituição da comunidade voltada para o bem comum; ao passo que o segundo, mais restrito, exprimia o de governo gerido por magistrados extraídos da camada popular. (STARLING; LYNCH, 2009, pp. 225-245)[80]

Assim, se o conceito de "república" podia significar um governo conduzido pelos "homens bons da terra", ele podia, por outro lado, significar simplesmente um arranjo político qualquer devotado ao bem comum.

Uma excelente ilustração da ambiguidade que caracterizará o uso do conceito de "república" por Frei Caneca – ambiguidade, portanto, derivada de sua filiação ao republicanismo clássico – é o sermão com o que celebra, a um só tempo, a conceição de Nossa Senhora e a aclamação de Pedro como imperador:

> Enlaçando entre si os sentimentos, que hoje nos devem animar quanto à religião e à política, na piedade cristã e na república civil, nossos corações se devem inundar da mais afluente alegria e do mais completo júbilo, pelo grande interesse que reina nos dois objetos da presente solenidade: a Conceição intemerata da imperatriz do céu e da terra, e a aclamação do imperador constitucional do Brasil.[81]

O elogio concomitante da república civil e do imperador constitucional não parecia representar nenhum tipo de contradição, posto que a principal proximidade semântica que o conceito de "república"guardava não era com qualquer conceito que se remetesse diretamente a um governo oposto à monarquia, mas com o conceito de "pátria" –um conceito que Caneca ele mesmo esforçava-se em definir, não como somente o lugar em que se nasce, mas como o lugar em que o cidadão, acolhido como tal, escolhe para habitação e formação de seus estabelecimentos econômicos:[82]

> De tudo isso se conhece que não há coisa alguma no cidadão que se não deva propor ao bem da pátria; e tudo se deve sacrificar à conservação, lustre e glória da república.
>
> Talentos, pensamentos, palavras, obras, tudo é da república.
>
> Riquezas, propriedades, honras, lugares, em tudo tem um direito inalienável a pátria.[83]

A esses dois conceitos – "república" e "pátria" –, somava-se um terceiro, o conceito de "império constitucional", indispensável para a compreensão da trama discursiva que se ia costurando:

> O império constitucional ou é uma concepção de uma inteligência acima da dos mortais ou é uma dessas verdades sublimes com que nos costuma presentear o acaso, ou, se nasceu da reflexão, é a obra prima da razão, e o maior esforço do entendimento humano no artigo política.

80 É necessário destacar que Christian Lynch e Heloisa Starling limitam a predominância dessa tradição e do conceito de "república" a ela relacionado ao período que vai de 1750 a 1792, o que me parece equivocado, como o demonstra a análise que se segue dos escritos de Frei Caneca.

81 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Sermão da aclamação de D. Pedro I, (1822) 2001, p. 106.

82 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Dissertação sobre o que se deve entender por pátria do cidadão e deveres deste para com a mesma pátria, (1822) 2001, p. 70; pp. 75-84.

83 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Dissertação sobre o que se deve entender por pátria do cidadão e deveres deste para com a mesma pátria, (1822) 2001, p. 95.

> Império constitucional?
>
> Colocado entre a monarquia e o governo democrático, reúne em si as vantagens de uma e de outra forma, e repulsa para longe os males de ambas. Agrilhoa o despotismo, e estanca os furores do povo indiscreto e volúvel.[84]

Partindo dessa definição de "império constitucional", Caneca podia com tranquilidade rebater a acusação de republicanismo em sentido estrito, ou seja, no sentido de uma forma de governo oposta à monarquia:

> Como, porém, fosse necessário ter um ponto de apoio, em que equilibrasse a sua incendiária máquina, lança mão da imputação da moda, de quererem os que não são Gama e seus aderentes estabelecer uma república em Pernambuco.
>
> (...)
>
> Dize, malvado, se nós quiséssemos república, quem nos impediria de fazer?
>
> (...)
>
> Se em 1817 fomos tão arrojados que não tememos todo o Brasil e todo Portugal reunidos, e proclamamos uma república, como agora o deixaríamos de fazer por medo de menos de um terço desse inimigo de outrora?[85]

Mas se a leitura desses trechos parece revelar um frei adepto, sem mais, dos rumos tomados na Corte do Rio de Janeiro, uma perscrutação mais cuidadosa percebe aos poucos a estratégia discursiva que estava sendo montada:

> Sabes, portanto, que não proclamamos uma república porque não queremos; e não queremos, não por temor de nada, sim porque esperamos ser felizes em um império constitucional; porquanto, no caso oposto, sucederá entre Pernambuco e o sul o mesmo que s.m.i.c. disse a seu pai na carta de 22 de setembro do ano passado que sucederia entre o Brasil e Portugal, isto é, que Pernambuco será escravizado, mas os pernambucanos não.[86]

Do outro lado da proclamada adesão ao império constitucional, como elemento constitutivo dessa adesão, estava a ameaça da ruptura, fundada no fato de que, na fórmula do "império constitucional", importava mais o adjetivo "constitucional" e menos o substantivo "império". O ápice dessa estratégia discursiva consistia em citar falas do próprio imperador constitucional em que este supostamente corroboraria o ponto de vista defendido por Caneca:

> Ali s.m. prometeu, de modo mais positivo, que o Congresso soberano, representativo do generoso povo brasileiro, era quem havia de fazer a Constituição do império. Leia-se este monumento da sabedoria, da constitucionalidade de um príncipe que se sacrificou todo pelos brasileiros (...).[87]

84 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Sermão da aclamação de D. Pedro I, (1822) 2001, p. 117.

85 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O Caçador atirando à Arara Pernambucana em que se transformou o rei dos ratos José Fernandes Gama, (1823) 2001, p. 136-137.

86 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O Caçador atirando à Arara Pernambucana em que se transformou o rei dos ratos José Fernandes Gama, (1823) 2001, p. 140.

87 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1824) 2001, número V, p. 341.

Mesmo quando a Assembleia Constituinte estava dissolvida, a estratégia sustentava-se de pé, exigindo não mais do que uma ou outra reconfiguração de seus elementos: não era o imperador o responsável direto por aquele ato, mas o círculo de portugueses que o cercava:

> Amanheceu nesta corte o lutuoso dia 12 de novembro, dia nefasto para a liberdade do Brasil e sua independência; dia em que se viu com o maior espanto representada a cena do 18 de *Brumaire* (8 de novembro), em que o déspota da Europa dissolveu a representação nacional da França; dia em que o partido dos chumbeiros do Rio de Janeiro pôs em prática as tramóias do ministério português, e conseguiu, iludindo a cândida sinceridade de s.m.i. dissolver a suprema Assembleia Constituinte Legislativa do Império do Brasil.[88]

Outorgada a Constituição de 1824, ainda assim a estratégia permanecia ativa, embora novamente reconfigurada:

> Como tem s.m. desempenhado o título de defensor perpétuo do Brasil, título em que s.m. pôs toda a sua glória? Oh desgraça! A primeira ocasião que se oferece de cumprir com esse dever, torce s.m., foge a defesa e nos deixa em desamparo, entregues unicamente a nossos recursos: quem tal pensara!
>
> (...)
>
> Que traição! Que perfídia!
>
> E ainda dirá s.m. que é nosso defensor perpétuo?
>
> Defensores desta qualidade são defensores?[89]

Capturado e interrogado, Caneca mantém nas memórias que escreve o caminho argumentativo:

> Fui arguido de ter escrito no meu *Typhis* contra o imperador etc.; ao que respondi negando toda a acusação; 1o.) porque nos meus *Typhis* somente a doutrina, que constantemente se achava era advogar a sagrada causa do império brasileiro, por dever de bom filho, amante da pátria; 2o.) porque nesse tempo havia liberdade de imprensa, mesmo por decreto de s.m.i.; 3o.) porque s.m. o imperador mesmo tinha ordenado em uma proclamação sua que advogássemos a causa do Brasil, ainda mesmo que fosse contra a sua pessoa.[90]

E, finalmente, na defesa formal perante a comissão militar que o processaria, julgaria e condenaria, Frei Caneca insiste:

> Que a soberania reside na nação, que a nação é quem se constitui e por meio dos seus representantes em Cortes - dois pontos cardeais em que rola toda a doutrina do *Typhis* são duas verdades confessadas por s.m. no decreto de 8 junho de 1822, no manifesto de 6 de agosto do mesmo ano aos povos e nações amigas, além de outras ocasiões.[91]

88 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1823) 2001, número I, p. 304.

89 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1824) 2001, número XXV, p. 505.

90 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Itinerário que fez frei Joaquim do Amor Divino Caneca, saindo de Pernambuco a 16 de setembro de 1824, para a província do Ceará Grande (1824), (1824) 2001, p. 604.

91 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Processo de frei Joaquim do Amor Divino Caneca, em 1824, (1824-1825) 2001, p. 629.

Na medida em que a estratégia, levada até as últimas consequências, consistia na defesa do "império constitucional" menos como "império" e mais como "constitucional", sendo o clímax dessa estratégia a reiteração de discursos do próprio imperador, uma pergunta, porém, pode permanecer no ar:porque ter continuado com essa estratégia quando já havia Constituição? Porque ter participado da deflagração da Confederação do Equador exatamente depois que a Constituição de 1824 estava outorgada? A chave de resposta, antevista nas passagens acima, é oferecida precisamente pelo conceito de "soberania".

Nas Cartas de Pítia a Damão, redigidas em 1823, por exemplo, Caneca escreve:

> Portanto, meu caro Damão, faze um serviço à humanidade e dá glória a Deus, abrindo os olhos a esse pobre povo, em que vives. Dize-lhes que a soberania não vem imediatamente de Deus, e sim dos mesmos povos, como até confessa o mesmo imperador, no seu decreto de 3 de junho do ano passado; (...).[92]

Mas é em "O *Typhis* Pernambucano", periódico redigido e publicado por ele entre dezembro de 1823 e agosto de 1824,que o problema da soberania é tratadode maneira determinante. Num suplemento ao número XI do jornal, datado de 15 de março de 1824, Frei Caneca afirma:

> O poder soberano, isto é, aquele que não reconhece outro acima de si, existe na nação. (...).
>
> (...)
>
> (...) residindo a soberania na nação, como até s.m.i.c. tem por muitas vezes confessado à face do universo, e sendo unicamente a nação a que se deve constituir, só ela usa de um direito seu inauferível na escolha das matérias que sejam o objeto do pacto social, ou imediatamente, ou pela mediação de seus legítimos representantes em cortes, ou, se tem cometido a alguém a esboçar o projeto da sua Constituição, este sempre deve ser discutido e aprovado em cortes constituintes, pois só aí é que há representação nacional.[93]

Por sua vez, no número XXII, de 17 de junho, a decisão tomada pelo conselho que se havia reunido para discutir o decreto imperial de 11 de março de 1824, em que se mandava jurar o projeto de Constituição elaborado por Pedro e por seu Conselho de Estado, vem descrita e fundamentada nestes termos:

> Celebrou-se o conselho, e se decidiu por totalidade de votos, que se não desse à execução o mencionado decreto de 11 de março deste ano porque o *projeto, além de ser uma carta imperial, na qual se estabelecia o mais detestável despotismo, que esta cidade havia jurado repulsar com todas as forças, viesse ele de onde viesse, era oferecido por quem não tinha autoridade para o dar, portanto sendo uma atribuição essencial da soberania da nação a escolha e arranjo da matéria do pacto social, era esta escolhida e apresentada pelo imperador, que, sendo criatura da nação, não tem soberania, e deve portanto receber da nação a Constituição que esta lhe der (...).*[94]

92 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, Cartas de Pítia a Damão, (1823) 2001, p. 184.

93 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1824) 2001, número XI, pp. 393-394.

94 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1824) 2001, número XXII, p. 473, destaques do original.

A explicação predominante[95] para a Confederação do Equador, proclamada mesmo depois de vigente uma Constituição no Brasil, passa pelas velhas pretensões autonomistas locais, tão típicas de Pernambuco pelo menos desde a expulsão dos holandeses(MELLO, 1997). Frustradas as expectativas de autonomia diante do Estado unitário delineado pela Constituição de 1824, o elemento federalista seria o motor de arranque para o movimento de ruptura com a unidade do Império brasileiro.

Em que pese o papel desempenhado por esse elemento federalista, o ponto crucial é que também tal elemento não se compreende senão por seu enlace hermenêutico e prático com o conceito de "soberania":

> O Brasil, só pelo fato de sua separação de Portugal e proclamação da sua independência, ficou de fato *independente*, não só no todo como em cada uma de suas partes ou províncias; e estas, independentes umas das outras.
>
> Ficou o Brasil *soberano*, não só no todo, como em cada uma das suas partes ou províncias.
>
> (...)
>
> No meio dessas possibilidades, o Rio, pelo poder *soberano* que tinha no seu território, aclamou s.m. imperador constitucional, e então s.m. não ficou mais do que imperador do Rio de Janeiro. As outras províncias, ou seduzidas pelos emissários do Rio, ou por seu mesmo conhecimento, esperando que nesta forma de governo podiam achar a felicidade a que aspiravam, foram-se chegando muito de sua vontade aos negócios do Rio, aclamando a s.m. imperador constitucional, com o que nada mais fizeram que declarar que se uniam todas para formar um império constitucional, e que s.m. seria o seu imperador.
>
> Daqui se conhece que duas são as condições da união das províncias com o Rio de Janeiro, a saber, que *se estatuaimpério constitucional, e que s.m. seja o imperador*; de modo que, se o Rio de Janeiro quiser coisas fora ou contrárias a qualquer destas duas condições, está desfeita a união, que mal se achava esboçada, e cada província libérrima para, pelo seu poder *soberano* no seu território, proclamar e estatuir aquela forma de governo que bem quiser, como fez o Rio proclamando império constitucional.
>
> (...)
>
> Já se deixa ver que os efeitos da falta do cumprimento dessas duas condições são os mesmos, se acaso o imperador for o que as embarace, contra o voto das províncias, como desgraçadamente sucedeu com a dissolução despótica e à força de armas da soberana Assembleia.
>
> (...)
>
> Pelo que, está dissolvida a prometida e não consumada união das províncias; e, por esta razão, cada uma reintegrada na sua independência e soberania.[96]

Não obstante a ênfase do programa da Confederação do Equador ser bem mais a federação do que a república (MELLO, 2001, p. 39), a defesa daquela exigia internamente sua justificação, justificação que se apoiava em uma soberania nacional ou popular[97]

95 Conferir, por todos, MELLO, 2004; 2001, pp. 11-47.

96 Frei Joaquim do Amor Divino Caneca, O *Typhis* Pernambucano, (1824) 2001, número XXI, pp. 463-465, destaques do original.

97 A diferenciação, anteriormente trabalhada a partir de Antônio Carlos Ribeiro de Andrada Machado, entre soberania nacional e popular não parece fazer sentido na obra de Frei Joaquim do Amor Divino Caneca.

– em uma soberania *republicana*, segundo a qual cada conjunto de um público, cada "pátria" tinha o direito à autodeterminação.

Com a fórmula do "império constitucional", o que se tinha em vista não era simplesmente uma monarquia organizada juridicamente por um texto constitucional qualquer, mas por um texto constitucional elaborado por representantes da nação ou do povo. Tinha-se em vista um império já não mais de posse de seus elementos clássicos, deslocado de seu eixo fundamental, pois seu fundamento de legitimidade não residiria mais em si mesmo, não derivaria mais da hereditariedade do sangue e dos desígnios divinos, mas da vontade da nação ou do povo. Tinha-se em vista, sim, uma monarquia, mas uma monarquia republicanizada. E era exatamente isto o que fazia Frei Caneca com seus textos, era exatamente isto o que ele fazia ao escrever: não se tratava de transigir com o Império, de aceitar a monarquia constitucional no lugar da república, mas, antes, de deixar claro que essa monarquia só seria aceita como república.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A articulação operada por Caneca entre federalismo, soberania e república permite, por fim, amarrar as pontas deste artigo. Anunciei em seu início que a história do conceito de "soberania" difratava-se em dois plexos principais de sentido: soberania intercalada a questões de territorialidade e representação e soberania amalgamada ao problema do fundamento de legitimidade da política e do direito. A conjugação entre esses dois plexos difratados de sentido emerge com toda força nos escritos de Frei Caneca e, ao fazê-lo, antecipa contrafaticamente a exigência interna que cada vez mais se vai consolidando como expectativa normativa ínsita ao âmbito da política e do direito na Modernidade: autonomia pública, exigência de que um certo público, feito sujeito de si mesmo[98] e definido nos limites de uma certa circunscrição territorial, possa dar a si, por intermédio de seus representantes, suas próprias normas.

Se em Frei Caneca a conjugação dos plexos de sentidos da soberania e sua tradução estabilizante em termos de autonomia pública manifesta-se limpidamente, com elevado grau de reflexividade, não é outra senão essa mesma conjugação que – de modo menos límpido, mais tenso, e também menos abstrato, mas mais prático – subjaz, por exemplo, às tentativas desesperadas de Pedro de justificar publicamente o ato de dissolução da Assembleia Constituinte.

Para que essas afirmações não se abram a críticas quanto a supostos anacronismos, é preciso esclarecer: não se pretende aqui pintar com cores ingênuas de uma autodeterminação pública plenamente em exercício a Independência do Brasil e seu primeiro momento constituinte. Mas o que está em jogo neste artigo é iluminar como o fundamento tradicional de legitimidade da política e do direito era fortemente abalado naquele contexto – abalo que não se faz compreensível sem a história do conceito de soberania tal como detalhada nas páginas anteriores. Desse abalo, resultariam tensões profundas em que o velho e o novo se digladiariam em

98 Conferir HABERMAS, 2014, pp. 87-93.

momentos, versões e personagens os mais variados. Em meio a todo esse embate, porém, pouco a pouco se sedimentavam no fundo da história os alicerces formais da legitimidade da política e do direito na Modernidade – alicerces compostos justamente por uma soberania exercida como autodeterminação nos limites de uma territorialidade específica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FONTES

COLETÂNEAS CONSULTADAS

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 9. ed., Brasília: OAB, 2008.

____; AMARAL, Roberto. **Textos Políticos da História do Brasil**. 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2002.

CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. **Coleção Formadores do Brasil**. São Paulo: ed. 34, 2001.

CARVALHO, José Mu0rilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. **Às armas, cidadãos!** – Panfletos manuscritos da Independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

DOCUMENTOS EFETIVAMENTE CITADOS

Analyse e confutação da primeira carta que dirigio a sua Alteza Real o Principe Regente Constitucional e Defensor Perpetuo dos Direitos do Brasil, o Campeão em Lisboa pelos Auctores do Regulador Brasilico-Luso. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). **Guerra Literária: panfletos da Independência** (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 386-411.

B. J. G. [Bernardo José da Gama]. Memoria sobre as principaes cauzas, por que deve o Brasil reassumir os seus direitos, e reunir as suas provincias offerecidas ao principe real. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 541-565.

BRASIL. Anais da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil. 6 livros. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/asp/IP_AnaisImperio.asp> (1823) Acesso em 10/10/2016.

Das Sociedades, e das Convenções, ou Constituições. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 85-89.

Declaração do Imperador D. Pedro I interpretando a expressão "perjurado" do decreto de dissolução da Assembleia Constituinte. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, (1823) 2002, p. 740.

Decreto de 3 de junho de 1822. In: BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. 9a. ed. Brasília: OAB, 2008, pp. 538-539.

Defeza das memorias para às Cortes Lusitanas em 1821, contra a memória de José Daniel Rodrigues Costa, capitão, que foi, da sua Legião. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS,

Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 90-105.

Dezengano [Cipriano José Barata de Almeida]. Analize ao decreto do 1. de Desembro de 1822, Sobre a Creação da nova Ordem do Cruzeiro: Com algumas notas. Illustração ao Brazil, e ao nosso Imperador o Sr. D. Pedro I. Oferecida ao Publico pelo Dezengano. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, pp. 663-677.

E. C. Carta Analytica, á cerca do Parecer da Commissão especial dos Negocios Politicos do Brazil apresentado na sessão de 18 de Março. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 443-447.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Cartas de Pítia a Damão. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, (1823) 2001, pp. 165-300.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Dissertação sobre o que se deve entender por pátria do cidadão e deveres deste para com a mesma pátria. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, (1822) 2001, pp. 53-99.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Itinerário que fez frei Joaquim do Amor Divino Caneca, saindo de Pernambuco a 16 de setembro de 1824, para a província do Ceará Grande (1824). In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: ed. 34, (1824) 2001, pp. 567-605.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. O Caçador atirando à Arara Pernambucana em que se transformou o rei dos ratos José Fernandes Gama. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, (1823) 2001, pp. 135-163.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. O Typhis Pernambucano. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, (1823-1824) 2001, pp. 301-533.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Processo de frei Joaquim do Amor Divino Caneca, em 1824. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: Ed. 34, (1824-1825) 2001, pp. 607-643.

Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Sermão da aclamação de D. Pedro I. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. Coleção Formadores do Brasil. São Paulo: ed. 34, (1822) 2001, pp. 101-119.

Golpe de vista sobre a situação política do Brasil independente traduzido d'um manuscrito hespanhol Feito em Junho do Corrente Anno. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, pp. 698-704.

João Gualberto Pereira. Incontestaveis reflexões, que hum Portuguez Europeo offeresse aos sentimentais Brasileiros sobre seus interesses a face do presente. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 505-509.

José da Costa Azevedo. Refutação á annalyse das instrucções para a nomeação dos deputados da Assembléa Geral Constituinte e Legislativa do Reino do Brasil, extrahida de hum folhfto inedicto, intitulado Reflexões de hum caboclo em Cortes. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 636-640.

Manifesto do Príncipe Regente aos brasileiros sobre os conflitos com Portugal e a expectativa de independência. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, (1822) 2002, pp. 619-626.

O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis]. O Amigo da razão, ou carta aos Redactores do Reverbero, em que se mostraõ os Direitos, que tem o Brasil a formar a sua Camara Especial de Cortes no proprio territorio, conservando a União com Portugal, em Ordem a salvar-se dos Horrores da Anarquia; evitando de um golpe o retrocesso do Despotismo; e as pretenções das Cortes de Portugal, contrarias aos seus interesses. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 375-385.

O Amigo da Razaõ [Jacinto Rodrigues Pereira Reis]. Segunda Parte do Amigo da Razão, ou Continuação da correspondencia com os Redactores do Reverbero; em que se responde á varios Argumentos que se tem feito contra a medida apontada primeiramente pelo Author, de se installar huma Representazão, em Assembléa Legislativa no Brasil. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 785-805.

O Continental. Correspondencia de Porto Alegre. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 675-677.

O Patriota. Carta ao senhor D. Pedro de Alcantara, Principe Real de Portugal, Brasil, e Algarves. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1820) 2014,pp. 83-90.

O teu Amigo Constitucional Europeo. A Regeneração constitucional ou guerra e disputa entre os Carcundas e os Constitucionaes: origem destes nomes, e capitulação dos Carcundas escripta pelo Constitucional Europeo ao Constitucional Brasileiro, e offerecida a todos os verdadeiros constitucionaes. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 278-297.

P. L. Veiga Cabral – Amigo da Philantropia. Analyze dos direitos naturaes do homem inculto, e selvagem, deduzidos do mesmo direito que rege toda a natureza creada, de que elle he parte. Direitos de Convenção, em que os homens dão principio ao Corpo Moral das

Sociedades, seguindo na sua Organização o Systhema dos Corpos fizicos sobre os Direitos da Soberania como Ordem natural Do Systhema Universal. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1823) 2014, pp. 685-697.

Panfleto 15. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello. Às armas, cidadãos! – Panfletos manuscritos da independência do Brasil (1820-1823). São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, (1821) 2012, pp. 113-117.

Philagiosotero [Antonio Carlos Ribeiro de Andrada Machado e Silva]. Reflexões sobre o Decreto de 18 de fevereiro deste anno offerecidas ao Povo da Bahia por Philagiosotero. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 268-275.

Philodemo [J. Pinto da Costa e Macedo]. O despertador Brasiliense Refutado: Em Favor dos Povos. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 431-435.

Philodemo [J. P. C. M.]. Sedativo contra a Malagueta ou obcervasoens sobre este papel. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 641-647.

Proclamação do Imperador D. Pedro I justificando a convocação de uma nova Assembleia Constituinte. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto. Textos Políticos da História do Brasil. 3a. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, 2002, pp. 741-742.

Reforço patriotico ao Censor Luzitano na interessante tarefa que se propoz, de combater os periodicos. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 615-635.

Resposta ao Novo Mestre Periodiqueiro: ou abjuração do Sebastianista, e do Hermitão: confundindo o Doutor Periodiqueiro. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 304-324.

Theodoro José Biancardi. Reflexões sôbre alguns successos do Brasil. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 2. Belo Horizonte: UFMG, (1821) 2014, pp. 240-261.

T.es G.os C.as. [José Silvestre Rebelo]. Carta ao Redactor do Espelho. Sobre As questoens Do Tempo. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 515-522.

Tresgeminoscosmopolitas [José Silvestre Rebelo]. Carta ao redator da Malagueta. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 448-462.

Tresgeminos Cosmopolitas [José Silvestre Rebelo]. O Brasil visto por cima. Carta a huma senhora sobre as questões do tempo. In: CARVALHO, José Murilo; BASTOS, Lúcia; BASILE, Marcello (orgs.). Guerra Literária: panfletos da Independência (1820-1823). v. 1. Belo Horizonte: UFMG, (1822) 2014, pp. 412-442.

LIVROS, CAPÍTULOS DE LIVROS E ARTIGOS

ARENDT, Hannah. **Da Revolução**. Trad. Fernando Dídimo Vieira. Rev. Trad. Caio Navarro Toledo. Brasília e São Paulo: Universidade de Brasília e Ática, 1988.

____. Que é autoridade? In: ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. Trad. Mauro W. Barbosa. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000a, pp. 127-187.

____. **Que é liberdade?** In: ARENDT, Hannah. Entre o passado e o futuro. Trad. Mauro W. Barbosa. 5a. edição. São Paulo: Perspectiva, 2000b, pp. 188-220.

____. **Sobre la violencia**. Trad. Guillermo Solana. 1a. reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2006.

GOMES, David F. L. **"Houve mão mais poderosa"**?: Soberania e Modernidade na Independência do Brasil. Belo Horizonte: Initia Via, 2015.

____. **A Constituição de 1824 e o problema da Modernidade:** O Conceito Moderno de Constituição, A História Constitucional Brasileira e A Teoria da Constituição no Brasil. Tese (doutorado). Belo Horizonte: UFMG, 2016a.

____. República e soberania antes de 1889. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brazileiro**, Rio de janeiro, v. 472, pp. 117-146, 2016b.

FERES JÚNIOR, João. Reflexões sobre o Projeto Iberconceptos. In: FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil.** Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, pp. 11-24.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública:** investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Denílson Luís Werle. São Paulo: Unesp, 2014.

LUSTOSA, Isabel. **Criação, Ação e Dissolução da Primeira Assembleia Constituinte Brasileira:** 1823. In: LUSTOSA, Isabel. As trapaças da sorte: ensaios de história política e de história cultural. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2004, pp. 51-79.

MELLO, Evaldo Cabral de. **A outra Independência:** o federalismo pernambucano de 1817 a 1824. São Paulo: ed. 34, 2004.

____. Frei Caneca ou a outra Independência. In: CANECA, Frei Joaquim do Amor Divino. Frei Joaquim do Amor Divino Caneca. Org. e int. Evaldo Cabral de Mello. **Coleção Formadores do Brasil**. São Paulo: ed. 34, 2001, pp. 11-47.

____. **Rubro veio:** o imaginário da restauração pernambucana. 2a. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. **Corcundas e constitucionais:** a cultura e política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Revan.: FAPERJ, 2003.

POCOCK, John G. A. **Linguagens do ideário político**. Org. Sérgio Miceli; trad. Fábio Fernandez. São Paulo: EDUSP, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa:** que é o Terceiro Estado? Org. e int. Aurélio Wander Bastos; pref. José Ribas Vieira; trad. Norma Azeredo. Rio de Janeiro: 2001.

SKINNER, Quentin. **Los fundamentos del pensamiento político moderno**. Trad. Juan José Utrilla. 2v. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.

STARLING, Heloísa Maria Murgel; LYNCH, Christian Edward Cyril. República/ Republicanos. In: FERES JÚNIOR, João (org.). **Léxico da história dos conceitos políticos do Brasil**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, pp. 225-245.

RECEBIDO EM: 29/03/2018
APROVADO EM: 30/04/2018

O NAZISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NOTAS SOBRE O JULGAMENTO DA EXTRADIÇÃO DE FRANZ STANGL

THE NAZISM IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT: NOTES ON THE JUDGMENT OF FRANZ STANGL'S EXTRADITION

Ulisses Levy Silvério dos Reis[1]

Gustavo César Machado Cabral[2]

RESUMO: Finda a Segunda Guerra Mundial, diversos líderes nazistas fugiram para países do hemisfério sul para escapar da responsabilização pelos seus atos. Um dos mais famosos, Franz Stangl, veio viver no Brasil. Com a descoberta do seu paradeiro, governos estrangeiros pediram a sua extradição, gerando um dos mais famosos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Busca-se neste trabalho problematizar as principais questões apresentadas pela defesa de Franz Stangl perante o judiciário. A pesquisa é relevante por ser um caso que colocou o Brasil no centro das atenções acerca da cooperação jurídica internacional para a punição de nazistas. A metodologia investigativa foi a historiográfica. A análise baseou-se no material empírico e literário da época. Na primeira seção, foi avaliada a possibilidade extradicional com relação à necessidade de comutação de eventual penalidade perpétua em temporária; em seguida, discutiu-se o argumento do tribunal no tocante à possibilidade de extraditar o responsável pelo cometimento do crime de genocídio quando o Brasil ainda não havia tipificado tal conduta em seu ordenamento; por último, teceram-se considerações sobre a pertinência da alegação defensiva de Franz Stangl ter agido com base no seu dever de obediência hierárquica. É possível concluir que, no tocante aos argumentos de necessidade de comutação de pena perpétua em temporária e dupla tipificação criminal, o Supremo Tribunal Federal apresentou conclusão problemática frente à ordem jurídica nacional; já com relação ao argumento de obediência hierárquica, agiu bem a corte ao não se imiscuir na materialidade e autoria do comportamento dito delituoso.

1 Professor Assistente da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB). Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). ulisses.reis@ufersa.edu.br.

2 Professor Adjunto da Graduação e Pós-Graduação (mestrado e doutorado) da Universidade Federal do Ceará (UFC). Pesquisador associado ao Max-Planck Institute für die europäischer Rechtsgeschichte. Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-Doutorado pelo Max-Planck Institute für die europäischer Rechtsgeschichte. Foi professor visitante na Universidade Autónoma de Madrid. gustavocesarcabral@gmail.com.

Palavras-chave: Extradição; Nazismo; Crimes de guerra; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: After World War II, several Nazi leaders fled to countries in the southern hemisphere to escape accountability for their actions. One of the most famous, Franz Stangl, came to live in Brazil. With the discovery of his whereabouts, foreign governments requested his extradition, generating one of the most famous judgments of the Brazilian Supreme Court. This paper seeks to problematize the main issues presented by the defense of Franz Stangl before the judiciary. The research is relevant because it's a case that has placed Brazil in the spotlight on international legal cooperation for the punishment of Nazis. The investigative methodology was historiographical. The analysis was based on the empirical and literary material of the time. In the first section, the extraditional possibility was evaluated in relation to the necessity of commutation of eventual perpetual penalty in temporary one; after that, it was discussed the court's argument regarding the possibility of extraditing the person responsible for committing the crime of genocide when Brazil had not yet established such conduct in its juridical order; finally, considerations were made as to the relevance of Franz Sting's defensive claim to have acted on the basis of his duty of hierarchical obedience. It's possible to conclude that, regarding the arguments of necessity of commutation of perpetual sentence in temporary one and double criminalization, the Brazilian Supreme Court presented problematic conclusions regarding the national legal order; already with respect to the argument of hierarchical obedience, acted well the court in not to evaluate the materiality and authorship of the said criminal behavior.

Keywords: Extradition; Nazism; War crimes; Federal Supreme Court.

INTRODUÇÃO

Após o desmantelamento do regime nazista com a derrota alemã na Segunda Guerra Mundial, vários dos seus líderes foram responsabilizados pelo Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, composto por juízes indicados pelos governos dos Estados vencedores do conflito (Estados Unidos da América, França, Inglaterra e União Soviética). Entretanto, alguns dentre tais líderes militares conseguiram fugir para viver anos em países do hemisfério sul, como são os famosos exemplos de Adolf Eichmann na Argentina e Franz Stangl no Brasil.

Este último, com o fim da Segunda Guerra Mundial, fugiu para o Brasil em 1951 e residiu com sua esposa (Teresa Stangl) em São Paulo/SP, onde trabalhava numa fábrica da Volkswagen, até 28/02/1967, quando foi preso pela polícia (UPI-JB, 1967).A partir daí, foi alvo de pedido extradicional formulado simultaneamente pelos governos da Alemanha, Polônia e Áustria, dando inícioao julgamento de um dos mais célebres casos levados ao Supremo Tribunal Federal (STF)[3]. Naquela oportunidade,

3 Pelo fato de Stangl não ter constituído advogado, foi-lhe nomeado como defensor dativo Francisco Manoel Xavier de Albuquerque, que posteriormente veio se tornar ministro e presidente do STF. Embora não tenha atuado formalmente no processo, o advogado Sobral Pinto, um dos principais juristas do período e forte opositor ao regime militar, enviou cartas ao relator em defesa do extraditando, as quais eram de conhecimento do defensor oficial.

a corte avaliou a juridicidade da extradição do responsável pela administração do segundo maior campo de concentração para o extermínio de judeus (localizado em Treblinka, na Polônia).[4]

Este trabalho tem por objeto a reconstrução crítica dos argumentos jurídicos utilizados pelo STF no que tange a este julgamento. Visa-se com isso avaliar os condicionantes normativos existentes ao (in)deferimento do pleito dos governos estrangeiros e eventuais deficiências encontráveis na argumentação da corte neste caso. O problema que caracteriza o fio condutor da pesquisa é: como o Supremo Tribunal Federal lidou com as questões controvertidas acerca do direito de extradição brasileiro no caso Franz Stangl? Mais especificamente, o Estado brasileiro, sob o regime normativo de então, poderia cobrar de Estado estrangeiro o compromisso de não aplicação de pena perpétua? A extradição poderia ter sido concedida no caso concreto, uma vez que as disposições penais brasileiras não previam o crime de genocídio? Por fim, como o Supremo Tribunal Federal encarou o argumento de que todos os atos cometidos pelo extraditando justificavam-se na obrigatoriedade de obedecimento aos comandos hierárquicos superiores?

A relevância do trabalho justifica-se a partir de dois parâmetros: a repercussão internacional do julgamento em si (i) e a necessidade de se verificar a pertinência jurídica dos argumentos nele elencados, visto que o seu resultado fixou parâmetros interpretativos seguidos posteriormente pela corte em outros pedidos extradicionais (ii). Com relação ao primeiro item, é importante destacar que o julgamento colocou o Estado brasileiro no centro das atenções no tocante à cooperação para o julgamento dos responsáveis pelo holocausto nazista.

A metodologia adotada foi a historiográfica. Não se pretende aqui perscrutar os argumentos do STF com relação ao ordenamento jurídico atualmente vigente.A análise tomará por base elementos da época, tais como: a legislação constitucional e infraconstitucional, a jurisprudência nacional/estrangeira e a literatura especializada em matéria extradicional.

Como o julgamento relatado pelo Min. Victor Nunes Leal (Extradições 272, 273 e 274) é muito extenso, foi necessário proceder com recortes para que a temática pudesse ser desenvolvida apenas num artigo. Em decorrência disso, o trabalho primeiro avaliará a possibilidade extradicional no caso concreto com relação à necessidade de comutação da eventual penalidade perpétua em temporária; em seguida, será discutido o argumento do tribunal no tocante à possibilidade de se extraditar o responsável pelo cometimento do crime de genocídio, quando o Brasil, à época, ainda não havia tipificado tal conduta em seu ordenamento; por último, serão tecidas considerações sobre a pertinência da alegação defensória de impossibilidade extradicional em função de Franz Stangl, em tese, ter agido com base no seu dever de obediência hierárquica.

4 Não é segredo que a Segunda Guerra Mundial foi o maior conflito armado da história humana (até agora).Um documentário da emissora de televisão inglesa BBC (AUSCHWITZ, 2005) apresenta um retrato fidedigno, permeado por entrevistas de ex-detentos e ex-soldados da SS (Schutzstaffel), sobre o morticínio desenvolvido nos campos de concentração. A produção expõe o desenvolvimento dos mecanismos de extermínio dos judeus, os quais tiveram início com tiros de armas de fogo e culminaram na utilização das famosas câmaras de gás.

O resultado da análise dos pontos decisórios destacadosdará mostras da maturidade da corte com relação ao respeito aos direitos e garantias fundamentais, mesmo quando estava em jogo a punição de um genocida criminoso de guerra.

1. A EXTRADIÇÃO E O COMPROMISSO DE NÃO APLICABILIDADE DE PENA PERPÉTUA

Sobram reflexões literárias acerca do planejamento realizado peloregime nazista com o objetivo de, num primeiro momento, desnacionalizar a comunidade judaica e, em seguida, lhes subtrair o patrimônio e promover o seu assassinato em massa. De acordo com o pensamento jurídico da época, a ausência de nacionalidade deixava o indivíduo à própria sorte no tocante à garantia dos seus direitos fundamentais, os quais somente podiam ser opostos ao Estado quando havia entre tal ente e o ser humano o aludido vínculo jurídico-político. Não à toa, Lafer (1988), com base no pensamento de Hannah Arendt, definiu como característica preponderante dos Estados totalitários as medidas de desnacionalização das populações perseguidas.

Uma das maiores ambiguidades promovidas pelas medidas de desnacionalização arquitetadas pelo Estado nazista consistia na posição inferior detida pelos indivíduos por ela atingidos, quando comparados com as pessoas que cometiam algum ato ilícito de natureza penal[5]. Se não estivessem involucrados no sistema penal por decorrência de terem violado algum parâmetro normativo criminal, os indivíduos de origem judaica eram tratados como um nada jurídico, em outras palavras, como um objeto coisificado. Como "objeto", poderiam ser, a qualquer instante, eliminados. Eram pessoas privadas de voz e de ação na esfera pública[6]; para eles, não existia a menor oportunidade de participação na vida civil ou política.

Provavelmente em razão do temor de serem condenados no Tribunal de Nuremberg, vários líderes nazistas tentaram escapar da responsabilidade dos seus atos vivendo em países do hemisfério sul. No caso ora tratado, Franz Stangl refugiou-se no Brasil e passou a trabalhar numa fábrica da Volkswagen. Sua estratégia de viver no anonimato teve êxito até o momento em que foi denunciado e teve três pleitos extradicionais contra si protocolados junto ao governo brasileiro.

5 "A melhor forma de determinar se uma pessoa foi expulsa do âmbito da lei é perguntar se, para ela, seria melhor cometer um crime. Se um pequeno furto pode melhorar a sua posição legal, pelo menos temporariamente, podemos estar certos de que foi destituída dos direitos humanos. Pois o crime passa a ser, então, a melhor forma de recuperação de certa igualdade humana, mesmo que ela seja reconhecida como exceção à norma. O fato – importante – é que a lei prevê essa exceção. Como criminoso, mesmo um apátrida não será tratado pior que outro criminoso, isto é, será tratado como qualquer outra pessoa nas mesmas condições. Só como transgressor da lei pode o apátrida ser protegido pela lei. Enquanto durem o julgamento e o pronunciamento da sua sentença, estará a salvo daquele domínio arbitrário da polícia, contra o qual não existem advogados nem apelações. O mesmo homem que ontem estava na prisão devido à sua mera presença no mundo, que não tinha quaisquer direitos e vivia sob ameaça de deportação, ou era enviado sem sentença e sem julgamento para algum tipo de internação por haver tentado trabalhar e a ganhar a vida, pode tornar-se quase um cidadão completo graças a um pequeno roubo. Mesmo que não tenha um vintém, pode agora conseguir advogado, queixar-se contra os carcereiros e ser ouvido com respeito. Já não é o refugo da terra: é suficientemente importante para ser informado de todos os detalhes da lei sob a qual será julgado. Ele torna-se pessoa respeitável." (ARENDT, 2012, p. 390).

6 Essas categorias são pormenorizadas em ARENDT, 2014.

A extradição consiste em prática largamente realizada no âmbito da cooperação penal entre os Estados[7]. No Brasil, quando do julgamento mencionado (1967), já havia sido regulamentada tanto pela Constituição Federal de 1967 quanto pelo Decreto-Lei n. 394/1938[8]. Embora alguns autores contemporâneos a qualificassem como um dever jurídico direcionado ao Estado requerido (PEDERNEIRAS, 1965)[9], este não passava ao largo, segundo o ordenamento brasileiro, da aferição da presença dos seus pressupostos.

Tal exame era realizado à época de maneira similar ao que ocorre atualmente: após o direcionamento do pleito ao governo brasileiro, este deveria remetê-lo ao Supremo Tribunal Federal a fim de realizar este a análise dos seus pressupostos legais de cabimento[10]. Caso a opinião da corte fosse pela ausência de tais condicionantes, sua decisão vincularia o braço executivo estatal; se, por outro lado, o STF autorizasse a extradição do indivíduo requisitado, cabia à Presidência da República praticar, em juízo discricionário, tal ato.

No caso em análise, o primeiro dilema levantado neste trabalho gravita em torno da ausência de comprometimento inicial dos requerentes no tocante à não aplicação de pena perpétua em desfavor de Stangl, caso ele fosse extraditado. O questionamento com que se deparou o STF foi: é possível a realização da extradição, mesmo não tendo os requerentes assumido o compromisso de não aplicar pena perpétua ao extraditando? Essa foi a primeira vez em que a corte teve que lidar com dilema desta natureza (NEVES, 2011).

A resposta a tal questão passa primeiro pela análise da legislação regente. O art. 12 do Decreto-Lei n. 394/1938 expressamente determinava a necessidade de comutação em pena de prisão eventual pena de morte ou corporal a ser infligida ao extraditando, mas não traz similar condicionante em situações de pena perpétua[11]. Contudo, o art. 150, § 11, da Constituição Federal de 1967 proibia expressamente a aplicação desta modalidade punitiva aos brasileiros e estrangeiros residentes no país[12].

O Supremo Tribunal Federal optou parcialmente pela argumentação defensiva de

---

7 Algumas definições do instituto podem ser encontradas a partir da literatura especializada da época e mais recente, mas o confronto entre elas não demonstra troca no seu significado: "Extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo." (ACCIOLY, 1964, p. 110); "A extradição pode ser definida como sendo o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo." (MELLO, 1992, p. 713).

8 Os dois primeiros textos constitucionais brasileiros não trataram da extradição, deixando o tema à inteira discricionariedade da legislação ordinária, o que foi excepcionado na Constituição de 1934 (MALUF, 1968). A Lei n. 2.416/1911 foi o primeiro marco regulatório nacional sobre o instituto.

9 Em reforço:"Assim, impera na vida jurídica internacional o princípio da *lex loci delicti commissi*, ainda nos casos em que sejam estrangeiros os acusados de infrações ou criminosos. São várias as razões que justificam a extradição: maior facilidade de obtenção de provas no lugar do crime; maior eficácia das leis repressivas locais; e, como corolário, melhor distribuição e aplicação da justiça criminal. Nessas condições, o Estado, como membro da comunidade internacional, não deve recusar arbitrariamente a extradição que lhe seja requerida, embora tenha o direito de examinar o pedido e recusá-lo, se, após o exame, considerá-lo injusto e irregular." (LITRENTO, 1979, p. 438).

10 Constituição Federal de 1967. Art. 114. Compete ao Supremo Tribunal Federal: [...] I – processar e julgar originariamente: [...] g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação das sentenças estrangeiras.

11 Art. 12. A entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assuma os compromissos seguintes: [...] d) comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração.

12 Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, nem de confisco. Quanto à pena de morte, fica ressalvada a legislação militar aplicável em caso de guerra externa. A lei disporá sobre o perdimento de bens por danos causados ao erário ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício da função pública.

que não poderia o extraditando sofrer no estrangeiro punição não existente na ordem jurídica brasileira, incluindo aqui a penalidade de caráter perpétuo. A sua compreensão baseou-se precipuamente no dispositivo constitucional mencionado e num suposto"sentimento de humanidade" que, após invocado pelo relator, não recebeu maior qualificação jurídica. A corte apelou para um discurso humanitário para fins de comungar a possibilidade extradicional no caso concreto com a vedação constitucional às penas perpétuas[13].

Apesar de concordar nesse ponto com a argumentação da defesa, o STF não denegou o pleito extradicional, apenas condicionou a efetiva entrega de Stangl à tomada do compromisso por parte dos Estados requerentes no sentido de não lhe aplicar pena perpétua, o que poderia ser feito por ato conjunto dos governos brasileiro, alemão, austríaco e polonês.

Conquanto se reconheça a existência de tradicionais opiniões que endossem o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal à época (PEDERNEIRAS, 1965; MELLO, 1992), não parece que, científica (RUSSOMANO, 1960) e juridicamente falando, tal solução seja imune a críticas.

Diz-se isso porque, em termos normativos, a necessidade de o Estado requerente assumir o compromisso de não aplicação da penalidade perpétua em desfavor do extraditando apenas surgiu na ordem jurídica brasileira com a recente Lei n. 13.445/2017.[14][15] À época do julgamento de Franz Stangl, não existia tal dicção normativa no sistema jurídico brasileiro e, em razão desta lacuna, a corte apelou ao "sentimento de humanidade" para autorizar a extradição. Mas tal filosofia humanitária, se tivesse sido adotada de maneira fidedigna e não meramente retórica, deveria ter ensejado o indeferimento do pleito dos governos estrangeiros, não a tomada de um compromisso em que o Estado brasileiro, após realizar a entrega, não teria mais a remota possibilidade de controlar o destino do indivíduo.

A persistente lacuna deixou o STF em posição tão frágil que, em julgamentos posteriores, ele reviu sua posição com relação à necessidade de solicitar ao governo requerente o compromisso de não aplicação de penas de caráter perpétuo, uma vez que, procedendo assim, o Brasil poderia ser considerado um país que dá guarida a criminosos. Apenas no ano de 2004, quando do julgamento do pleito extradicional

13 "Parece-nos procedente a argumentação da defesa, quando sustenta que o compromisso assumido pelos Estados requerentes, de comutar a pena de morte (já abolida na Áustria e na Alemanha), teria de incluir o compromisso de reduzir para prisão temporária a pena de prisão perpétua, em razão de ser esta última igualmente vedada pela Constituição do Brasil (art. 150, § 11). Há válidas opiniões em contrário, baseadas em que o compromisso da comutação - frequente no direito extradicional - seria de todo independente do direito substantivo, como o de direito constitucional (Haroldo Valadão, parecer, Extr. 273, f. 313; Nelson Hungria, parecer anexo ao memorial da Alemanha). Não podemos, data vênia, aceitar esse ponto de vista sem reserva. É certo que o direito extradicional, ao dispor de tal modo, se inspira no sentimento de humanidade, mas também não é por outro motivo que o direito constitucional renega tais ou quais penalidades: 'As penas perpétuas... vão-se limitando aos incorrigíveis, como supostos refratários a todo tratamento', observa Roberto Lyra, citando a seguir esta conclusão do Congresso Penitenciário de Washington: 'Nenhum indivíduo, quaisquer que sejam sua idade e antecedentes, deve ser considerado incapaz de emenda' (Com. ao C. Pen., v. 2, p. 59). Acresce que o condicionamento da extradição a normas de direito penal interno já foi admitido por uma decisão do Supremo Tribunal (Extr. 241, 18.5.62, R.T.J. 24/247). A extradição só foi concedida com a condição de ser comutada a pena de trabalhos forçados, repudiada pelo direito brasileiro." (BRASIL, 1967a)

14 Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso de: [...] III - comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos.

15 A nova Lei das Migrações andou bem nesse assunto e atendeu aos reclamos da literatura especializada, que há tempos sinalizava a necessidade de regulamentação da extradição mais afinada com o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional humanitário.

formulado pelo Governo do Chile em desfavor de Maurício Hernandez Norambuena, foi que a corte novamente passou a condicionar a entrega do estrangeiro à tomada do compromisso de não aplicabilidade de penas perpétuas (NEVES, 2011).

Se o STF queria preservar a eficácia normativa do art. 150, § 11, da Constituição Federal de 1967, a alternativa viável seria negar o pleito formulado pelos requerentes, uma vez que os seus ordenamentos previam a hipótese de aplicação de penas perpétuas e, após entregue o indivíduo, tal compromisso não poderia ser controlado em qualquer instância brasileira ou sequer ser apurada em sede de responsabilidade do Estado por violação a tratados.[16]

Não à toa, o desenvolvimento histórico dos fatos mostrou que realmente a posição assumida pelo Supremo Tribunal Federal não surtiu efeitos práticos. Após três anos da realização da extradição para a Alemanha Ocidental, Franz Stangl foi julgado e condenado à prisão perpétua, tendo morrido em 1971, vítima de um ataque cardíaco, na prisão em Düsseldorf.[17]O saldo desta imposição de compromisso foi a fissura da autoridade soberana do Brasil na sociedade internacional, visto que a exigência formulada por sua corte superior foi solenemente ignorada pelo Estado alemão.

Considera-se incoerente o comportamento do Supremo Tribunal Federal. Para garantir a eficácia do seu dispositivo constitucional, não poderia ter autorizado a extradição do estrangeiro para Estado que aplica a pena perpétua, quando a legislação de regência permitia que o governo assim o fizesse sem a necessidade de tratado prévio ou tomada de compromisso formal no ato da entrega, visto que, no exercício político de sua soberania governamental, este ente não necessariamente precisaria seguir à risca as palavras do ministro relator[18]. Além disso, mesmo que tal acordo fosse estabelecido, nada impediria a Alemanha de descumpri-lo aplicando tal punição ao seu súdito (como efetivamente o fez) e, ainda que o Brasil pudesse, em momento posterior, se negar a extraditar outra pessoa para tal país, similar medida de nada adiantaria para a preservação dos direitos fundamentais de Stangl.

2. A ADAPTAÇÃO OU A IRRELEVÂNCIA DA CAPITULAÇÃO COMO CRIME DE GENOCÍDIO OU HOMOCÍDIO QUALIFICADO

Outro ponto de fundamental importância enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal a partir da intervenção da defesa técnica de Franz Stangl disse respeito à possibilidade de a sua extradição ser negada em decorrência da ausência de tipicidade no Brasil dos crimes por ele realizados. Tal determinação, além de positivada[19], encontrava eco na literatura (ACCIOLY, 1964)[20], o que constrangia a atuação da corte.

16 O Brasil, à época, não possuía tratados de extradição com quaisquer dos Estados requerentes.

17 Para informações sobre esse e outros casos famosos de extradição realizados no Brasil, cf.FOLHA DE SÃO PAULO, 2015.

18 A alternativa seria autorizar a extradição sem a indicação de que deveria o governo brasileiro tomar o compromisso de comutação da pena perpétua em temporária,mas essa postura parece de frágil constitucionalidade, dado o dispositivo constitucional já comentado.

19 Decreto-Lei n. 394/1938. Art. 2º. Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos:I - Quando não se tratar de infração segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente.II - Quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar a infração.

20 É possível encontrar críticas a tal posicionamento tanto na literatura da época quanto na contemporânea. De acordo com alguns autores, a negação motivada na ausência de dupla tipicidade poderia significar desprezo à legislação penal do Estado requerente (RUSSOMANO, 1960; MELLO, 1992).

A questão controvertida nesse ponto residia em investigar se o Estado brasileiro, durante os anos 1939-1945 (período da Segunda Guerra Mundial), já contemplava normativamente como crime os atos imputados pelos governos estrangeiros ao extraditando. Caso a resposta fosse negativa, dificilmente poderia ser justificada a sua entrega aos entes soberanos externos. No entanto, é inegável que postura desta natureza ensejaria pesado ônus ao Brasil, que correria o risco de ser qualificado na comunidade internacional como Estado protetor de criminosos de guerra.

Em obra monográfica sobre extradição, Russomano (1960) acentuou que, após o final da Segunda Guerra Mundial, foi criada uma nova categoria de pessoas e delitos alvos especiais de pedidos extradicionais: os altos escalões da máquina de extermínio nazista que buscaram asilo e refúgio em Estados que não os vencidos (os acusados de crimes contra a humanidade no decurso das operações bélicas ou mesmo fora das hostilidades propriamente ditas, os criminosos de guerra, os acusados de crimes contra a paz e os colaboracionistas/traidores). Segundo a autora, muitos dos pleitos enviados aos Estados neutros, não foram atendidos ou sequer tiveram prosseguimento.

Na condição de Estado que apoiou os aliados, a não extradição de Stangl pelo Brasil passaria uma mensagem contraditória à comunidade internacional, situação que certamente foi levada em consideração pelos ministros do STF. Apesar de todo esse apelo, a imputação jurídica atribuída às ações do extraditando gravitava em torno do cometimento do crime de genocídio, o qual, nos idos de 1939-1945, ainda não havia sido previsto na legislação brasileira.

O ingresso do genocídio na ordem interna local como prática punível somente ocorreu por meio do Decreto n. 30.822/1952, que internalizou a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948). Poucos anos mais tarde, a Lei n. 2.889/1956 complementou tal normatização em nível nacional a fim de definir especificamente quais condutas podem ser consideradas práticas genocidas[21]. A lei estabeleceu uma correlação de penalidades entre as condutas por ela elencadas e alguns dispositivos do Código Penal.

O problema foi que, segundo disposição específica do Código Penal[22], é vedada a retroatividade penal em desfavor do réu (anterioridade penal). Como as ações imputadas ao extraditando datam do período 1939-1945, assim como a internalização do genocídio no Brasil ocorreu em 1952 e a complementação deu-se em 1956, a leitura que salta aos olhos de tal confronto é a impossibilidade de os pleitos dos governos estrangeiros serem deferidos.

21 Art. 1º. Quem, com intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal: a) matar membros do grupo; b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo; c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial; d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo; Será punido: Com as penas do art. 121, § 2º, do Código Penal, no caso da letra a; [...]

22 Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Piorando a situação, a parte do Código Penal que versava sobre extraterritorialidade punitiva[23] não dava sequer margem à possibilidade de Stangl responder no Brasil pelos atos por ele cometidos, uma vez que: i) o Brasil não havia ainda se obrigado a reprimir o genocídio em 1939-1945; e ii) ele não detinha a nacionalidade brasileira. Ou seja, as mesmas razões que impediam o deferimento de sua extradição nesse tocante também o isentavam de responder em território nacional pelos atos por si cometidos enquanto chefe de campos de concentração.

Atualmente, sustenta Nasser (2005) que o genocídio e os atos qualificado como crimes contra a humanidade são considerados normas internacionais de *jus cogens* e que, por isso, todos os Estados possuem a obrigação de punir tal prática, independentemente de terem previsto a respectiva modalidade criminosa em suas ordens internas. Apesar de tal pensamento ter apoio inicial nos julgamentos realizados em Nuremberg, não se pode exigir da formação do Supremo Tribunal Federal de 1967 que o levasse em consideração numa fase históricaque tipicamente privilegiava a imperatividade das ordens jurídicas internas baseadas na metáfora piramidal kelseniana. Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, muito tempo foi necessário para a consolidação das estruturas internacionais penais obrigatórias, as quais ainda se encontram em fase de amadurecimento com o Tribunal Penal Internacional em Haia. Querer que a corte levasse em consideração tal premissa consiste em anacronismo.

Provavelmente levando em consideração o peso político da situação lhe apresentada, o Supremo Tribunal Federal construiu uma saída lógico-argumentativa para o caso concreto de modo a autorizar a extradição de Franz Stangl. Segundo o voto do ministro relator, embora apenas na década de 1950 o Brasil houvesse tipificado em seu ordenamento jurídico a prática do genocídio, ela se compõe de inúmeros atos constitutivos prévios consistentesem ações delituosas, se consideradas individualmente. Para a corte, o acerto internacional realizado em torno da prática genocida se deve às grandes proporções que ela tomou no cenário da Segunda Guerra Mundial, mas, atomicamente falando, cada ação praticada pelo extraditando e demais líderes de campos de concentração consistiu num homicídio qualificado[24], o que daria ensejo

23 Art. 5º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: [...] II - os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro. § 1º Nos casos do n. I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. [...]

24 "O crimes imputados ao extraditando estão hoje qualificados como genocídio, em Convenção que foi ratificada, entre outros, pelo Brasil e pela Polônia, e ambos esses países promulgaram leis a respeito (Dec. pol. de 13.8.44; lei bras. nº 2.889, de 1.10.56). Esta circunstância, entretanto, não permite contrapor-se o princípio da irretroatividade ao exame dos presentes pedidos de extradição, pois na tipificação do crime de genocídio estão compreendidas outras figuras delituosas - especialmente o homicídio - que já se encontravam nos códigos de todos os povos civilizados. A conceituação nova, na categoria de violação do direito penal internacional, resulta da gravidade sem par desses crimes, que ofendem a própria humanidade, e são cometidos em massa, frequentemente por inspiração e com o auxílio da máquina governamental, já tendo sido por isso denominado 'crimes de Estado' (Fister N. Drost, The Crime of State, 2 vols., Leyden, 1959). Além de suas alarmantes consequências, a gravidade do genocídio é acentuada pela especial intenção com que é cometido: a intenção de eliminar, 'no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal' (Conv. sobre o Genocídio, art. II, Stefan Glazer, 'Culpabilité en Droit International Pénal', Récuel des Cours, 1960, I, p. 504). Mas, se essa maior gravidade do novo tipo delituoso pode ser lembrada para não se aplicarem retroativamente a Convenção de 1948 e as leis que dispõem no mesmo sentido, de modo nenhum esse argumento serviria para excluir a criminalidade dos atos que, integrantes do genocídio, já estavam capitulados na lei do tempo em que foram praticados. A extradição de Stangl é pedida com fundamento e homicídio qualificado, que sempre esteve definido na nossa como na legislação dos Estados requerentes. [...] Quer sejam os crimes de Sobibór, Treblinka e Hartheim conceituados como genocídio, ou simplesmente como homicídio qualificado, os pedidos de extradição de Stangl poderão ser julgados pelo Tribunal sem qualquer desvio do princípio nullum crime sine lege." (BRASIL, 1967a)

ao pedido dos governos estrangeiros, uma vez que esta última modalidade delitiva encontrava amparo no Código Penal brasileiro[25].

Embora seja compreensível a argumentação construída pelo ministro relatordado o contexto político enfrentado pelo STF neste caso, entende-se queela não é imune a críticas. Ao agir desta forma, a corte modificou a tipificação do fato delituoso imputado ao extraditando apenas para justificar o deferimento do pleito extradicional, mas, nesse esforço, dilatou indevidamente a interpretação dos fatos a fim de que eles coubessem na moldura normativa, ainda que para isso a vedação à analogia *in malam partem*, regra consolidada no direito penal brasileiro, tenha sido desprezada.

Embora não se queira aqui comparar a gravidade dos crimes em consideração, é interessante fazer um confrontoentre o entendimento do Supremo Tribunal Federal na extradição dissecada e no julgamento da Apelação Criminal n. 1.573/RS, uma vez que apenas um ano as separou. Nesse último caso, a corte reformou uma decisão inferior a fim de absolver um réu que havia fabricado explosivos a fim de destruir uma indústria farmacêutica. A sua justificativa para tanto era provocar uma insurreição social contra a classe empresarial, a qual estava dificultando o acesso a medicamentos pela população mais pobre com o aumento de preços. O ministro relator aferiu que a ínfima potencialidade nociva dos explosivos portados pelo réu, que explodiram no seu bolso e lhe ensejaram apenas ferimentos leves, não justificavam o enquadramento da sua conduta em modalidade penal alguma[26].

Nessa situação contemporânea, o STF deixou claro que não se admite a interpretação analógica das normas penais em prejuízodo réu. É defeso ao julgador pinçar parcialmente a conduta do acusado a fim de tentar enquadrá-la como comportamento delituoso e justificar uma penalidade[27]. Tal formatação da hermenêutica penal reforça a ideia de que este ramo jurídico funciona como *ultima ratio*. O problema da extradição de Franz Stangl é que esse argumento sequer foi enfrentado. Ao que parece, os ministros "esqueceram" de sua existência.

O fatoé que a extradição foi deferida porque os julgadores qualificaram o comportamento de Stangl tanto como genocídio quantohomicídio qualificado. Ele foi responsável pela morte de centenas de milhares de pessoas, mas o Decreto-Lei n. 394/1938 determinava que o Brasil deveria solicitar o compromisso do Estado estrangeiro de não julgar o extraditando por crime diverso daquele que motivou o pleito

25 Homicídio Simples. Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. Caso de diminuição de pena. § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço. Homicídio Qualificado. § 2º Se o homicídio é cometido: [...] III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum. [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

26 "Não havendo tipicidade, não se podendo enquadrar o fato ao molde penal, a consequência é a absolvição, por mais respeitáveis que sejam os motivos para censurar o procedimento do réu. O princípio da reserva legal não permite a condenação por analogia ou por considerações de conveniência social." (BRASIL, 1967)

27 Não se está sustentando aqui que as extradições apenas podem ser deferidas quando o fato típico tenha o mesmo *nomen iuris* no Brasil e no Estado requerente. Essa sinonímia é irrelevante, bastando que o delito seja descrito como crime em ambos os países. Situação com este perfil já foi analisada pelo Supremo Tribuna Federal por decorrência de pedido feito pela própria Alemanha (BRASIL, 1993).

intergovernamental[28]. Ao não especificar qual crime foi precisamente praticado, essa tomada de compromisso tornou-se letra morta, assim como a de não aplicação da pena perpétua.

O julgamento evidenciou algo deixado claro desde o início desta seção: as críticas realizadas pela literatura em desfavor da exigência da dupla tipicidade punitiva para fins de autorização da extradição e o descrédito ensejado por tal parâmetro à ordem jurídica do Estado requerente. Esse debate continua aberto até hoje. Silva (2014), p. ex., aduz a necessidade de uma reforma legislativa nesse tocante, visto que tal diretriz não vem adequadamente protegendo os direitos fundamentais do extraditando (i), fragiliza, por parte do Estado brasileiro, a cooperação jurídica penal internacional (ii) e prejudica o acesso à justiça por parte das vítimas (iii).

A autora elenca que esse passo (extinção do condicionamento da extradição à dupla incriminação estatal) já foi dado na União Europeia para alguns crimes, mas ainda precisa ser aperfeiçoado e se alastrar pelo restante do mundo. No Brasil, vigora ainda a concepção centrada no Estado que desprestigia a cooperação penal internacional.

3. A RELEVÂNCIA DO ARGUMENTO DA OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA

O papel incumbido ao Supremo Tribunal Federal na análise de pleitos extradicionais não variou desde a época do julgamento analisado até então. A sua atribuição consistia em fazer a análise jurídica dos pressupostos indispensáveis ao (in)deferimento do pedido. A maioria destes condicionantes dizia respeito a critérios formais, tais como: dupla tipificação punitiva, imprescritibilidade do crime, identidade do extraditando etc.

No aspecto menos formal, cabia principalmente à corte verificar o caráter da infração para averiguar se o pleito não era motivado por acusação do cometimento de crime puramente militar, contra a religião, político ou de opinião, os quais não ensejavam o deferimento extradicional[29].As defesas opostas pelos advogados das partes deveriam tentar comprovar alguns dentre tais impeditivos.

A parte final do art. 10 do Decreto-Lei n. 394/1938[30], no entanto, concedia a possibilidade de a defesa do extraditando arguir matéria concernente à possível ilegalidade da extradição. Dada a vagueza de tal dispositivo, era de se esperar que os réus

28 Art. 12. A entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assuma os compromissos seguintes: a) não ser detido o extraditado em prisão nem julgado por infração diferente da que haja motivado a extradição e cometida antes desta, salvo se livre e expressamente consentir em ser julgado ou, se permanecer em liberdade, no território desse Estado, um mês depois de julgado e absolvido por aquela infração, ou de cumprida a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido importa; [...]

29 Decreto-Lei n. 394/1938. Art. 2º. Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos:VII– Quando a infração for: [...] a) puramente militar; b) contra a religião; c) crime político ou de opinião. [...]§ 3º Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração.

30 Art. 10. Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo, bem como sobre o caráter da infração, na forma do art. 2º § 3º. Efetuada a detenção do extraditando, serão todos os documentos referentes ao pedido enviado àquele Tribunal, de cuja decisão não caberá recurso. A defesa do extraditando só poderá consistir em não ser a pessoa reclamada, nos defeitos de forma de documentos apresentados, e na ilegalidade da extradição.

em procedimentos desta natureza invocassem argumentos defensivos de mérito com relação aos processos que estariam respondendo (ou houvessem sido condenados) no exterior a fim de tentar convencer a corte da impossibilidade do deferimento do pleito governamental alienígena. Essa possibilidade de apreciação meritóriaquanto ao cometimento de ato delitivo no exterior por parte do Supremo Tribunal Federal era endossada pela literatura da época[31].

Apesar das opiniões em contrário, discorda-se da possibilidade de o STF apreciar a autoria e a materialidade da ação criminosa dita cometida no exterior antes de autorizar a extradição formulada pelo Estado requerente. Esta atribuição apenas pode ser realizada pelo Poder Judiciário responsável pela persecução penal do extraditando, oportunidade em que este último, na condição de réu, poderá opor-se às acusações lhe imputadas e formular provas na conformidade do devido processo legal. Ao tentar fazer um juízo prévio nesse sentido, estaria a corte brasileira se imiscuindo em tarefa jurisdicional sobre fato ocorrido em outro país (i) e tendo como acusado um estrangeiro (ii), razões que a impedem de assim proceder. Concorda-se com a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal avaliar a legalidade em abstrato da imputação delitiva, mas não a inocência ou a culpabilidade do indivíduo (MELLO, 1992).[32]

A defesa de Franz Stangl, ante esse contexto, não se furtou de alegar a inviabilidade do deferimento extradicional com base na licitude do seu comportamento no comando dos campos de concentração. Disse o seu advogado que incidia no caso a excludente de ilegalidade baseada no obedecimento às ordens hierárquicas, haja vista as ações do acusado terem ocorrido dentro de um contexto legal e administrativo vertical no qual ele não poderia se furtar à aquiescência, sob pena de responsabilidades administrativa e criminal.

Não é segredo que esse foi o mesmo argumento utilizado anos atrás por Adolf Eichmann em seu julgamento na Corte Distrital de Jerusalém. Tido como o maior responsável pelo extermínio de judeus em campos de concentração, Eichmann foi levado da Argentina para Israel a fim de ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos durante a Segunda Guerra Mundial. A sua defesa baseada na excludente de ilicitude não prosperou.

Tomando como base os raciocínios condenatórios utilizados em Nuremberg, os magistrados da Corte Distrital sustentaram: i) a inviabilidade da defesa baseada na

31 "Sendo a extradição um ato de soberania, seu pedido é feito de governo a governo e, consequentemente, por via diplomática. Encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores, deve ser, posteriormente, devidamente examinado para ser concedido ou denegado. Assim são três os sistemas, de acordo com as respectivas legislações nacionais: o administrativo, o judiciário e o misto. No Brasil, em face da Lei 2.416 e do Dec.-lei n.º 394, de 28.4.1938, seguimos o sistema judiciário. Encaminhado o pedido de extradição do Ministério das Relações Exteriores ao da Justiça, que atua no sentido da detenção do extraditando e respectiva apresentação ao Supremo Tribunal Federal, cabe a este examinar não somente quanto à regularidade do pedido, mas entrando no mérito, ou seja, julgando da inocência ou da culpabilidade do extraditando. Neste ponto, o sistema brasileiro, aproximando-se do suíço e se afastando do inglês (onde o tribunal não entra no mérito do pedido, examinando apenas sua legalidade e regularidade), mostra que o Poder Judiciário, verificando questões de procedência e legalidade, deixa ao Executivo tão-somente a oportunidade da concessão ou denegação da extradição, conforme o art. 83, VII, da Constituição Federal vigente e 81, IX, da Emenda n.º 1, de 17.10.69." (LITRENTO, 1979, pp. 441-442)

32 Apesar de ter escrito a obra à luz de novas Constituição Federal e legislação extradicional, salienta-se que estas não modificaram em nada a textualidade sobre o processamento e a divisão de competências do pleito extradicional, o que torna relevante o pensamento de tal autor.

obediência hierárquica quando o ato direcionado à autoridade subordinada for manifestamente ilegal, consoante a normatização de regência; e ii) a própria rejeição da escusa penal fundada em obediência hierárquica, segundo o direito das nações civilizadas. Além disso, os julgadores acentuaram que o réu manifestou comportamento indiferente aos relatos das atrocidades cometidas sob a sua supervisão nos campos de concentração, o que realçou a monstruosidade dos seus atos.

No tocante ao julgamento de Eichmann, é interessante perceber, como relatado por Hannah Arendt (1999),a sua invocação inicial do imperativo categórico de Kant a fim de basear as decisões por si praticadasno correr da vida. Quando provocado pelos magistrados da Corte Distrital de Jerusalém acerca da compatibilidade do juízo moral legislativo universal kantiano com as ações tomadas nos campos de extermínio para com os judeus, o primeiro voltou atrás e confessou que, ao ser encarregado de realizar a "solução final", deixou de viver sob o princípio do imperativo categórico, uma vez que não era mais "senhor dos seus próprios atos". A partir de então, para Eichmann, agir segundo o imperativo moral consistia apenas em satisfazer a vontade do Führer.

No Supremo Tribunal Federal, construção argumentativa similar à utilizada em Israel foi utilizada pelos ministros para justificar a possibilidade extradicional. Se imiscuindo (anda que timidamente) no mérito da autoria/materialidade dos fatos ditos cometidos por Stangl, os ministros da corte consideraram insubsistente a defesa baseada em obediência hierárquica como causa suficiente ao indeferimento do pedido feito pelos governos estrangeiros[33].

Segundo o voto-condutor do Min. Victor Nunes Leal, a aplicabilidade irrestrita da excludente de ilicitude da obediência hierárquica tornaria absoluta a impunidade de criminosos cruéis, o que não se coaduna com o Estado de Direito. Além disso, possivelmente buscando inspiração no *Eichmann Case*, pontuou ele que tal linha de defesa

33 "A justificativa do cumprimento de ordem superior igualmente não levaria, só por si, à recusa dos pedidos sob julgamento. Sua aplicação, em termos irrestritos, aos chamados crimes de Estado, resultaria em completa impunidade para criminosos cruéis. Nosso Código Penal, como de regra os outros códigos, restringe o alcance dessa excusativa, porque não elimina a culpabilidade nos casos de cumprimento de ordem 'manifestamente' ilegal (art. 18). E não se comprovou ainda que a ordem de matar prisioneiros, inocentes ou não, e enfermos hospitalizados, ou de exterminar judeus em massa, mediante processos de horrenda eficiência, tivesse sido autorizada por lei do Estado nazista. Na extradição de Bohne, julgada pela Suprema Corte argentina, foram mencionadas instruções secretas de Hitler, de 1-9-39, quanto aos enfermos mentais (La Ley, cit.). Quanto ao extermínio em massa de judeus, o ato mais qualificado, que se indicou no caso Eichmann, julgado em Israel, foi uma reunião de líderes nazistas, realizada em Gross Wannsee, subúrbio de Berlim, em 20-1-42 (Comer Clarke, Eichmann, Rio, 1961, p. 132; Lord Russel of Liverpool, The Trial of Adolf Eichmann, Londres, 1963, pp. 52-54, 201-203). Dela, entretanto, não resultou um texto jurídico normativo, tendo-se usado o eufemismo 'solução final' do problema judeu, para ocultar a premeditação criminosa. O próprio Eichmann procurou explicar essa fórmula como sendo a procura de um lar para os judeus em Madagascar, como se lê no resumo do D. Lasak ('The Eichmann Trial', The International an Comparative Law Quarterly, 1926, v. II, p. 362). Observou esse comentarista: '[...] a despeito da legislação nazista, [...], que efetivamente negava personalidade jurídica aos judeus e a outros, parece não ter havido normas de direito positivo (positive enactement) autorizando as exterminações [...]. Qualquer que fosse a posição da lei nos dias de Hitler, as atividades nazistas neste campo nada mais eram do que atos arbitrários e ilegais (nothing but arbitrary, illegal acts), tolerados pela Justiça alemã [...]' (ob. cit., p. 362). Admitindo-se, com a melhor doutrina, que o conhecimento da ilegalidade do ato, ou a possibilidade desse conhecimento, é essencial para a integração do elemento subjetivo do crime, ele deve ser presumido em certos casos (Glaser, ob. cit., p. 492, 519 ss.). E Stangl era um graduado servidor da polícia judiciário, que, em razão do cargo, não deveria desconhecer a legislação da Alemanha sobre homicídio. Por outro lado, as providências tomadas pelos alemães, para manter as vítimas inscientes do seu destino e para eliminar os vestígios materiais da carnificina, é presunção mais forte ainda de que os dirigentes e executores dessa política não ignoravam a criminalidade do seu procedimento." (BRASIL, 1967a).

não pode prosperar quando a ordem hierárquica é "manifestamente ilegal"; no caso, até aquele momento, não havia sido encontrado qualquer registro legal de autorização do Estado nazista para a matança de prisioneiros, enfermos hospitalizados ou judeus em massa. A "solução final" nunca foi comprovada por meio de documento legal. Por último, pontuou o decisório que, dado o alto posto administrativo titularizado pelo extraditando, tinha ele conhecimento acerca da ilicitude dos homicídios por si praticados, o que era apenas reforçado pelo esforço dos dirigentes da política nazista em tentar eliminar os vestígios materiais dos seus atos.

Após lançar tantas considerações, o relator pontuou que não podia acolher a tese defensiva da obediência hierárquica para fins de impedimento extradicional. Ressalvou ele, no entanto, que tal alegativa poderia ser apresentada e consequentemente apreciada no(s) juízo(s) persecutório(s) penal(is) competente(s) a ser(em) exercido(s) no(s) Estado(s)requerente(s).

Neste último ponto decisório, considera-se que a atuação do Supremo Tribunal Federal foi consentânea com as diretrizes que regiam o direito extradicional brasileiro em 1967. A apreciação da legalidade do pedido dos governos estrangeiros só poderia ser feita em tese. A persecução da autoria e da materialidade delitivas, em que pese autorizadaopinião em contrário, foge ao controle da corte brasileira, uma vez que ela não é o juiz natural da ação penal. Ao rebater o argumento defensório de obediência hierárquica, o STF não deixou de lançar considerações acerca de sua inaplicabilidade no caso concreto, inclusive demonstrando que conhecia a experiência estrangeira sobre o assunto, mas deixou claro que não é o seu papel analisar a culpabilidade do agente.

CONCLUSÃO

Não há dúvidas de que o julgamento da extradição de Franz Stangl é episódioem que, para além do plano técnico-jurídico, a atuação da corte traria consequências políticas. Sendo um país que apoiou os aliados na Segunda Guerra Mundial, esperava-se do Brasil uma postura colaborativa no tocante à persecução penal do responsável pela administração do segundo maior campo de extermínio de judeus. Apesar disso, a tecnicidade argumentativa de um tribunal de cúpula não escapa de uma análise crítica, especialmente quando está em jogo o respeito aos direitos fundamentais estampados no texto constitucional e nas disposições legais que o concretizam.

Dentre os três pontos decisórios destacados, foi constatado certo esforço argumentativo da corte para fins de autorizar a extradição solicitada pelos governos estrangeiros. No que diz respeito ao impeditivo constitucional de não aplicação de pena perpétua, considera-se contraditório o resultado do julgamento. Se queria garantir a força normativa da Constituição Federal de 1967, o STF não poderia ter deferido a solicitação dos Estados que ainda admitiam tal penalidade em suas ordens domésticas, visto que, após entregue o extraditando, fugia do Brasil a possibilidade de controle da medida lhe atribuída no estrangeiro. Tanto é que, após feita a extradição, Stangl foi condenado à prisão perpétua, o que desrespeitou o teor do julgamento analisado. A alternativa seria o deferimento da extradição sem que fosse determinada pela corte brasileira a necessidade de tomada desse compromisso, haja vista a sua dispensabilidade, nos termos do Decreto-Lei n. 394/1938.

Com relação à dupla tipificação criminal da conduta praticada pelo extraditando, enxerga-se outro óbice ao deferimento do pleito extradicional. É que os Estados alienígenas motivaram o seu pedido com base na prática de genocídio. O problema é que o Brasil tipificou tal modalidade criminosa somente na década de 1950. Para justificar a extradição, a corte fez uma analogia *in malam partem*para considerar que os atos preparatórios do genocídio constituíram, cada um individualmente, homicídios qualificados, ato típico no Brasil conforme a redação original do Decreto-Lei n. 2.848/1940. Considera-se essa dupla exigência punitiva requisito que menospreza a legislação penal do Estado requerente e fragiliza a cooperação penal internacional por parte do Brasil.

Já no que tange ao argumento defensório levantado por Stangl com relação ao seu dever de obediência hierárquica, entende-se que agiu adequadamente o Supremo Tribunal Federal. Ao não se imiscuir na autoria e materialidade dos atos delitivos imputados ao extraditando e apenas apreciar a legalidade em abstrato da conduta, a corte agiu dentro dos parâmetros lhe indicados pela normatização infraconstitucional. Esta tarefa de persecução penal propriamente dita é do(s) ramo(s) judiciário(s) do(s) Estado(s) requerente(s). Além disso, demonstrando cultura jurídica afinada com as práticas estrangeiras/internacionais, o STF mostrou ter conhecimento de que tal argumentação defensiva foi desconsiderada no julgamento de Adolf Eichmann em Israel.

Apesar das inconsistências apontadas no julgamento da extradição de Franz Stangl, não se está sustentando que ele deveria passar impune com relação aos atos por si praticados durante a Segunda Guerra Mundial. Assim como todos os demais responsáveis pelo funcionamento da máquina de extermínio nazista, era imperativo o seu julgamento e punição. A reflexão jurídico-historiográfica acimadeve ser compreendida como uma contribuição ao Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à sua prática resolutória de pedidos de extradição, bem como no sentido de evidenciar quais os impactos que tal julgamento trouxe para processos da mesma natureza lhe apresentados em momento posterior.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público.** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 1964.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana.** Tradução Roberto Raposo; revisão técnica e apresentação Adriano Correia. – 12. ed. rev. – Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

____. **Eichmann em Jerusalém.**Tradução José Rubens Siqueira. – São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

____. **Origens do Totalitarismo.** Tradução Roberto Raposo. – São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

AUSCHWITZ: The Nazis and the "Final Solution". Produção de Mary Mazur. Dirigido por Laurence Rees e Catherine Tatge. Reino Unido: BBC One, 2005. 2 DVDs.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 28 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto n. 30.822, de 06 de maio de 1952.**Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 jun. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 31 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 394, de 28 de abril de 1938.** Regula a extradição. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0394.htm>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.** Institui a Lei de Migração. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. **Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956.** Define e pune o crime de genocídio. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 30 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Criminal 1573/RS,** Rel. Min. Evandro Lins, Tribunal Pleno, julgado em 10/08/1966, DJU de 01/03/1967 (1967).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição 555,** Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/1992, DJU de 12/02/1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradições 272, 273 e 274,** Rel. Min. Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJU de 20/12/1967 (1967a).

FOLHA DE SÃO PAULO. **Além de mafiosos, Brasil já extraditou de traficante a cantora mexicana.**Cotidiano, 27/05/2015, 15h16, São Paulo. Disponível em <http://www1.

folha.uol.com.br/asmais/2015/05/1634347-alem-de-mafiosos-brasil-ja-extraditou-de-traficante-a-cantora-mexicana.shtml>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ISRAEL. Corte Distrital de Jerusalém. **Caso Criminal n. 40/61 (Caso Eichmann).** Julgado em 11/12/1961. Disponível em <http://www.asser.nl/upload/documents/DomCLIC/Docs/NLP/Israel/Eichmann_Judgement_11-12-1961.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. – São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LITRENTO, Oliveiros. **Manual de Direito Internacional Público.** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MALUF, Sahid. **Direito Constitucional.** – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Sugestões Literárias, 1968.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público.** Pref. de M. Franchini Netto. – 9. ed. rev. e aum. – Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1992.

NASSER, Salem Hikmat. Jus Cogens – Ainda Esse Desconhecido. **Revista Direito GV,** v. 01, n. 02, jun.-dez. 2005, pp. 161-178.

NEVES, Edson Sacramento Tiny das. **O novo paradigma de direitos humanos em matéria de extradição no Supremo Tribunal Federal:** um estudo de caso. – Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia (UFBA). – Salvador, 2011.

PEDERNEIRAS, Raul. **Direito Internacional Compendiado.** – 13. ed. rev. e aum. por Oscar Tenório. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Aspectos da Extradição no Direito Internacional Público.** – Rio de Janeiro: José Konfino, 1960.

SILVA, Anamara Osório. **Dupla Incriminação no Direito Internacional Contemporâneo:** análise sob a perspectiva do processo de extradição. – Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo (USP). – São Paulo, 2014.

UPI-JB. Ex-agente da Gestapo denunciou Stangl por 7 mil dólares. **Jornal do Brasil,** Rio de Janeiro, 1º caderno, p. 11, 03 mar. 1967.

RECEBIDO EM: 05/03/2018
APROVADO EM: 30/04/2018

OS SISTEMAS TRIBUTÁRIOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO SOB A ÓTICA DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E DA TRIBUTAÇÃO JUSTA

THE NORTH AMERICAN AND BRAZILIAN TAX SYSTEMS FROM THE PERSPECTIVE OF TAX JUSTICE AND FAIR TAXATION

Carlos Eduardo Gonçalves De Godoi[1]

Elizabete Rosa de Mello[2]

RESUMO: A justiça tributária e a tributação justa representam importantes inovações conceituais no campo do Direito Tributário, os quais permitem um exame mais criterioso e produtivo acerca dos mecanismos e diretrizes adotados pelos sistemas fiscais. Este artigo exerce uma análise comparativa dos sistemas tributários norte-americano e brasileiro, conduzida pelos contributos dos conceitos ora mencionados, sobre os seus principais eixos, com o objetivo de realçar seus avanços e retrocessos e servir como um *insight* para a construção de ações políticas e judiciais mais justas.

Palavras-chave: Inovações conceituais. Justiça tributária. Sistemas tributários. Tributação justa.

ABSTRACT: The tax justice and fair taxation are important conceptual innovations in tax law field, which allow a more insightful and productive examination about the mechanisms and guidelines adopted by tax systems This paper has a comparative analysis of North American and Brazilian tax systems, driven by the contributions of the concepts mentioned herein on its main axes, in order to highlight its advances and setbacks and also serve as an insight into the constriction of political and judicial actions fairer.

Key-words: Conceptual innovations. Tax justice. Tax systems. Fair taxation.

1 Mestrado em andamento em Estratégias Anticorrupción y Políticas de Integridad pela Universidad de Salamanca, Especialista em Gestão de Negócios pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharel em Administração pelo Instituto Metodista Granbery e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. carlosgodoi@me.com.

2 Doutora em Direito pela Universidade Gama Filho, Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Especialista em Direito Público e Direito Privado pela mesma Universidade e Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Graduada pela Universidade Estadual Paulista(UNESP). Atualmente é Professora das Disciplinas de Direito Tributário e Direito Administrativo II da Universidade Federal de Juiz de Fora(UFJF). Foi Advogada, Professora de Direito Financeiro e Tributário, Coordenadora Nacional dos Cursos de Pós-Graduação Lato sensu em Direito. Coordenadora de Pesquisa do Centro II - Acadepol, Professora Coordenadora do Curso de Pós-Graduação de Direito Público, Coordenadora das Disciplinas de Direito Financeiro e Tributário, todos na Universidade Estácio de Sá, Professora das Disciplinas de Legislação Tributário e Direito Tributário da Universidade Federal do Rio de Janeiro(UFRJ) e Assessora de Órgão Julgador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Métodos e Técnicas de Ensino e na área Jurídica, com consultoria jurídico-tributária e empresarial. Sócia fundadora do Instituto de Direito Tributário e Finanças Públicas de Juiz de Fora e Região.elizabeterosademello@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Ao longo da história, os países adotaram diferentes formas de Estado e governo, no entanto, suas funções precípuas permaneceram intactas, pois mesmo diante de suas diferentes acepções, do Estado Mínimo ao Estado Neoliberal, estes guardaram em comum o abrigo e emprego dos tributos como meio para sua consecução.

Os tributos constituem-se como principal fonte de custeio das atividades do Estado, sejam estas relacionadas apenas à paz e segurança ou destinadas à promoção social e organização econômica. Diante de seu caráter impositivo e necessário, sempre se discutiu na doutrina a respeito da justiça em sua arrecadação e aplicação na sociedade, diante da diversidade de instrumentos e mecanismos possíveis que possam ser utilizados pelos Estados. A justiça pode ser examinada sob dois diferentes prismas, quais sejam a justiça tributária e a tributação justa, cujo critério norteador repousa sobre os diferentes atores investidos na condução dos instrumentos e mecanismos disponíveis no sistema tributário. Enquanto o primeiro direciona-se ao exame da realização da justiça pelo Poder Judiciário no caso concreto, o segundo encarrega-se de analisar a justiça em relação à aplicação das técnicas e mecanismos de arrecadação por parte do Poder Executivo.

O presente artigo visa projetar uma investigação comparada dos sistemas tributários norte-americano e brasileiro pautada na justiça tributária e na tributação justa com o fito de permitir uma percepção mais próspera e científica, adotando-se uma metodologia desenvolvida a partir das contribuições teóricas presentes em obras bibliográficas clássicas e contemporâneas, num processo multidisciplinar de discussão que visa compor um arcabouço argumentativo organizado de forma sistêmica para a defesa da tese principal.

Traça-se como roteiro da pesquisa, no primeiro momento, o exame do sistema tributário norte-americano, e, por conseguinte, do sistema tributário brasileiro, tendo como principais aspectos o sistema jurídico, a carga tributária e o uso da extrafiscalidade, mais especificamente da tributação verde. Por fim, tem-se uma análise comparada destes sistemas tributários à luz dos conceitos da justiça tributária e da tributação justa, eximindo-se de qualquer parecer político-partidário.

Busca-se, por meio deste caminho lógico, responder as seguintes indagações: É possível afirmar qual sistema tributário seja mais justo? Em que aspectos se encontra a justiça tributária e a tributação justa em cada um dos sistemas tributários? Qual a relação dos impostos extrafiscais com a noção de justiça tributária e de tributação justa?

1. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NORTE-AMERICANO

Os Estados Unidos são a maior potência econômica e política mundial, com extensão territorial de 9.372.610 km², com população de aproximadamente 320 milhões de habitantes, com PIB de US$ 17,55 trilhões, e grande produtor mundial de carvão, petróleo, milho e algodão, além de diversos outros minerais, agropecuários e manufaturados (EUA, 2015).

Faz-se mister tecer breves considerações acerca do sistema jurídico e do modelo político adotado pelo país em comento. Fruto da herança britânica, o sistema

jurídico vigente é o *Common law*, que, sob uma perspectiva histórica, trata-se do tradicional direito consuetudinário, construído a partir de usos e costumes, em evidente contraposição ao modelo positivista do *Civil law*, adotado no Brasil (ANCEL, 1980).

No sistema jurídico baseado no *Common law*, os princípios e normas não se concentram nos atos normativos emanados do Poder Legislativo, pois as decisões proferidas pelo Poder Judiciário também são dotadas de efeitos de precedente e vinculação, segundo a concepção *stare decisis*, e conformam todo o sistema tributário.

O sistema federativo de Estado, por sua vez, também tem sua natureza refletida no sistema tributário norte-americano no que tange à especialização tributária por nível de governo, em consequência de um contínuo processo de elaboração e reelaboração de normas e princípios, tanto pelo Poder Legislativo quanto pelo Poder Executivo (LEGEMANN; BORDIN, 1995).

Há que se notar a peculiaridade do federalismo estadunidense que, diferentemente do modo como implementado no Brasil, rege-se segundo o chamado federalismo dual, o qual constitui-se de um governo central e do governo dos Estados-membros, sendo que o primeiro está submetido aos limites impostos pela Constituição Federal de modo que não se torne uma ameaça aos poderes dos Estados-membros, os quais também gozam de ampla autonomia, tendo seus próprios Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (JARDIM, 1984).

Como bem infere Barbosa et. al (1998, p. 20):

> O poder de tributar é especificado de forma independente para os governos federal e estadual. Os Estados podem implementar uma diversidade de impostos, com liberdade de instituição de base e alíquota, desde que não haja conflito com algumas provisões constitucionais. Os poderes de tributar dos governos locais, municípios e condados, estão vinculados ao Estados. Uma característica importante no sistema tributário americano é que mais de uma esfera de governo pode utilizar a mesma base de tributação como, por exemplo, ocorre em relação ao imposto de renda.

Importa destacar que a Constituição dos Estados Unidos confere ao Governo Federal os poderes basilares de tributação que são transmitidos na lógica do poder residual para os Estados-membros, que por sua vez, concedem poderes fiscais aos governos locais, visto que, ao contrário do Brasil, os Municípios não se constituem como membros da Federação, e, portanto, não possuem soberania própria (EUA, 1787).

1.1 CARGA TRIBUTÁRIA NORTE-AMERICANA

Importante tecer breves análises sobre da carga tributária dos Estados Unidos para melhor compreensão de seu sistema tributário e posterior comparação com o sistema tributário brasileiro, em razão de constituir-se como um reflexo das políticas públicas nacionais e um retrato da dinâmica tributária vigente no país.

Excetuando-se o período compreendido entre os anos em que ocorreram as duas grandes guerras mundiais, a carga tributária norte americana atingiu 6% nas primeiras duas décadas do século XX, sofrendo majorações progressivas ao longo dos anos até atingir o nível de 30% nos anos 70, tempo em que se estabilizou até a década

de 90. No ano de 2000 cresceu ao nível de 34% e 35%, mas a partir de então sofreu quedas nos índices até atingir 24,30% (AMARAL et al, 2014).

Aludido cenário demonstra que os Estados Unidos apresentam carga tributária que decresceu ao longo dos anos sem necessariamente sacrificar os retornos do governo para a sociedade, no sentido de garantir os direitos fundamentais como a educação e a segurança. Apesar de sua carga tributária permanecer dez pontos percentuais inferior à brasileira, a aplicação de seus tributos em serviços públicos alcançou níveis mais positivos. Outro fator relevante está atrelado à arrecadação mais justa pelo fato de que o sistema de arrecadação estadunidense se encontra concentrado mais no patrimônio e na renda do que no consumo. Isto impacta no sentido de que os contribuintes pagam os tributos de acordo com o tamanho do patrimônio e da renda auferida, ou seja, a alíquota do tributo varia de modo a suprimir as desigualdades econômicas.

A composição tributária norte americana até a I Guerra Mundial consistia da preponderância dos impostos indiretos com tarifas aduaneiras e dos impostos seletivos sobre a produção nacional. No ano de 1913, os Estados Unidos introduziram o Imposto sobre a Renda, que, ao longo dos anos, se tornou a principal fonte de custeio da máquina pública, passando de "um imposto aplicado aos ricos em um imposto aplicado à massa da população, pago por quase todos aqueles que auferem rendimentos" (LEGEMANN; BORDIN, 1995, p. 23). No mesmo sentido houve crescimento do Imposto sobre a Folha de Pagamento como outra fonte tributária federal, cuja destinação é a seguridade social, enquanto os demais tributos apresentaram mitigação.

Na esfera estadual, desde a primeira metade do século XX, os impostos incidentes sobre a propriedade sofreram uma drástica redução, cedendo espaço para os impostos sobre as vendas e sobre a renda, com especial atenção para os impostos sobre as vendas a varejo, os quais representam a base do sistema tributário estadual. O sistema tributário dos governos locais, por seu turno, apesar da presença do imposto sobre a renda e sobre as vendas a varejo, depende em maior grau do Imposto sobre a Propriedade.

Ademais, os Estados Unidos apresentam a menor carga tributária comparado a outros vinte e nove países de maior tributação no mundo e o melhor índice de aplicabilidade em serviços públicos, segundo dados do estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação. O ranking é determinado pelo Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade – IRBES – , o qual considera a fórmula "CT ▪ 0,15 + IDH ▪ 0,85", cuja ponderação justifica-se por considerar-se o IDH mais representativo e significante que a carga tributária, independentemente de seu *quantum*, visto que maior carga tributária não resulta necessariamente em melhor qualidade de vida, ao passo que o IDH supõe o crescimento do bem estar da sociedade(AMARAL, 2014).

1.2 TRIBUTAÇÃO VERDE NOS ESTADOS UNIDOS

Segundo dados do *KPMG Green Tax Index*, os Estados Unidos é o país mais ativo na instrumentalização dos impostos para estimular o comportamento sustentável do contribuinte em razão de seu amplo programa de incentivos fiscais para eficiência

energética, renovável e de "construções verdes", contudo, apresenta baixos níveis de desempenho quando se trata de sanções fiscais verdes (KPMG, 2013).

A política fiscal verde norte americana, fortemente pautada em incentivos, pode ser verificada no Arizona, onde permite-se o crédito de 10% no Imposto sobre a Renda relativo ao custo da instalação de equipamento de energia solar em qualquer estabelecimento; em Connecticut, onde há isenção do Imposto sobre Vendas quando da aquisição de sistemas de energia solar, incluindo os equipamentos e serviços destinados à sua instalação (GARRISON, 2012); bem como na Califórnia, onde há isenção de impostos para a indústria de manufaturados que adota um padrão verde de qualidade de produção (QUALITY, 2010); e em Nova Iorque, onde há isenção de impostos sobre a propriedade que utiliza energia alternativa (SOLNIK, 2010). Há ainda, em todo o território estadunidense, a previsão de redução da base de cálculo do Imposto sobre a Renda em razão de conduta ambientalmente responsável.

A acolhida da teoria dos precedentes que aproxima o Poder Judiciário de soluções justas em matéria tributária ao acompanhar as mudanças sociais que os textos dos códigos não seguem com a mesma celeridade e eficácia, somado à carga tributária mais concentrada na renda e na propriedade, bem como a adoção de mecanismos extrafiscais de tributação verde contribuem para o posterior estudo comparado com o modelo brasileiro.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Brasil é o maior país da América Latina e o quinto maior do mundo em extensão territorial, com 8.515.767 km², com população de aproximadamente 201 milhões de habitantes, com PIB de US$2,25 trilhões, e grande produtor mundial de alimentos (IBGE, 2013).

Adota-se em território brasileiro o sistema jurídico *Civil law*, também conhecido como romano-germânico, o qual se baseia no positivismo, sendo a codificação sua fonte primária e a doutrina sua ferramenta de interpretação que constrói a mensagem do legislador para extinguir lacunas e possíveis antinomias da lei (ANCEL, 1980). Os traços do aludido modelo jurídico podem ser claramente identificados no âmbito constitucional, cujo texto prevê competências, limites ao poder de tributar, imunidades e espécies tributárias.

No que concerne ao federalismo, contrário dos Estados Unidos, onde os membros federativos têm ampla liberdade para instituir e criar tributos, o Brasil trilhou o caminho da especialização, dotando cada nível de governo com competência sobre uma base tributária. Barbosa et. al (1998, p. 2) explica esta diferença ao inferir que "(...) existem várias formas de federalismo, de acordo com o arranjo institucional que determina o tipo de relacionamento entre os membros da federação na decisão das políticas conduzidas pelo governo central".

Destarte, a título de exemplo, o governo federal tem atribuição para instituir o Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza, enquanto aos Municípios foi destinado o Imposto sobre Propriedade Territorial Urbana, e aos três níveis de governo foi repartido o imposto sobre o consumo com preponderância dos Estados e do Distrito Federal.

Neste sentido, compreende-se que:

> [...] Todavia, esta distribuição nunca foi capaz de prover recursos para que houvesse um equilíbrio nos orçamentos de cada nível de governo, havendo necessidade da criação de mecanismos de transferências de recursos intergovernamentais, tanto horizontalmente entre os mesmos níveis de governo, tanto verticalmente entre esferas diferentes (BARBOSA et. al, 1998, p. 4).

A Constituição Federal vigente determina em seu artigo 153 a competência da União para instituir e cobrar o Imposto sobre Importação, o Imposto sobre Exportação, o Imposto sobre Rendas e Proventos de Qualquer Natureza de Pessoa Física ou Jurídica (IRPF/IRPJ), o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), Imposto sobre Propriedade Territorial Rural (ITR) e Imposto sobre Grandes Fortunas, o qual ainda está pendente de regulamentação por lei infraconstitucional. Em relação aos impostos de competência estadual, o artigo 155 da Carta Magna dispõe serem o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, imposto sobre bens móveis, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) e Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Já os impostos municipais, previstos no artigo 156 da Lei Maior, incidem sobre a propriedade predial e territorial urbana por meio do IPTU, transmissão intervivos e sobre serviços de qualquer natureza através do ISSQN.

Importante ressaltar que o Brasil possui um regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições para as microempresas – com receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 – e para empresas de pequeno porte – com receita bruta superior a R$ 360.000,00 e igual ou inferior a R$ 3.600.000,00 –, conhecido como Simples Nacional. Por intermédio da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, foi instituído o regime de tratamento diferenciado, favorecido, simplificado e unificado, que desburocratizou a arrecadação que criava grandes dispêndios financeiros e gerava insegurança quanto ao cumprimento das obrigações tributárias, os quais eram suficientes para desestimular a iniciativa privada de pequenos e médios negócios. Assim, com a coordenação dos Entes federados, recolhe-se unificadamente na guia de arrecadação intitulado Documento de Arrecadação Simples (DAS), o imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza da pessoa jurídica (IRPJ), o imposto sobre produtos industrializados (IPI), a contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL), a contribuição para o financiamento da seguridade social (COFINS), a contribuição para o PIS/PASEP, o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) e o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), (ROCHA; DUARTE, 2008).

Além dos impostos expressos taxativamente pela Constituição da República, há uma enorme quantidade de tributos que compõem uma carga tributária de 36,27% como pode-se depreender do estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação que classificou o Brasil como o país que pior retorno os tributos para a população (PORTAL TRIBUTÁRIO, 2015). Com base nos dados divulgados pela Receita Federal, no ano de 2013 a carga tributária da União correspondeu à 35,86% da arrecadação total, a dos Estados e do Distrito Federal atingiram 25,29% e a dos Municípios responderam por 5,79% de toda a receita (EXAME, 2013).

Importa destacar que a Constituição prevê espécies de tributos contidos no artigo 145, qua as estabelece como sendo imposto, taxa e contribuição de melhoria. O imposto é a espécie tributária que incide sobre o patrimônio, renda e consumo, e serve para financiar serviços universais – *uti universi* –, tais como educação e segurança. A taxa, por sua vez, é espécie cobrada em virtude do exercício do poder de polícia pelo Estado e da efetiva ou potencial utilização de serviços públicos específicos e divisíveis, como, por exemplo, a taxa de limpeza pública ou para emissão de determinado documento. E a contribuição de melhoria trata do tributo cuja obrigação tem como fato gerador uma situação de benefício especial decorrente de obra pública auferido pelo contribuinte.

O sistema tributário brasileiro ainda prevê os empréstimos compulsórios, as contribuições parafiscais e a contribuição para custeio de serviço de iluminação pública no artigo 148 e seguintes da Carta Magna. O empréstimo compulsório consiste na tomada coercitiva de dinheiro do contribuinte pelo Estado para resgate em certo prazo, conforme determinações da lei complementar; ao passo que as contribuições parafiscais são tributos arrecadados para custeio de atividades estatais voltadas a atender necessidades de determinados grupos, setores ou categorias que o diploma legal divide em social – ex.: COFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), de intervenção no domínio econômico – ex.: AFRRM (Adicional ao Frete para Renovação da Marinha Mercante) e de interesse de categorias profissionais – ex.: contribuição para o CREA –. No que concerne à Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública, fruto da Emenda Constitucional nº 39, consiste na espécie de tributo que incide sobre a prestação do referido serviço e efetuada pelos Municípios e Distrito Federal no âmbito de seus territórios.

Outra característica do Sistema Tributário Brasileiro é a previsão de imunidades tributárias que se tratam da limitação da ação fiscal do Estado sobre determinados sujeitos em decorrência da preservação de certos valores políticos, religiosos, educacionais, sociais ou éticos. O artigo 150 da Constituição da República prevê um rol taxativo de hipóteses de imunidade relativas à espécie tributária imposto (BALEEIRO, 2008). Estas hipóteses dispõem sobre a imunidade recíproca, na qual é defeso a tributação sobre o patrimônio, renda ou serviços públicos de um ente federativo sobre o outro, assim como é vedado instituir impostos sobre templos religiosos de qualquer culto e sobre o patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos, entidades sindicais, instituições de educação e de assistência social sem fins lucrativos, com a devida ressalva para a exceção da cobrança do ICMS.

Segundo posicionamento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), nas situações envolvendo tributos indiretos, a exemplo do ICMS, o contribuinte de direito, o qual é obrigado a pagar o tributo perante o Estado, é quem ocupa o polo ativo da obrigação tributária e, portanto, é quem pode pleitear a restituição de indébito de tributos; ao passo que as igrejas, templos e entidades sindicais, como contribuintes de fato, que sofrem a repercussão financeira do referido tributo, embora sejam imunes, não possuem qualquer vínculo obrigacional com o sujeito ativo, de modo que não detêm direito a desoneração (BAHIA, 2013).

As jurisprudências do STJ e do TJES vêm se pronunciando no seguinte sentido:

> TRIBUTÁRIO PROCESSUAL CIVILICMS ENERGIA ELÉTRICA ILEGITIMIDADE ATIVA ART. 166 DO CTN AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE ASSUNÇÃO DO

> ENCARGO FINANCEIRO OU AUTORIZAÇÃO DE QUEM O SUPORTOU ERRO MATERIAL, OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE INEXISTÊNCIA. 1. O acórdão embargado assentou que: "In casu, observo que não há a prova da não-repercussão do tributo, nem muito menos a autorização dada por quem a suportou, de maneira que inexiste legitimidade para o recorrente questionar a constitucionalidade da alíquota de ICMS incidente sobre energia elétrica e postular, consequentemente, a declaração do seu direito à compensação". 2. A Segunda Turma bem elucidou a "quaestio iuris", ao assentar que "a caracterização do chamado contribuinte de fato presta-se unicamente para impor uma condição à repetição de indébito pleiteada pelo contribuinte de direito, que repassa o ônus financeiro do tributo cujo fato gerador tenha realizado (art. 166 do CTN), mas não concede legitimidade ad causam para os consumidores ingressarem em juízo com vistas a discutir determinada relação jurídica da qual não façam parte". (REsp983.814/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 4.12.2007, DJ 17.12.2007).
>
> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA COM BASE NO ART. 557 DO CPC. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO STF E STJ NO SENTIDO DA INCIDÊNCIA DE ICMS SOBRE O SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO E FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. IGREJA CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE PROBABILIDADE DA EXISTÊNCIA DO DIREITO MATERIAL. RECURSO IMPROVIDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO SINGULAR. 1. O Agravo Interno somente pode reformar a decisão monocrática do Relator que julgou improcedente a Apelação Cível, com base no art. 557 do CPC, se não houver jurisprudência dominante sobre a questão. 2. O STF e o STJ vêm entendendo em casos semelhantes que a imunidade tributária entre pessoas jurídicas de direito público não alcança o ICMS exigido do Município por concessionárias dos serviços de telefonia e fornecimento de energia elétrica. 3. A imunidade tributária outorga aos templos, visa apenas a que os tributos não impeçam o culto religioso. 4. Recurso desprovido.
>
> (TJ-ES - AGT: 35059004024 ES 35059004024, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 17/01/2006, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/03/2006)

Verifica-se que os tributos indiretos aos templos de qualquer culto, pelos acórdãos acima transcritos, não estão sujeitos à imunidade tributária.

2.1 CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

Assim como nos Estados Unidos, a carga tributária brasileira sofreu alterações ao longo das décadas, contudo, no sentido inverso, pois se verifica que a arrecadação tributária geral sobre a riqueza produzida no país fechou em 22,16% na década de 1980, aumentando para 27,9% na década seguinte, sofrendo progressivas majorações no decorrer dos anos até atingir 35,42% no ano de 2014 (AMARAL, 2014).

A carga tributária do Brasil é composta predominantemente de tributos sobre consumo e com pouca exploração sobre a renda e propriedade, a qual é compreendida como forma mais justa de tributação pelas razões discorridas anteriormente no item que se refere à carga tributária norte-americana. Nesta seara, importa destacar interessante constatação de Paes (2010) de que os países com elevada renda *per capita* tendem a explorar mais a renda como base tributária, ao passo que os países em desenvolvimento emergente tendem a explorar em maior medida o consumo, a exemplo da sistemática tributária adotada pelos países em comento.

Ademais, cabe destacar que, além da baixa exploração da tributação sobre a renda e propriedade pelo Estado brasileiro, seu regime encontra-se distante de um plano mais equânime se o compararmos com o adotado pelos Estados Unidos, a exemplo da tributação sobre a renda. No Brasil, o IRPF admite apenas quatro faixas de tributação, sendo a mínima de 7,5% e a máxima de 27,5%, com baixo proveito sobre a renda de grandes fortunas, apesar de haver previsão do IGF no artigo 153, inciso VII, da Constituição Federal, o qual ainda depende de regulamentação (BRASIL, 2015). Ao passo que o Estado norte-americano adota um sistema progressivo quanto à tributação sobre a renda – *Income Tax* –, havendo maior número de faixas, com menos tributação nas rendas menores e maior carga tributária sobre os níveis mais abastados, variando o percentual das alíquotas conforme os Estados.

No que tange à propriedade, a título de exemplo, o Brasil tributa as transmissões gratuitas decorrentes de falecimento por meio do imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de bens ou direitos (ITCMD), cuja alíquota encontra-se em 4%, comportando isenções em determinadas circunstâncias, mas em valores que, comparados aos previstos na legislação norte-americana, são muito inferiores. Nos Estados Unidos, o *Estate Tax* é tributado progressivamente sobre patrimônios acima de US$5.450.000,00, com alíquota máxima correspondente à 40% e isenção sobre doações realizadas a fundações de filantropia (EUA, 2016). Referido panorama demonstra que enquanto o Brasil tributa da mesma forma pequenos e grandes patrimônios, os Estados Unidos exerce o poder de fisco sobre um restrito número de pessoas adquirentes de grandes fortunas.

A alta carga tributária praticada no Brasil sofre críticas desde os mecanismos e técnicas empregados na sua arrecadação até o retorno dos tributos em benefício da sociedade, tal como pode-se depreender da afirmativa de que:

> [...] A alta carga tributária percebida no Brasil, leva a consequências perversas para àqueles que efetivamente são onerados. Quando trata-se de imposto sobre o consumo, nota-se que, embora regressivo, é aplicado a todos os contribuintes, salvo a incipiente seletividade de produtos de primeira necessidade. Porém, com relação ao Imposto de Renda, verifica-se que, efetivamente, quem arca com o ônus são contribuintes que não possuem mecanismos de planejamento tributário possíveis e até mesmo sofisticados. A alta carga tributária incide quase que unicamente sobre parcela da população que não é quem detém maior fonte de rendimentos, dessa forma pergunta-se quem o Sistema Tributário Brasileiro atende? (ANCEL, 1980, p. 125).

O Brasil apresenta a pior posição quanto ao IRBES entre os trinta países com maior tributação, o que significa que o Estado tem menor reaplicação dos tributos arrecadados em prol da sociedade, ao contrário do que fora verificado no caso norte-americano. Para Araújo; Zouani; Contador (2002), as críticas à carga tributária nacional com fulcro no paralelo com países desenvolvidos como os Estados Unidos apresenta-se demasiadamente simplista por não considerarem a amplitude do modelo de Estado adotado, pois as sociedades de países emergentes como o Brasil optam, em regra, pela presença provedora do Estado que justifica uma fonte de custeio mais elevada, enquanto que os países desenvolvidos, geralmente, decidem por uma menor participação estatal na prestação de garantias sociais e consequente transferência de serviços que seriam públicos para a iniciativa privada, justificando uma carga tributária menor.

Apesar das críticas que constantemente são levantadas a respeito da aplicação dos tributos em serviços públicos diante da carga tributária e do nível de desenvolvimento da população nacional, suscitados em grande parte devido à publicação de pesquisas como o Estudo sobre a Carga Tributária/PIB X IDH, realizado pelo Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, o Brasil apresenta um sistema tributário propício à inserção de mecanismos de extrafiscalidade, a exemplo da tributação verde, que, apesar de caminhar lentamente, apresenta grandes perspectivas como será visualizado a seguir.

2.2TRIBUTAÇÃO VERDE NO BRASIL

A tradicional finalidade de arrecadação fiscal perseguida pelos Estados durante séculos tem dividido espaço nos últimos anos com um modelo de tributação, cujo propósito vai além do meramente arrecadatório, e que a doutrina denominou de extrafiscalidade tributária. Essa técnica consiste no emprego de instrumentos de tributação para obter finalidades não-arrecadatória, ou seja, para estimular ou intimidar determinados comportamentos elencados pelo Estado como dignos de tutela, tendo por norte a realização dos valores constitucionalmente consagrados.

O Brasil ocupa a 18ª posição do *KPMG Green Tax Index* entre os países que utilizam a extrafiscalidade tributária como instrumento indutor do comportamento sustentável por meio da adoção de incentivos e sanções fiscais (KPMG, 2015). O levantamento avaliou a forma pela qual os países com maior economia utilizam seus sistemas fiscais para responder aos desafios ecológicos globais e, em relação ao Brasil, sua baixa posição no ranking justifica-se pela impopularidade da concepção de aumento da famigerada carga tributária praticada no país. Entretanto, já se utiliza no sistema tributário brasileiro o ICMS Ecológico – ICMS-E – que consiste num mecanismo tributário que permite aos Municípios que atendem a determinados requisitos ambientais estabelecidos por lei estadual a gozar de parcelas maiores dos recursos financeiros arrecadados por meio do ICMS (GONÇALVES, 2008).

A instituição deste tributo tem caráter eminentemente extrafiscal, no sentido de que atua como mecanismo de proteção ao meio ambiente, mas comporta críticas quanto à competência estadual para elencar os critérios para sua aferição, visto que não haverá unicidade dos requisitos para proteção do meio ambiente, podendo haver certos Estados que prevejam uma menor proteção em detrimento de outros.

Apesar dos avanços do ICMS-E, a legislação tributária brasileira é precária quando se trata de estímulos para a produção com baixa emissão de poluentes, os quais poderiam ser aplicados, por exemplo, através de alíquotas menores do Imposto de Importação e de Exportação, do IPI e do IRPJ. O Projeto de Lei nº 494/07 tramitou na Câmara dos Deputados e previa incentivos fiscais, tais como a exclusão do IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, para as empresas que investissem em programas de desenvolvimento limpo, mas o referido projeto não seguiu (CÂMARA LEGISLATIVA, 2015).

Ademais, torna-se necessário que o Poder Legislativo insira novos mecanismos de sanção fiscal para coibir condutas que transgridam o fim de proteção do meio ambiente, em conjuntos com as medidas de incentivo, de modo atuar em duas frentes

que aumentem a probabilidade de que o comportamento desejável pelo Estado para proteção do valor constitucional seja efetivamente praticado.

3. ESTUDO COMPARADO SOB O CRIVO DA JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E DA TRIBUTAÇÃO JUSTA

Os sistemas tributários em comento são dotados de semelhanças e divergências em diversos aspectos, entretanto o presente artigo se detém a avaliar o sistema jurídico e a forma de Estado que conformam suas estruturas, bem como seus elementos principais, quais sejam a carga tributária e o progresso da extrafiscalidade, especificamente no que cerne à tributação verde, sob o prisma da justiça tributária e da tributação justa.

Apesar destes termos possuírem aparência sinonímia, apenas assemelham-se de modo superficial, sendo fundamental para a análise que se segue, traçar de forma pontual e exaustiva suas diferenças em termos conceituais.

Elizabete Rosa de Mello introduz na doutrina jurídica um novo paradigma na percepção da justiça em matéria tributária, consistindo em verdadeira inovação, visto que a disciplina jurídica ainda não havia se dedicado em construir um plano teórico que examinasse a justiça sob a perspectiva de atuação do Poder Executivo e do Poder Judiciário de forma conjunta e que estabelecesse sua diferenciação.

Segundo Mello (2014), a justiça tributária cuida de interpretar a justiça sob o viés de como o Poder Judiciário aplica o direito ao caso concreto, enquanto que a tributação justa se destina a percebê-la através de que meio os entes federados aplicam as técnicas e mecanismos de arrecadação, tendo o Poder Executivo como seu principal ator.

A doutrina diverge no que tange ao significado do termo justiça tributária que também é denominada como justiça fiscal. Enquanto uma corrente doutrinária a relaciona com a forma pelo qual são distribuídos os ônus tributários entre os contribuintes, a outra parte da doutrina a concebe como o modo que a receita tributária arrecada é utilizada para benefício dos contribuintes (MELLO, 2014).

A justiça em relação à tributação pode ser encarada sob estas duas perspectivas e seus traços podem ser encontrados sutilmente na doutrina, como, por exemplo, a consideração de Amaro (1997), mais coerente com a noção de justiça tributária, que incumbe ao Poder Judiciário zelar pela aplicação das normas legais para que haja justiça na tributação de modo a garantir sua aplicação correta e atendimento aos direitos fundamentais com a devida entrega de serviços públicos através da receita arrecadada, enquanto que Caldas (2009) defende uma posição mais adepta à ideia de tributação justa ao considerar preponderante o papel do Poder Executivo na aplicação das técnicas de tributação.

Ademais, *data venia* apresentar interessante distinção conceitual que divide a doutrina estritamente em relação à justiça fiscal. A primeira linha doutrinária concebe a justiça fiscal segundo o princípio da capacidade contributiva, ou seja, com o modo pelo qual são distribuídos os ônus tributários aos contribuintes, e o segundo posicionamento associa a justiça fiscal à distribuição de benefícios para a sociedade de maneira equânime com os tributos arrecadados. A Teoria do Maximin de Jon

Rawls aproxima-se do princípio da capacidade contributiva por vislumbrar a justiça tributária na forma equânime de distribuição dos ônus tributários, e a Klaus Tipke interpreta a justiça tributária como justiça social que é entendida como garantia de direitos, assemelhando-se ao princípio da solidariedade (CALDAS, 2009).

Faz-se mister interpor crítica ao emprego da justiça tributária como sinônimo da justiça fiscal, visto que em ambas as posições contemplam a atuação do Poder Executivo na aplicação de mecanismos de tributação, seja na escolha das melhores técnicas de distribuição dos ônus tributários ou na melhor aplicação dos tributos para realização da justiça social e garantia dos direitos fundamentais.

Gouveia (1999) traz interpretação acerca da justiça fiscal aplicada ao sistema tributário como sendo a equitativa distribuição da carga tributária na justa medida imprescindível à prestação dos serviços públicos, respeitada a capacidade contributiva dos contribuintes. A capacidade contributiva é compreendida a partir da limitação do poder arrecadatório do Estado à sua efetiva necessidade financeira, que na mesma medida, deve respeitar o patrimônio e condições financeiras do contribuinte com o justo percentual em relação ao montante da arrecadação a ser rateada.

Neste diapasão, insere-se tanta a questão da justiça tributária, por meio da ação do Poder Judiciário na justa aplicação das normas de direito tributário e dos princípios constitucionais que garantem a distribuição equânime dos ônus tributários, assim como da tributação justa, através da atuação do Poder Executivo, no exercício do poder de tributar, com uma alíquota que seja a necessária para a manutenção da Administração Pública e com a oferta de serviços públicos que garantam os direitos fundamentais da população.

No aspecto da justiça tributária, permite-se avaliar os sistemas tributários norte-americano e brasileiro a partir de suas estruturas jurídicas, o C*ommon law* e o *Civil law*. Os Estados Unidos adotam um sistema jurídico aberto que considera o direito como instrumento de resolução de casos concretos, gerando regras constantemente novas e fundamentadas na razão, afastando-se de uma aplicação estritamente lógica e sistemática. O *Civil law* brasileiro, por seu turno, é um sistema fechado que afasta a atuação ampla do juiz no caso concreto, delimitando-o à um conjunto de preceitos agrupados previamente à um ordenamento jurídico sob a forma de um direito legislativo (ABRUNHOSA, 2009).

Diante das bases do sistema jurídico norte-americano, permite-se inferir sua maior capacidade para alcançar a igualdade, visto que as sentenças se baseiam na teoria dos precedentes, em que os casos futuros iguais ou semelhantes obterão a mesma decisão dos casos preteritamente julgados, assim como permite a economia processual, no sentido de que decisões anteriores sobre fatos semelhantes permitem um julgamento mais célere da matéria, em estreito alinhamento à máxima de Rui Barbosa de que justiça tardia não é justiça. Ante a todos estes aspectos, pode-se afirmar que o sistema norte-americano apresenta mais justiça tributária do que o sistema brasileiro, pois o Poder Judiciário possui um campo de atuação mais amplo e ativo no direcionamento dos casos concretos e na aplicação do direito.

No que tange ao exame da carga tributária, adentra-se no campo da tributação justa, seja numa concepção mais próxima ao princípio da solidariedade ou com relação à capacidade contributiva. A respeito da primeira interpretação, pode-se verificar, com

base nos estudos do Instituto Brasileiro de Planejamento e Tributação, que os Estados Unidos aplicam melhor os tributos arrecadados em prol do bem-estar da sociedade, e no segundo ponto de vista, o mesmo país distribui os ônus tributários de forma mais equânime em razão da adoção de um sistema tributário mais progressivo, ou seja, com menor incidência sobre o consumo e um foco maior sobre os impostos direitos sobre a renda e a propriedade. Assim, constata-se que em matéria de carga tributária, os Estados Unidos possuem uma tributação mais justa que o Brasil, o qual é pior classificado quanto à aplicação dos tributos para a sociedade e adota uma lógica contrária no que cerne à composição da base da carga tributária.

A extrafiscalidade tributária insere-se como importante fator da justiça tributária e da tributação justa, pois constitui-se como um mecanismo de incentivos ou sanções fiscais que manifestadamente privilegiam determinadas práticas, tornando os particulares em colaboradores da concretização dos objetivos eleitos pelo Estado como desejáveis ao desenvolvimento por meio do comportamento ao qual são condicionados (ATALIBA & GONÇALVES, 1991). Em ambos os países em comento há prática da tributação verde como mecanismo de extrafiscalidade para realização do desenvolvimento sustentável, entretanto, sua aplicação no cenário brasileiro acontece de forma incipiente em comparação com os Estados Unidos que o utilizam em ampla medida, demonstrando que o sistema tributário norte-americano, nesta seara, apresenta uma tributação mais justa.

Câmara (2013) afirma que o modelo de Estado adotado pelo Brasil deve continuar influente na sociedade, porém de um modo mais sutil, de forma mais supervisora e normativa do que provedora e interventora, daí a importância da extrafiscalidade no desenvolvimento de um Estado participativo por meio da utilização dos tributos como pouco utilizado na história que é a efetivação dos direitos fundamentais por meio da indução dos agentes privados.

Na lição de Coelho (2013), a prática utilizada pelos governos no sentido de cobrar um tributo ou simplesmente um crédito tributário numa lógica de penalidade é uma postura autofágica que proporciona a destruição de uma sociedade, pois elimina a geração de empregos e estabelece um Estado que recolhe tributos numa postura nociva e incompatível com os movimentos constitucionais contemporâneos. Destarte, há uma linha tênue entre o emprego da função extrafiscal dos tributos e de seu efeito confiscatório, fazendo-se necessário adotar normas tributárias com uma função legal, constitucional e razoável, interpretando a justiça fiscal como um direito fundamental de todo o contribuinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos sistemas tributários norte-americano e brasileiro à luz da justiça tributária e da tributação justa não constitui um processo exaustivo, sendo a presente produção uma chamada à reflexão.

Não é possível propor um prognóstico em termos gerais de qual sistema tributário tenha a maior justiça tributária ou tributação justa em razão das peculiaridades estruturais de cada sistema. No entanto, pode-se engendrar um exame comparado acerca de pontos específicos de um sistema tributário em relação ao outro.

Ademais, *data venia* ressaltar as dificuldades de uma comparação isenta frente as diferenças regionais no aspecto político, jurídico, cultural e econômico-social, como, por exemplo, a consideração sobre a carga tributária entre Brasil e Estados Unidos, pois o primeiro optou por abrigar um modelo de Estado assistencialista, ao passo que o segundo abraçou a concepção de um Estado mais liberal.

Enquanto no Brasil há um sistema público de saúde ofertado de forma gratuita em todo o território nacional, nos Estados Unidos o contribuinte em alguns casos chega a hipotecar seu imóvel residencial para financiar um tratamento médico. Da mesma forma, o Brasil oferece ensino superior gratuito por meio de universidades públicas nas esferas federal e estadual, ao passo que nos Estados Unidos não há oferta de educação superior gratuita por parte do Estado, a qual é vultuosamente onerosa e leva muitas famílias a realizarem economias desde o nascimento dos filhos, até mesmo adquirir empréstimos bancários com garantia real sobre seus imóveis residenciais.

Apesar de os Estados Unidos apresentarem um federalismo aparentemente mais justo em matéria de tributação, assim como um sistema jurídico que comporta melhor a justiça tributária, o modelo brasileiro possibilita um sistema tributário mais justo, como pode-se notar pela existência das súmulas que vinculam as decisões em grau inferior, bem como pelas diferentes espécies e as imunidades tributárias. Contudo, em relação às imunidades tributárias, critica-se a ausência de contrapartida para seu usufruto, no sentido de que poder-se-ia implementar o mecanismo da extrafiscalidade para os sujeitos aptos à imunidade tributária para que realizassem determinada conduta para fazer jus ao benefício.

As disparidades encontradas entre os dois países devem servir de alerta aos operadores dos mecanismos e técnicas tributárias e aos operadores do direito para que recepcionem as experiências bem-sucedidas dos sistemas tributários alienígenas, assim como a academia deve produzir pesquisas e estudos críticos comparados no fito de formar o pensamento e fomentar esforços para alcançar a justiça tanto na arrecadação e distribuição dos tributos, quanto na correção de suas inconsistências.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUNHOSA, Olívia. Estudar a Common Law: uma introdução para a leitura de "Legal Secrets: equality and efficiency in the Common Law".**Revista de Direito dos Monitores da UFF**, Niterói, v. 2, n. 5, pp. 1-9, mai./ago. 2009.

AMARAL, Gilberto Luiz do; OLENIKE, João Eloi; AMARAL, Letícia M Fernandes do. (2014) **Carga tributária/ PIB x IDH**. Curitiba: IBPT.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1997.

ANCEL, Marc. **Utilidades e métodos do direito comparado**. Sergio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980.

ARAÚJO, Luis C G de; ZOUAIN, Deborah M; CONTADOR, Cláudio R. **O sistema tributário brasileiro e suas perspectivas face à iminente reforma tributária**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/3999/RenatoCesar.pdf?sequence=1> Acesso em: 1º jun 2015.

ATALIBA, Geraldo; GONÇALVES, José A L. Crédito-prêmio de IPI: direito adquirido; recebimento em dinheiro.**Revista Direito Tributário**, São Paulo, v. 15, n. 55, pp. 162-179, jan./mar. 1991.

BAHIA, Bruno Gomes. **A imunidade religiosa e seus aspectos tributários**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-imunidade-religiosa-e-seus-aspectos-tributarios,42162.html> Acesso em: 7 mai 2016.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário** *brasileiro*. 11. edição. São Paulo: Forense, 2008.

BARBOSA, Fernando de Holanda; BARBOSA, Ana Luiza N de Holanda; CAVALCANTI, Carlos Eduardo G; SILVA, Carlos Roberto Lavalle da; MOTTA, João Ricardo; ROARELLI, Maria Liz de Medeiros. (1998) **Federalismo, eficiência e equidade:** uma proposta de reforma tributária. Brasília: Fundação Getúlio Vargas.

BRASIL. **IRPF (Imposto sobre a renda das pessoas físicas)**. Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica> Acesso em: 7 mai 2016.

____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 983.814/MG – Minas Gerais. Relator: Ministro Castro Moreira. **JusBrasil**, Jurisprudências, 17 dez 2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3990792/embargos-de-declaracao-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-edcl-no-rms-18864-df-2004-0121562-2> Acesso em: 16 mai. 2016.

____. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Agravo Interno 35059004024/ES – Espírito Santo. Relator: Des. Samuel Meira Brasil Junior. **JusBrasil**, Jurisprudências, 15 mar 2006. Disponível em: <http://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4985828/agravo-interno-arts-557-527-ii-cpc-agv-instrumento-agt-35059004024>. Acesso em: 16 mai. 2016

CALDAS, Diogo O M. Aspectos da justiça tributária. **Perspectiva Sociológica**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, pp. 1-19, mai./out. 2009.

CÂMARA, Sophia Nóbrega. **A extrafiscalidade à luz do sistema constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/23585/a-extrafiscalidade-a-luz-do-sistema-constitucional-brasileiro> Acesso em: 8 jul 2015.

CÂMARA LEGISLATIVA. **Redução de emissões de carbono poderá ter incentivo fiscal**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/111794-REDUCAO-DE-EMISSOES-DE-CARBONO-PODERA-TER-INCENTIVO-FISCAL.html> Acesso em: 13 jun 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA [EUA]. **Data and statistics about the United States**. Disponível em: <https://www.usa.gov/statistcs> Acesso em: 11 jul 2015.

____. (2016) **Estate Tax**. Disponível em: <https://www.irs.gov/Businesses/Small-Businesses-&-Self-Employed/Estate-Tax> Acesso em: 7 mai 2016.

EXAME. **Peso dos tributos chegou a 35,95% do PIB em 2013**. Disponível em: <http://www.exame.abril.com.br/economia/noticias/peso-dos-tributos-chegou-a-35-95-do-pib-em-2013> Acesso em: 12 mai 2015.

GARRISON, Larry R. Going "green": state tax incentives and alternative energy – an update.**Jornal of State Taxation**, Washington D.C., v. 29, n. 4, pp. 15-41, mai./jun. 2012.

GONÇALVES, Régis A F. **A extrafiscalidade e o ICMS Ecológico como instrumentos econômicos de política e preservação ambiental.**Porto Alegre: PUCRS, 2008. 45 f. Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Ciências Jurídicas e Sociais, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

GOUVEIA, Clóvis E de. **Justiça fiscal e tributação indireta**. São Paulo: USP, 1999. 131 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Financeiro, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

IBGE. Brasil em números. **Periódicos IBGE**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, pp. 1-392, 2013.

JARDIM, Torquato Lorena. Aspectos do federalismo norte-americano.**Revista Inf. Legisl.**, Brasília, v. 21, n. 82, pp. 53-82, abr./jun. 1984.

KPMG. **The KPMG Green Tax Index 2013:** an exploration of green tax incentives and penalties. Disponível em: <https://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/green-tax/Documents/kpmg-green-tax-index-2013.pdf> Acesso em: 1º jun 2015.

LEGEMANN, Eugênio; BORDIN, Laís C V. A tributação nos países do Nafta (EUA, México e Canadá).**Revista Fundação de Economia e Estatística**, Porto Alegre, v. 23, n. 2, pp. 306-377, 1995.

MELLO, Elizabete R de. **Direito fundamental a uma tributação justa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014.

PAES, Nelson L. **Carga Tributária Brasileira – uma análise comparativa.** Disponível em: <https://justicafiscal.files.wordpress.com/2010/10/carga-tributaria-brasileira.pdf>. Acesso em: 1º junho 2015.

PORTAL TRIBUTÁRIO. **Tributos por espécie incidentes no Brasil.**Disponível em: <http://www.portaltributario.com.br> Acesso em: 30 mai 2015.

QUALITY. CA creates green tax exemption. **Quality Magazine**, San Jose, v. 49, n. 5, pp. 12-13, mar. 2010.

ROCHA, Leudeci C da; DUARTE, Vera L. **Simples: incentivo à competitividade das micro e pequenas empresas no Brasil.** Londrina: INESUL, 2008. 84 f. Monografia (Especialização em Contabilidade e Controladoria Empresarial) - Programa de Pós-Graduação em Contabilidade e Controladoria Empresarial, Instituto de Ensino Superior de Londrina, Londrina, 2008.

SOLNIK, Claude. **New York state legislature green lights alt energy tax exemption.** Disponível em: ‹https://www.highbeam.com/doc/1P2-25455188.html›. Acesso em: 8 jul 2015.

RECEBIDO EM: 16/10/2017
APROVADO EM: 04/03/2018

 doi:10.30612/videre.v10i19.7305

"HOJE ÉS NEVOEIRO...": LINHAS SOBRE O CONTEÚDO E SENTIDO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

"TODAY YOU ARE FOG ..."*: LINES ON THE CONTENT AND MEANING OF CONTEMPORARY SLAVE LABOR*

Gustavo Seferian Scheffer Machado [1]

RESUMO: O artigo pretende, revendo posição outrora externada em texto acadêmico, expor a importância de defender a definição de "condição análoga à de escravo", tal qual previsto no art. 149, do Código Penal, como a aplicável para os efeitos da nova redação do art. 243, da Constituição da República, que reclama definição de trabalho escravo contemporâneo. Com isso, propõe discutir os projetos de lei e a recente Portaria MTB 1.129/2017 como expressões da ofensiva do agronegócio frente aos direitos humanos das trabalhadoras e trabalhadores do campo, merecendo ser combatidas em prol da sustentação tática de seus direitos sociais.

Palavras-chave: Escravidão contemporânea; trabalho análogo ao de escravo; trabalho compulsório; jornada exaustiva; condições degradantes.

Abstract: The article intends, reviewing position previously expressed in academic papper, to explain the importance of defending the definition of a "condition analogous to slavery", as foreseen in article 149 of the Brazilian Penal Code, as applicable for the new writing of the article 243 of the Constitution of the Republic, which demands definition of contemporary slave labor. With this, the article proposes to discuss the bills and the recent MTB Ordinance n. 1.129/2017 as expressions of the agribusiness offensive against the human rights of rural workers, deserving to be fought for the tactical support of their social rights.

Keywords: Contemporary slavery; work analogous to slavery; compulsory labor; exhaustive work day; degrading conditions.

1 Professor de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Bacharel em Direito, mestre e doutor em Direito do Trabalho pela FDUSP. Pesquisador-Líder do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital-USP e coordenador do Núcleo de Estudos Trabalho, História e Direitos Sociais-UFLA. gustavo.machado@dir.ufla.br.

"Nem rei nem lei, nem paz nem guerra,
Define com perfil e ser este fulgor baço da terra
(...)
Ninguém sabe que coisa quer,
Ninguém conhece que alma tem,
Nem o que é mal nem o que é bem.
(...)
Tudo é incerto e derradeiro.
Tudo é disperso, nada é inteiro.
Ó Portugal, hoje és nevoeiro..."
– *Nevoeiro,* Fernando Pessoa (2006:91)

INTRODUÇÃO

Se autocrítica é uma virtude podemos não saber, mas certos estamos que essa se afirma como um exercício diário de reflexão e aprimoramento teórico-prático em nossas vidas. Exercício que por coerência e apreço ao método materialista-dialético não poderia deixar de ser feito constantemente.

Não por outra razão, temos com o presente estudo o intuito de travar diálogo com escrito de nossa lavra, redigido em 2012 e publicado em 2013, de título "*O mergulho da águia do oceano: afirmação terminológica do trabalho escravo como meio de enfrentamento*" (SEFERIAN, 2013, pp. 425-445), publicado então em obra coletiva editada pela Secretaria Nacional de Justiça.

Não reclamamos revisões formais e técnicas das bases do texto elaborado anos atrás. O alicerce histórico-social – a realidade do desenvolvimento desigual e combinado do capitalismo pátrio, em que formas de produção pré-capitalistas se arranjam e dão corpo à exploração contratualizada à moda brasileira –, os marcos teóricos – os textos marxianos, bem como o sopro da tradição revolucionária que reivindica o materialismo-dialético e encontra na referência de León Trotsky sua fundamental linha de teoria e prática – e a necessidade de enfrentamento ao trabalho escravo contemporâneo – uma das formas mais predatórias e desumanas de exploração que os rearranjos do capitalismo acabam por fomentar hodiernamente – seguem presentes.

Há, todavia, imprescindível necessidade de revisão política do texto.

As reflexões que lançamos em 2013 eram incisivas enquanto recurso para enfrentamento de práticas que, ainda hoje, mostram-se manifestas na sujeição de amplos setores das classes trabalhadoras à forma de produção escravagista. Inócuas, todavia, caso ampliemos nosso espectro de visão para enfrentamento de outros modos de superexploração[2] das pessoas que vivem da venda da sua força de trabalho. E tal se diz sobretudo diante da digressão realizada na segunda parte do texto objeto de crítica.

2 Segundo Ruy Mauro Marini, a superexploração "se define mais pela maior exploração da força física do trabalhador, em contraposição à exploração resultante do aumento de sua produtividade e tende normalmente a expressar-se no fato de que a força de trabalho se remunere por baixo de seu valor real" (MARINI, 2000:160).

Projetando a imagem de um "*denso nevoeiro*" composto pelos marcos normativos que versam, no ordenamento jurídico internacional e pátrio, quanto a existência de trabalhadoras e trabalhadores sujeitos a "*condições análogas à de escravo*", registramos então que esta construção mais turbaria – ideológica e discursivamente – do que de fato auxiliaria a real compreensão do fenômeno, a impedir seu enfrentamento concreto e esperada erradicação.

Nossa visão, por motivos conjunturais e pelos encaminhamentos políticos da temática, se alterou. Tal qual a realidade experimentada por Fernando Pessoa quando da redação de seu livro *Mensagem* (1934), em que se encontra o poema *Nevoeiro*, vivemos em um mundo assolado pela crise – que não é só econômica, política, social, mas também moral e ecológica, que nos leva a diagnosticá-la como uma crise de civilização (LÖWY, 2013) –, que reclama a dinamização de nossas reflexões e a sua adaptabilidade para enfrentar as bifurcações da história. Aquilo que parecia certo, sólido, eterno, desponta às nossas vistas - a invocar a clássica construção marxiana – desmanchando no ar...

Desta feita, pretendemos com o presente trabalho, por meio de uma leitura dogmática crítica amparada em referenciais teóricos e declarações públicas de interlocutores da temática, tornar mais robustas as propostas de significação do trabalho escravo contemporâneo a partir da tipificação da "redução à condição análoga à de escravo", tal qual prevista no art. 149, do Código Penal. Não só por conta de seu uso corriqueiro, mas também em razão da importância tática que a defesa do instituto passa a assumir para as classes trabalhadoras. Para tanto, a empreita passará pela exposição (*i*) dos motivos que nos levaram à mudança de posição quanto ao trato da "condição análoga à de escravo" como definidora do trabalho escravo contemporâneo; (*ii*) da necessidade de uso tático do tipo penal desconectada à lógica punitivista -encarceradora; (*iii*) da movimentação do agronegócio com intuito de afastar o trato da "condições análogas à de escravo" do trabalho escravo contemporâneo, por meio de projetos de lei e, recentemente, da Portaria MTB 1.129/2017; (*iv*) dos motivos da suspensão da portaria ministerial pelo STF e a insustentabilidade dos discursos que vieram em defesa de seu conteúdo; tudo a referendar a necessidade de defesa do conceito já existente no ordenamento como o que taticamente melhor responde às necessidades de proteção das trabalhadoras e trabalhadores pelo nosso ordenamento, corolário do Direito Social.

1. DE ONTEM PARA HOJE, O REVIGORAR DOS SENTIDOS DO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO

Convém ressaltar, de início, os elementos que nos levaram no último período a promover tal mudança de posição.

Primeiramente, as reflexões ora maturadas passam a tomar corpo após debates havidos em 2014 junto ao Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital, vinculado ao Departamento de Direito do Trabalho e da Previdência Social da Universidade de São Paulo – que animamos desde sua criação. E isso sobretudo com as provocações lançadas pelo então Auditor Fiscal do Trabalho e, atualmente, professor da Universidade Federal da Bahia Vitor Filgueiras, grande estudioso do tema e combativo militante

contra as práticas escravizantes que se assentam no país, convidado a participar da reunião do Grupo ocorrida em 12 de novembro do referido ano.

Este debate se colocou em momento decisivo para a compreensão da temática, haja vista a então recente aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 438/2001, a "*PEC do Trabalho Escravo*". Justamente partindo dos elementos normativos ínsitos à PEC – isso ao proporcionar, após sua aprovação, a alteração do art. 243, do texto Constitucional – e de seus potenciais efeitos concretos que desponta a contradição central que proporcionou a inflexão em nossa compreensão acerca da aproximação das categorias jurídicas de "*trabalho escravo*" e das "*condições análogas à de escravo*" – delineadoras do trabalho escravo contemporâneo ou, como alguns podem preferir, do trabalho análogo ao de escravo. Em alguma medida, e, não obstante nosso acúmulo e imersão pretérita na lida com a temática, o impacto da compreensão externada por Vitor Filgueiras – contrapondo-se à nossa posição, associada na ocasião ao texto que nos serve de referência crítica – ensejou o início da revisão de nossas concepções, que hoje, passados outros incidentes, se cristaliza em novo texto.

Há de ressaltar que a mudança normativa advinda da Emenda Constitucional n. 81, de 5 de junho de 2014 – resultante da difícil acolhida da supracitada PEC – acabou por cunhar a seguinte e atual redação do mencionado art. 243, da Constituição:

> "Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.
>
> Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei."

Alguns pontos de interesse exsurgem da nova redação Constitucional, reclamando o firmar de alguns pressupostos e sustentando nossa mudança de leitura.

O primeiro deles aponta no sentido de se reconhecer institucionalmente que a contratação da força de trabalho no seio da sociedade capitalista – negando concepções liberais e neoliberais em que o jogo do mercado e da contratação da força de trabalho seria de soma zero – acarreta necessariamente um ato exploratório, sendo a exploração escravista forma mais intensa, logo passível de punição incisiva e violenta prevista na Constituição.

Em segundo lugar, denota que a escravidão é um problema contemporâneo, e não coisa do passado. Em alguma medida, esta leitura enfrenta problemática que serve de esteio ao nosso escrito pretérito (SEFERIAN, 2013:426), contrapondo-se à ideia de que a forma de produção escravagista não mais existiria em nossa realidade sócio-histórica, formulação que permeia o ideário da "abolição" da escravatura no campo da legalidade e remonta, em nosso país, a tardia data de 1888. Não é preciso grande esforço para saber que no plano material referida abolição não ocorreu ainda, muito menos tendo ocorrido em fins do século XIX, subsistindo de forma combinada à composição da relação social do capital em nossa realidade dependente e periférica.

Desta forma, compreender a existência de situações em que trabalhadoras e trabalhadores são escravizados – ou seja, se sujeitam à exploração por essa específica forma de produção e reprodução da vida social – já nos serve ao intuito problematizado em 2013. Saber que estas situações ocorrem de fato e se delineiam a partir de referenciais materiais, econômicos, acarreta per si o aperfeiçoamento de meios mais eficazes para seu enfrentamento – possível, em nosso ver, com reformas estruturais radicais – e neutralização – a advir apenas com processos sociais que coloquem em cheque o modo de produção capitalista.

Logo, não parece haver nessa leitura fuga à compreensão da realidade explícita no mundo do trabalho, mas sim atenção à recomposição de processo social que assume contemporaneamente outras qualidades. Dai advém o terceiro ponto, cujo destaque se reclama, já que permeia a discussão acerca dos efeitos sancionatórios da nova redação do texto do art. 243 da Constituição – a expropriação e confisco das propriedades de escravizadores – e a necessidade de se definir a "*exploração de trabalho escravo na forma da lei*" – epicentro de toda problemática.

A lei brasileira – como já ressaltamos no artigo que nos serve de objeto crítico – já tem definição bem circunscrita do que seria o trabalho escravo para fins jurídicos e contemporâneos. Outros tantos instrumentos normativos internacionais internalizados em nosso ordenamento da mesma maneira proporcionam esta compreensão (SEFERIAN,2013, pp. 432-438). A normatização – e em especial o texto do art. 149, do Código Penal[3] – reconhece que a imputação do crime de redução à condição análoga à de escravo decorre da submissão de trabalhadoras e trabalhadores a "*trabalhos forçados*", "*a jornada exaustiva*", a "*condições degradantes de trabalho*", ou "*restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída como o empregador ou preposto*". Da mesma forma, e como se já não pudesse tomar por implícito à ideia de "trabalho forçado" mesmo com o rigor da legalidade penal, imputa-se o crime a quem "*cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho*" ou "*mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documento ou objetos pessoais do trabalhador, com fim de retê-lo no local de trabalho*".

É este, pois, o conceito de trabalho escravo contemporâneo que vigora formalmente no Brasil. Mais amplo do que a compreensão que se reserva à forma social forjada na tradição da crítica da economia política, cuja adesão revelamos no texto hoje revisto. Conceito que confere ampliada proteção ao trabalhador e à trabalhadora ao implicar a aplicação da sanção prevista no art. 243, da Constituição da República, em situações variadas, todas a demonstrar – dado o escancaramento das contradições imanentes à gana predatória capitalista – que há situações em que mesmo a contratação formal e a subsunção ao assalariamento mostra-se incompatível com a lógica de reprodução do capital. Isso, frisa-se, por conta de inviabilizar a continuidade do moto reprodutivo da relação social capitalista – dada a excessiva predação obreira ou sujeição a condições degradantes de labor, trazendo prejuízo à realização mercantil pelo consumo por parte dessas pessoas subsumidas a condições análogas à de escravo –, ou por desvelar a

3 A redação original do referido artigo, dada pelo Decreto-Lei n. 2.848/40, já propunha como tipo penal "reduzir alguém a condição análoga à de escravo", tendo a atual definição sido firmada com as alterações advindas da Lei n. 10.803/03.

sabida inexistência de uma relação sinalagmática entre empregadas e empregados no seu liame com os empregadores.

Ora, se a positivação jurídica reclama uma resposta endógena, sistêmica, e não admite comunicação com outros campos do conhecimento humano quando, no próprio âmbito da juridicidade, vindica regulamentação definidora por norma jurídica, temos que assim observar que tal regulamentação, conferindo sentido ao postulado do art. 243, da Constituição da República, já se encontra presente no ordenamento brasileiro. E não há problemas de que assumamos que a escravidão aos olhos da crítica da economia política é uma, e aos olhos da juridicidade é outra, ainda que dialoguem com as concepções umas às outras.

Nesse particular, bem vale registrar que a tomada de um conceito cunhado no âmbito do Direito Penal em nada importa na condescendência com práticas punitivistas e encarceradoras que podem dimanar da pena prevista a tal conduta – "*reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência*", que pode ser aumentada nas hipóteses previstas no parágrafo 2º do artigo[4]. A sanção que interessa a nós, que traz reais impactos materiais e que provoca insônia nos setores proprietários, é aquela que desconsidera o cárcere e atenta contra o fundamento do agrilhoamento que estrutura nossa sociedade: a propriedade privada dos meios de produção, isso ao possibilitar sua expropriação e destinação para fins sociais.

A discussão, se formal e textual fosse, cessaria por aqui.

É sabido, porém, que este se trata de enfrentamento político que envolve interesses dos setores mais poderosos do país, que dinamizam a lógica predatória natural e social que há pouco mais de cinco séculos se instala no que hoje convencionamos chamar de Brasil. Não por outra razão, tão logo aprovada a Emenda Constitucional n. 81 – e em polêmica que já se anunciavam previamente, nas discussões havidas no Congresso Nacional (SILVÉRIO, 2017) –, passa-se a verificar um empenho homérico de setores das classes proprietárias – sobretudo do agronegócio, representados no Congresso Nacional pelos deputados e senadores da conhecida bancada ruralista, ou "bancada do boi", constituída formalmente na Frente Parlamentar da Agricultura – em relativizar a compreensão de trabalho escravo contemporâneo, outrora pacificada, para que esta seja ressignificada a partir de novos marcos legais, restritivos à sua abrangência.

2. O "TRABALHO ESCRAVO NA FORMA DA LEI" E AS MARCAS DE RESISTÊNCIA DO AGRONEGÓCIO A UMA CONQUISTA HISTÓRICA DAS TRABALHADORAS E TRABALHADORES

Foram imediatas as movimentações dos setores que se sentiram diretamente atingidos – ou melhor, que tiveram seu patrimônio potencialmente atingido – pelos efeitos da aprovação da "*PEC do trabalho escravo*".

4 "§ 2º - A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem."

Já em julho de 2014, um mês após a aprovação da Emenda Constitucional n. 81, verifica-se por parte do Senador Romero Jucá (PMDB-RR) manifestação no sentido de que se deveria debater com mais cautela as questões atinentes à compreensão de trabalho escravo contemporâneo que extrapola o trabalho forçado e a impossibilidade de locomoção (RORAIMA EM FOCO, 2014), tendo tal manobra desde logo sido evidenciada por testemunhos atentos na imprensa (LOCATELLI, 2014).

Tensionamentos dessa natureza encontram solo fértil para se desenvolver em razão das frágeis bases em que se assentam as construções exclusivamente discursivo-jurídicas. Essa qualidade, porém, não deixa também de vitrificar os alicerces das chicanas jurídicas que visam impedir a aplicação dos efeitos da recente alteração Constitucional.

Como parte dessas manobras, os setores proprietários sustentam alguns falhos argumentos: primeiro, como já visto, que não há que se dizer que o trabalho escravo contemporâneo, na forma do art. 243, da Constituição, se equipara à redução de trabalhadoras e trabalhadores à condição análoga a de escravo, conforme previsto no art. 149, do Código Penal. É o que sinaliza o advogado Nelson Mannrich (CONSULTOR JURÍDICO, 2015), bem como o que se lê nas "*101 propostas para a modernização trabalhista*", da Confederação Nacional da Indústria (2012:84). Seriam definições correspondentes a institutos distintos, sendo o trabalho escravo contemporâneo caracterizado pelo caráter compulsório do labor. Esse argumento não encontra eco nem mesmo nas reflexões de seus aliados de classe. Mesmo os setores mais conservadores da sociedade brasileira reservam lugar idêntico no trato das duas figuras. É, por exemplo, o que se verifica do texto do art. 1º do Projeto de Lei n. 5.016/2005 – outrora Projeto de Lei do Senado n. 208/2003, hoje em trâmite na Câmara dos Deputados –, de lavra do Senador Tasso Jereissati (PSDB/CE). Seu texto, que consta também como signatário o Senador Renan Calheiros (PMDB/AL), então na presidência do Senado, coloca em pé de igualdade para fins de trato legal e aplicação de sansões a sujeição ao "*trabalho escravo, ou em condição análoga*" (BRASIL, 2005).

Insustentável também é o argumento de que ao registrar na redação do art.243, da Constituição da República, que as sanções dele decorrentes seriam aplicadas ao "*trabalho escravo na forma da lei*", estar-se-ia reclamando a promulgação de nova previsão normativa. O suposto diagnóstico do dispositivo constitucional enquanto sendo de eficácia limitada – para utilizarmos a chave de compreensão de José Afonso da Silva[5] – leva em conta apenas um apego à literalidade do texto constitucional. Deve tal constatação, sim, atentar-se a uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico, bem como fatores de ordem conjuntural. Imprescindível se faz levar em conta que já há em nosso ordenamento, com previsão expressa em lei, definição do trabalho

5 Dirá o autor que "normas constitucionais de eficácia limitada são todas as que dependem de uma providência ulterior (lei integrativa, processo especial, etc.) que lhe compete a eficácia e disponha sobre sua aplicação", estando, in casu, inserta como norma de princípio institutivo ou organizativo, que se define como sendo "aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou instituições, para que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei ordinária ou complementar. São reconhecíveis, especialmente pela menção a uma lei integradora, com dicções como 'a lei complementar estabelecerá...', 'a lei disciplinará...', 'a lei regulará...', 'a lei fixará...', 'a lei especificará...', 'na forma da lei...', 'nos termos da lei...', 'conforme ou como dispuser a lei...', 'do modo que dispuser a lei...', ou expressões semelhantes" (SILVA, 1993: 11)

escravo. Há já sólido construto teórico no sentido de caracterizar a prática de trabalho escravo contemporâneo, a exemplo do julgamento do Inquérito 3.412/AL, pelo STF. Não se pode, pois, falar em eficácia limitada da norma, sendo esta de eficácia plena ou imediata (SILVA, 1993:10-11).

Reflexo desta guerrilha ideológica e da insustentabilidade dos argumentos jurídicos que guarnecem o setor patronal, verificamos a propositura dos Projetos de Lei n. 2464/2015, de autoria do membro da Frente Parlamentar da Agricultura Deputado Federal Dilceu Sperafico (PP/PR) e o reavivar do Projeto de Lei n. 3842/2012, do agropecuarista e Deputado Federal Moreira Mendes (PSD/RO), todos com intuito semelhante: excluir das condutas passíveis de sanção penal a sujeição de trabalhadores a condições degradantes e a jornadas extenuantes. Todavia, é o Projeto de Lei do Senado n. 432/2013, proposto pelo mesmo Senador Romero Jucá (PMDB/RR) e prontamente animado pelo Deputado Cândido Vaccarezza (PT/SP), que juntos compunham a Comissão Mista Especial para Consolidação da Legislação Federal e Regulamentação de Dispositivos da Constituição (AGÊNCIA SENADO, 2013), que se coloca há ao menos dois anos na iminência de votação.

Do referido projeto, duas questões aberrantes saltam à vista: a primeira, no sentido de limitar as possibilidades de expropriação ora previstas no art. 243, da Constituição, sinalizando que esta só poderia ocorrer nos casos de que a prática de redução à condição análoga à de escravo for perpetrada pelo proprietário do local onde se verifica a prática criminosa. Arranjada com a compreensão concreta de que é prática corrente a "terceirização" produtiva na cidade e no campo – seja pela contratação indireta de serviços, seja por ajustes de parceria, arrendamento, empreitada ou por deliberada contratação de "gatos" –, e que de 2003 a 2016, 76,7% de todos os casos em que são realizados resgates de trabalhadoras e trabalhadores em condições análogas à de escravo tenham se dado em situações de terceirização (SAKAMOTO, 2017), chegando-se à marca de 90% dos flagrantes verificados no período de 2010 a 2013 (FILGUEIRAS, 2014), verifica-se com tal proposta uma blindagem legal quase absoluta à aplicação da sanção expropriatória prevista Constitucionalmente.

Já a segunda, e tal qual os outros projetos de lei supracitados, afigura-se por pretender o PLS n. 432/2013 a exclusão do rol de condutas passíveis de sanção decorrente do art. 243, da Constituição, aquelas que se associam a uma superexploração assalariada, seja sujeitando as trabalhadoras e trabalhadores a jornadas exaustivas e extenuantes, seja expondo-os a condições degradantes. A medida, que restringe os meios de enfrentamento ao trabalho escravo, soa nitidamente atentatória ao princípio do não retrocesso social, textualmente consagrado no *caput* do art. 7º, da Constituição da República.

Todavia, há mais um contrassenso na proposta. Se de um lado o PLS n. 432/2013 aponta que é apenas condenação por "*sentença penal transitada em julgado*" poderia ensejar a expropriação prevista no art. 243, da Constituição da República, por certo tal fato reclamaria tipificação de conduta em nossa lei penal. E o único tipo que se adequaria a este fim seria o inscrito no art. 149, do Código Penal, que não se pretende modificar com referido projeto de lei. Haveria, assim, possibilidade de que o sujeito condenado pela prática de redução da trabalhadora ou do trabalhado a condição análoga à de escravo pudesse ainda driblar a medida expropriatória alegando ser sua

condenação desvinculada de atos passíveis ao reconhecimento de caso de trabalho escravo contemporâneo para fins do art. 243, da Constituição[6].

A situação fica ainda mais escancarada, evidenciando se tratar de golpe conduzido pelos setores de classe e parlamentares vencidos na votação que aprovou a EC n. 81/2014 – em um país como o nosso, em que golpes institucionais são naturalizados e assumem junto ao senso comum feição paralela ao fazer político – quando se verifica que os dois primeiros projetos de lei aventados tem apenas o condão de conceituar o trabalho escravo – objeto de interesse de tais diminutos setores da sociedade –, e não cogitam versar sobre o "*fundo especial com destinação específica, na forma da lei*", a que faz menção também a nova redação do texto Constitucional. Ou seja, a lei que viria a regulamentar a previsão do art. 243, da Constituição da República, trata apenas dos assuntos de interesse das classes proprietárias, a fim de blindá-las da expropriação, sintomaticamente não traçando uma linha sequer sobre outros aspectos que – esses sim de fato mereceriam regulamentação – trariam proveito às trabalhadoras e trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo. Não é o caso, porém, do PLS 432/2013, que em sua redação trata da criação de fundo – o "Fundo Especial de Prevenção e Combate ao Trabalho Escravo e ao Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Drogas Afins – FUNPRESTIE" –, ainda que não se volte ao financiamento de medidas específicas para enfrentamento desta forma de exploração.

Por todos os lados – seja pelos agentes proponentes, representantes inescondíveis do latifúndio, pelo conteúdo circunscrito aos interesses das classes proprietárias ou pelos efeitos concretos que se pretende com os projetos de lei –, se nota que tais iniciativas têm por intuito minar a conquista histórica resultante da EC n. 81/2014, que não obstante espraie efeitos no âmbito institucional, por certo cumpre papel tático fundamental no enfrentamento da barbárie que se instala no mundo do trabalho.

Mas não foi só na seara parlamentar que estas manifestações se fizeram notar. A sustentação teórica da necessidade de definição restritiva do conceito de trabalho escravo contemporâneo caminhou a largos passos no período. É curioso perceber, por exemplo, as proposições de advogados patronais sobre a matéria. Intencionados a formular defesa de seus clientes, colocaram-se em disputa na esfera pública os rumos da tal definição, lustrando-se como paladinos humanistas nessa empreita. O caso mais explícito é o de Nelson Mannrich, professor titular de Direito do Trabalho da FDUSP e advogado patronal.

Em entrevista conferida na iminência da promulgação da Emenda Constitucional n. 81, referido advogado menciona que "*do ponto de vista jurídico, tem que primeiro definir o que é trabalho escravo, com uma lei clara,*

6 Também quanto a esse tópico da "condenação penal", trouxe o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, em parecer assinado pelo Procurador-Geral do Trabalho Dr. Luís Antonio Camargo de Melo (CSMPT, 2015), discussão acerca do descabimento da menção à "condenação penal", devendo se ter em conta que a "condenação judicial", em qualquer esfera, já seria bastante e suficiente para ensejar a medida sancionatória, isso em razão de que o julgamento de ação civil pública, em esfera estranha à penal, poderia viabilizar tal intento., reafirmando o imperativo da desconectividade da lógica punitivista-carcerária para o trato da matéria,

objetiva, e não um conceito em aberto, que não define claramente as regras do jogo" (CONSULTOR JURÍDICO, 2014), não sem deixar de reconhecer que o art. 149, do Código Penal, é o balizador fundamental da construção desse conceito. Na mentalidade do advogado, marcada por traços superexploradores que moldam as classes proprietárias brasileiras, soa absurdo a ideia de que "*se você tiver uma empregada doméstica em casa que um dia trabalhou 15 horas, é trabalho escravo, pois é jornada excessiva*" (CONSULTOR JURÍDICO, 2014). O que seria então uma jornada excessiva? A definição norteadora das ações do à ocasião Ministério do Trabalho e Emprego apontavam que a "jornada exaustiva" se caracterizava, na forma da Instrução Normativa SIT n. 91/2011, por

> "toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde;

Esta definição estaria, aos seus olhos, "*longe da objetividade e clareza esperadas*", levando a "*subjetivismos exagerados*" e carência de segurança jurídica (MANNRICH, 2015). A falta de segurança jurídica, aliás, serve de *deus ex machina* na argumentação patronal com fito de atentar contra direitos sociais e trabalhistas, também sustentada no trato do trabalho escravo (BARROS, 2013). Por certo, todo texto é passível de interpretação e nenhuma norma guarda caráter de compreensão único e absoluto. Logo, sempre há algum grau de insegurança ensejado por essa zona cinzenta interpretativa. No caso, a segurança única que aparentemente despontaria viria no sentido de restringir o conceito. Qualquer interpretação que reafirmasse o conceito classicamente assentado seria, per si, insegura.

Com intuito de defender a sua insustentável posição, apela à argumentação *ad absurdum*. Não conseguindo escapar à constatação da existência de uma referência objetiva para aferição do trabalho escravo contemporâneo – qual seja, o art. 149, do CP –, invoca que "*um desses quatro itens*" caracterizadores da redução à condição análoga à de escravo "*do Código Penal fala de condições de saúde e segurança*". Alega, assim, que diante dos milhares de normas impostas pelo Ministério do Trabalho quanto a matéria, "*se uma dessas normas é descumprida, é, em tese,* [caracterizado] *trabalho escravo*". Impossível seria, porém, aventar alguma hipótese em que isso se configurou na prática, algum caso que o descumprimento de apenas uma norma de saúde, segurança e higiene do trabalho – fundamentais para a manutenção de um meio ambiente do trabalho harmônico – viesse a ensejar uma autuação patronal sinalizando situação análoga à de escravo. E mesmo que assim se desse, jamais se poderia tomar a exceção como regra, sob pena de recair em impressão metonímica da realidade.

Insustentáveis são essas posições, bem dizer, mas ao mesmo tempo politicamente factíveis, sobretudo depois da movimentação política que levou, a partir de meados de 2016, à implementação acelerada da agenda econômica neoliberal já colocado em marcha há anos no país. Estas inflexões normativas havidas depois da assunção de Michel Temer ao poder – que serão abordadas no item seguinte deste artigo – reclamam nossa atenção, a denotar, na presente e conturbada conjuntura, a relevância do trato da matéria.

3. A PORTARIA MTB N. 1.129/2017, SUA SUSPENSÃO E O SINTOMA DA FRAGILIDADE POLÍTICO-INSTITUCIONAL BRASILEIRA

Em que pese as contradições e insustentabilidades das respostas dadas pelas classes proprietárias frente a conquista histórica da EC n. 81/2014 – que mesmo limitada ao plano da legalidade, poderia trazer impactos gravosos à manutenção da condição de privilégio histórico de tais sujeitos –, por certo há de se ter em conta que tais classes, ainda que revelando intenção de não se deixar vencer, vinham operacionalizando sua contraofensiva dentro dos ditames da legalidade burguesa e dos mecanismos constitucionalmente previstos para tal embate, em um arranjo que se convenciona chamar "Estado Democrático de Direito".

Verificou-se recentemente, porém, manobra institucional gravíssima tratando da temática da definição jurídica de trabalho escravo contemporâneo. Por meio da Portaria MTB n. 1.129/2017, publicada no Diário Oficial da União em 16 de outubro de 2017 e assinada pelo Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira, pastor da Assembleia de Deus e Deputado Federal licenciado (PTB-RS), fez-se tábula rasa das profundas discussões e embates colocados na seara parlamentar nos últimos anos e, com uma canetada, foi restringida a compreensão de trabalho escravo em nosso ordenamento.

Há de se ressaltar que referida portaria intencionou dispor *"sobre os conceitos de trabalho forçado, jornada exaustiva e condições análogas à de escravo para fins de concessão de seguro-desemprego ao trabalhador que vier a ser resgatado em fiscalização do Ministério do Trabalho"* (MTB, 2017), ainda que também tenha versado acerca das possibilidades de inclusão de empregadores na famosa "Lista suja do trabalho escravo", periodicamente tornada pública pelo Ministério do Trabalho, e os procedimentos para operacionalização de fiscalizações da Auditoria Fiscal do referido ente do Executivo.

Tentando revestir sua redação com lustros humanistas, isso ao reivindicar lastro nas Convenções 29 e 105 da OIT, parece sinalizar intenções imediatas muito nítidas e avessas aos sustentáculos do Direito Social: de um lado, a redução de gastos com o Seguro-Desemprego a ser pago a trabalhadoras e trabalhadores resgatados em condições análogas à de escravo, e de outro, abrir fissura institucional para que a conceituação patronal de trabalho análogo ao de escravo restrito ao trabalho forçado possa galgar espaços em sua disputa por hegemonia teórico-jurisprudencial.

A redação da referida portaria é repleta de ardis e descaminhos. Se de um lado reafirma a possibilidade da trabalhadora ou o trabalhador ser "*reduzido a condição análoga à de escravo*", de outro diferencia essa condição da submissão "*a regime de trabalho forçado*", isso já no *caput* de seu art. 1º. Fraciona a abordagem das temáticas, como se coisas distintas fossem, isso com fim de ressignificar a ideia de "trabalho análogo ao de escravo" pela colonização categorial do "trabalho forçado". Opera como o espetáculo, na leitura de Guy Debord (2007:23), que em um primeiro plano se afirma enquanto elemento desagregador na sociedade, de outra face promove uniões. Em suas palavras, "*reúne o separado, mas o reúne como separado*". Essa intenção de "reunião como separados", limitadora do conceito e turbadora de sua compreensão, fica explícita nos incisos do referido artigo, com a definição de uma série de categorias usualmente aplicadas ao trato da matéria, na contramão da conceituação historicamente firmada

tanto pelo Ministério do Trabalho e Emprego quanto pela doutrina e jurisprudência afeta à temática, donde o já invocado Inquérito 3.412/AL, julgado pelo STF, é apenas a mais exemplar manifestação.

Inaugurando a abordagem com a definição de "*trabalho forçado*", o inciso I anuncia ser "*aquele exercido sem o consentimento por parte do trabalhador e que lhe retire a possibilidade de expressar sua vontade*". Essa construção acaba por se diluir, tangenciando todas as demais hipóteses derivadas do art. 149, do Código Penal, limitando a leitura de cada uma delas à luz do trabalho compulsório. Os demais incisos do artigo 1º da Portaria, como denotam nossos destaques, são nítidos nesse sentido:

> II - jornada exaustiva: a submissão do trabalhador, **contra a sua vontade e com privação do direito de ir e vir,** a trabalho fora dos ditames legais aplicáveis a sua categoria;
>
> III - condição degradante: caracterizada por atos comissivos de violação dos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, consubstanciados no **cerceamento da liberdade de ir e vir**, seja por meios morais ou físicos, e que impliquem na privação da sua dignidade;
>
> IV - condição análoga à de escravo:
>
> a) a submissão do trabalhador a trabalho **exigido** sob **ameaça de punição**, com uso de **coação**, realizado de **maneira involuntária**;
>
> b) o **cerceamento do uso de qualquer meio de transporte** por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho **em razão de dívida contraída** com o empregador ou preposto, **caracterizando isolamento geográfico**;
>
> c) a manutenção de **segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho** em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto;
>
> d) a **retenção de documentação pessoal** do trabalhador, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho;

Afora inovações despropositadas e sem qualquer respaldo legal – como a exigência de afiguração de "isolamento geográfico" de trabalhadoras e trabalhadores, ou a submissão destas e destes a vigia ostensiva por "segurança armada" –, é certo que não se poderia vir a confundir – ou amalgamar – a compreensão de trabalho compulsório ou forçado com as demais hipóteses em que se denota o trabalho escravo contemporâneo. Sob vigência da Portaria MTB n. 1.129/2017, porém, jornadas exaustivas, condições degradantes e outros atentados a direitos fundamentais da trabalhadora e do trabalhador acabariam por corresponder a "*redução a condição análoga ao de escravo*" apenas nas circunstâncias em que haja limitação de seu "*direito de ir e vir*", ou seja, em situações em que o constrangimento é tal que seja suficiente para tolher sua locomoção. Estaria o conceito, na prática, desvinculado de situações de superexploração, limitando em muito a possibilidade de seu reconhecimento e enfrentamento. Chega o retrocesso imposto pela Portaria ao ponto que conduta tipificada em situações que o cerceamento ao uso de transporte só se caracterizaria fosse motivada por dívida contraída pela trabalhadora ou trabalhador, na conhecida prática do *truck system*, ou sistema do barracão.

Vale repetir que ainda que se tenha anunciado como intencionalidade da normativa regulamentar a concessão do benefício do Seguro-Desemprego, seus efeitos são deveras mais profundos. O art. 2º da referida Portaria Ministerial sinaliza que

"*os conceitos estabelecidos no artigo 1º deverão ser observados em quaisquer fiscalizações procedidas pelo Ministério do Trabalho, inclusive para fins de inclusão de nome de empregadores no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo*", a famosa Lista Suja do Trabalho Escravo instituída com a Portaria Interministerial MTPS/MMIRDH n. 4/2016, a evidenciar uma intenção explícita de favorecimento patronal com a medida, que traz impactos simbólicos, comerciais e institucionais negativos às empresas que tem ali seu registro inscrito.

A Portaria é coroada com o delinear dos procedimentos que devem ser atendidos pelas Auditoras e Auditores Fiscais do Trabalho em suas diligências de fiscalização. Para além de restringir o conceito de trabalho escravo contemporâneo, ou de "trabalho análogo ao de escravo", cria-se toda uma série de percalços burocráticos para interditar possíveis autuações de empregadores-escravizadores. Tais procedimentos, caso desrespeitados, poderiam aos olhos mais preciosistas ensejar inclusive a nulidade do procedimento fiscalizatório. Da autuação, na forma do art. 3º, II, III e IV, da Portaria MTB n. 1.129/2017 deve constar "*cópias de todos os documentos que demonstrem e comprovem a convicção da ocorrência do trabalho forçado; da jornada exaustiva; da condição degradante ou do trabalho em condições análogas à de escravo*"; as "*fotos que evidenciem cada situação irregular encontrada, diversa do descumprimento das normas trabalhistas*", isso para além da "*descrição detalhada da situação encontrada*", em que denote a "*existência de segurança armada diversa da proteção ao imóvel*", o "*impedimento de deslocamento do trabalhador*", a "*servidão por dívida*" e a "*existência de trabalho forçado e involuntário pelo trabalhador*". Ou seja, para além da existência da submissão das trabalhadoras e trabalhadores ao trabalho compulsório, exige-se a demonstração, por vezes impossível, de fatos que confirmem o possível enquadramento em tal situação. Ora, como se poderia demonstrar, por meio de fotos ou outros registros, a "*existência de segurança armada diversa da proteção ao imóvel*", ou o "*impedimento de deslocamento do trabalhador*"? Sobretudo quando sabemos que tais situações, de um lado, ocorrem de forma furtiva ou são desdobramento de processos sociais mais complexos e nem sempre evidentes à captura ocular?

O conjunto de atrocidades que despontam da Portaria MTB n. 1.129/2017 acabou por ensejar a propositura da ADPF 489 MC/DF, pela Rede Sustentabilidade, questionando seus termos e efeitos. Ao apreciar o pedido liminar presente na ação, em decisão publicada em 24 de outubro de 2017, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, se pronunciou no sentido de que

> "A definição conceitual proposta na Portaria afeta as ações e políticas públicas do Estado brasileiro, no tocante ao combate ao trabalho escravo, em três dimensões: repressiva (ao repercutir nas fiscalizações procedidas pelo Ministério do Trabalho), pedagógico-preventiva (ao disciplinar a inclusão de nomes no Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo) e reparativa (concessão de seguro-desemprego ao trabalhador resgatado)."

A decisão proferida – que deferiu o pedido liminar para fins de "*suspensão do ato normativo em sua integralidade*" – revela a leitura da Ministra no sentido de que "*pelo menos em juízo preliminar,* (...) *o art. 1º da Portaria do Ministério do Trabalho nº*

1.129/2017, ao restringir indevidamente o conceito de 'redução à condição análoga a escravo', vulnera princípios basilares da Constituição", isso em razão de que

> "a presença do trabalho escravo entre nós causa danos contínuos à dignidade das pessoas (art. 1º, III, da CF) a ele submetidas, mantendo a República Federativa do Brasil distante de alcançar os objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF), alcançar o desenvolvimento nacional (art. 3º, II, da CF), erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da CF) e promover o bem de todos (art. 3º, IV). Tais danos são potencializados pela ausência de uma política pública eficiente de repressão, prevenção e reparação. Vale ressaltar que, a persistir a produção de efeitos do ato normativo atacado, o Estado brasileiro não apenas se expõe à responsabilização jurídica no plano internacional, como pode vir a ser prejudicado nas suas relações econômicas internacionais, inclusive no âmbito do Mercosul, por traduzir, a utilização de mão de obra escrava, forma de concorrência desleal."

Nota-se, pois, do posicionamento firmado pela Ministra Rosa Weber ao menos três traços de relevo: o primeiro deles, que a Portaria MTB n. 1.129/2017 infringe direitos fundamentais das pessoas escravizadas; o segundo, no sentido que tais práticas escravizantes atentariam contra alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro em seus alicerces principiológicos fundantes; e, por fim, que tais práticas poderiam ensejar penalidades econômicas ao país por conta de práticas de concorrência desleal, naquilo que internacionalmente veio a se consagrar como *dumping* social.

Vale destacar que neste último fator se encontra o cerne da questão que econômica e capitalisticamente advoga em favor da compreensão não restritiva do trabalho escravo contemporâneo.

Como ressaltado alhures, é fundamental que o próprio modo de produção capitalista se regule com intento de viabilizar sua reprodução prolongada, e uma das indispensáveis condições para tanto é que haja um contingente amplo de trabalhadoras e trabalhadores aptos a colocar em circulação, dispendendo os salários que receberam em contrapartida à venda da sua força de trabalho, a imensa coleção de mercadorias produzida pela sociedade humana pautada pelo capital. Ora, se tais trabalhadoras e trabalhadores se submetem aos seus exploradores sob a forma social da escravização – sendo tomados como coisas, de forma compulsória e não recebendo contraprestação pelos seus préstimos – soa óbvio que não poderão eles impulsionar esses ciclos reprodutivos que, ao menos em um de seus momentos, conta com a necessidade de circulação mercantil. O que as vezes se faz vista grossa, e que aqui chamamos atenção, é que também a trabalhadora ou o trabalhador superexplorados não poderão contribuir – ou contribuirão de forma débil – como mola propulsora de consumo de tais mercadorias, haja vista os atentados que lhe são direcionados por desrespeitos a direitos trabalhistas concernentes à remuneração, limitação de jornada, saúde, segurança e higiene do trabalho. Logo, ainda que não se aprofunde na temática, a decisão da Ministra Rosa Weber não deixa dúvidas quanto ao fato que, para fins de sustentabilidade sistêmica capitalista, é fundamental a manutenção do conceito de trabalho escravo contemporâneo ancorado no art. 149, do Código Penal, sem restrições indevidas.

A posição não se revela afrontosa à ordem econômica, ou manifesta, dirão alguns menos melindrados, sinais de termos no país uma "corte bolivariana" (FOLHA DE

SÃO PAULO, 2014). Trata-se de medida que, mesmo afrontando o interesse individual do capitalista, serve de sustentáculo ao modo de produção, tomando lado nessa contraditória relação entre os interesses de classe e os interesses dos sujeitos que compõem, de forma não consciente, a classe burguesa. E nesse cenário, por coerência com nossa posição no mundo, não poderíamos, mesmo compreendendo o favor que tal medida traz ao próprio modo de produção em sua incansável batalha pela sustentação sistêmica, deixar de defendê-la ante as perspectivas de maximização protetiva das trabalhadoras e trabalhadores em detrimento da barbárie limitadora do conceito.

Demais disso, a decisão supracitada, ainda que louvável, não trouxe à luz um importante argumento que merece ser destacado. Trata-se da quebra do pacto de sustentação democrático-burguesa que alicerça o Estado Brasileiro, abordado com grande naturalidade pela grande mídia (O GLOBO, 2017a), operacionalizado pela Portaria Ministerial em razão do indevido substitucionismo do Executivo quanto ao trato de matéria há muito debatida no âmbito do Legislativo, em situação de evidente subversão ao art. 2º da Constituição da República. Este, que não só enumera o Legislativo, o Executivo e o Judiciário como Poderes da União, também estabelece que são eles "independentes e harmônicos entre si", ajustando-se pela dinâmica classicamente assentada dos freios e contrapesos.

Ao avocar para si, em ato monocrático e contrário às diretrizes do corpo técnico do Ministério (O GLOBO, 2017b), a responsabilidade de definir de forma restritiva o conceito de trabalho escravo, atropelando as discussões que dentro dos limites possíveis – imensos, bem se vale dizer – se desenvolviam há mais de uma década no âmbito do Poder Legislativo, o Ministro do Trabalho Ronaldo Nogueira de Oliveira age de forma a sinalizar sintomaticamente a fragilidade institucional em que se assenta a República Federativa do Brasil. Solapada em sua base pelo próprio esfacelamento do sistema econômico-político que lhe dá musculatura, a estrutura institucional pátria sofre os abalos reflexos da crise de dimensões nunca dantes vivenciada pelo capitalismo global, que se acentua desde fins de 2007.

Mesmo fragilizados e repletos de contradições, nem o modo de produção capitalista, muito menos a institucionalidade política brasileira, parecem próximos de dar seu suspiro final. Até em razão da simbiose entre Estado e Capital, recompõe-se o primeiro para ser funcionalizado pelo segundo, servindo de paramento para siga seu moto econômico "respirando por aparelhos". E a realidade política brasileira não foge a essa regra.

Porém, a posição do STF – que denotou uma miríade de inconsistência na Portaria em menção – não encontra eco na completude dos leitores da matéria. Para além da decisão liminar resultar em imediata movimentação da bancada ruralista junto ao Congresso Nacional (REDE BRASIL ATUAL, 2017), por certo afrontou posição de advogadas e advogados, como Antônio Galvão Peres e Maria Aparecida Pellegrina (EXAME, 2017), já tinham se manifestado a favor da medida arbitrária do Ministério do Trabalho. Uma vez mais, porém, é a posição de Nelson Mannrich que merece nossa atenção. Nesse caso, pela necessidade de se evidenciar a contraditória defesa de seus argumentos, a demonstrar o "vale-tudo" em que coloca a salvaguarda de seus interesses de classe.

Em artigo datado de agosto de 2015, ataca o advogado a Instrução Normativa SIT n. 91, de 05.10.2011, que "*regulamentou a atuação dos auditores fiscais do trabalho em diligências envolvendo trabalho em condição análoga à de escravo*" (MANNRICH, 2015). Alega que "*na falta de conceito mais objetivo e claro, adiantou-se a Instrução Normativa, apresentando conceitos muito em aberto, não atingindo o objetivo esperado, missão essa a cargo de lei específica*" (MANNRICH, 2015). Reclamou na ocasião, pois, instrumento normativo particular para regulamentar a matéria – uma lei –, já que "*no estado democrático de direito, ninguém está obrigado se não em virtude de lei*" (MANNRICH, 2015). Ocorre que essa delimitação, em 2017, não veio por meio de lei, o que não obstou Mannrich anunciar que foi "*positiva a iniciativa do Ministério do Trabalho*" (CONSULTOR JURÍDICO, 2017), haja vista que "*em sua opinião, a portaria*" MTB n. 1129/2017 "*avançou bastante ao abandonar concepções vagas e subjetivas. Ele lembra que o novo conceito segue a linha do Projeto de Lei 3.842/2012, que está parado no Câmara dos Deputados desde 2015*" (CONSULTOR JURÍDICO, 2017), qual seja, acaba por restringir a compreensão do trabalho análogo ao de escravo a situações de trabalho compulsório.

Como uma biruta, opera suas construções teóricas ao sabor do vento: a defesa da re-regulamentação do trabalho escravo contemporâneo por normativa infralegal é defendida pelo advogado quando lhe convém, não fazendo meias palavras para acolher mudanças institucionais que outrora, aos seus olhos, não seriam admissíveis por caminho semelhante. No caso, e ao avesso de nossa intenção inaugural com o presente texto, não teve Mannrich na mudança de posição intenção de autocrítica. Denotou, sim, manifestação da defesa de uma concepção de mundo que revela seu lugar na sociedade – como advogado patronal, o de intelectual da burguesia – sem conseguir esconder os traços de cinismo – expressão da ideologia por excelência em nossos tempos (SAFATLE, 2011; SLOTERDJIK,2012) – nos quais se sustenta.

Nada a se estranhar, em uma sociedade em que "*a tradição dos oprimidos nos ensina que o 'estado de exceção' em que vivemos é na verdade a regra geral*" (BENJAMIN, 1994:226), e que para que se faça exceção ao que se toma por regra, basta a afirmação do interesse soberano, qual seja, o da classe dominante.

CONCLUSÃO

Com a tranquilidade de que a mudança de opinião pode se revelar também como marco de coerência – afinal, nem sempre é fácil entender o que vem pra mal ou pra bem, sobretudo em momentos de crise econômica e social –, tentamos com este breve escrito externar o quanto hoje nos parece politicamente fundamental defender seja mantida a compreensão de que o trabalho escravo contemporâneo não se esgota em situações típicas de sujeição de trabalhadores à exploração pela forma social escravagista ou pelo trabalho compulsório, mas também se afigura em situações em que, mesmo contratados e assalariados, há superexploração e submissão de trabalhadoras e trabalhadores a condições degradantes ou jornadas extenuantes.

A rapidez com que se contra-golpeia a conquista advinda da EC n. 81/2014 faz pairar sobre um mar de dúvidas a observância do conceito de trabalho escravo na contemporaneidade, mostrando-se o empenho das classes proprietárias em baralhar

a definição tradicional e legalmente assentada como um real nevoeiro para o efetivo enfrentamento da mazela e a proteção obreira. A despeito da mesma figuração ter sido usada por Mannrich – ao afirmar que, no definir do trabalho escravo contemporâneo, "*a lei não pode simplesmente criar uma nuvem da qual vão extrair gotas que interessam caso a caso*" (CONSULTOR JURÍDICO, 2015) –, resta nítido que quem intenciona turvar os olhos para a realidade das práticas escravizantes são justamente os apologetas da ordem do capital, usando apenas quando conveniente argumentos por vezes profundamente contraditórios.

Há objetividade e clareza no trato contemporâneo do trabalho escravo. E esse se denota do art. 149, do Código Penal. Qualquer esforço que se volte contra essa definição com intuito de restringi-la – ou pura e simplesmente minar a compreensão e impedir a aplicabilidade do art. 243, da Constituição, constituindo verdadeiro nevoeiro, tal qual o figurado por Pessoa na realidade portuguesa em 1934 – deve ser lida como flagrante retrocesso à proteção social das trabalhadoras e trabalhadores, merecendo denúncia. E isso porque queremos seja o trabalho escravo contemporâneo tomado por inteiro, e não em sua faceta fragmentária e inócua para fins de enfrentamento.

O que buscamos é efetividade às medidas protetivas, conquistadas a duras penas por anos de enfrentamento dos setores mais fragilizados da sociedade e de outras tantas pessoas comprometidas em vocalizar tais demandas. Por certo, há ainda muito que se avançar no enfrentamento e erradicação do trabalho escravo contemporâneo. E salutares são outras medidas propostas no legislativo pátrio, que pretendem a vedação de concessão de empréstimo por bancos públicos a empresas que incorreram em tal conduta,[7] ou ainda a cassação do registro destas empresas escravizadoras junto ao Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas,[8] a dar mais amplo conteúdo a tal chave.

Assim, ainda que de forma modesta, pretendemos ter contribuído para o debate intelectual que se coloca na ordem do dia, reafirmando a necessidade de compreender que, dado o *telos* impresso pelo legislador, o registro de proteção visado com a alteração constitucional volta-se justamente a uma ideia ampliada do trabalho escravo contemporâneo, demonstrando já estar contemplado em lei e admitido pelo STF, e, dispersando essa névoa, sinalizar que o conceito não reclama revisitação salvo para sua ainda maior ampliação e proteção das trabalhadoras e trabalhadores com medidas expropriadoras e socializantes.

7 BRASIL **Projeto de Lei n. 3500/2004**, que veda destinações de recursos de empresas públicas e sociedades de economia mista a pessoas físicas ou jurídicas condenadas por empregar trabalhadores em regime de trabalho análogo à escravidão, proposto pelo Deputado Federal Edson Duarte (PV-BA) e **Projeto de Lei n. 408/2015**, que veda a concessão de empréstimo ou financiamento em instituições financeiras da administração pública federal às pessoas físicas ou jurídicas que submeterem trabalhadores a condições análogas à de escravo, proposto pelo Deputado Federal Bebeto (PSB-BA).

8 BRASIL. **Projeto de Lei n. 1870/2015**, que dispõe sobre a cassação da eficácia da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ de estabelecimentos e empresas que mantiverem trabalhadores em condições análogas a escravidão e empresas que mantiverem trabalhadores em condições análogas a escravidão, proposto pelo Deputado Federal Roberto Alves (PRB-SP).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA SENADO. "Comissão aprova anteprojeto sobre expropriação de terras onde houver trabalho escravo", publicado em 17.10.2013 e atualizado em 02.03.2015, disponível em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/10/17/comissao-aprova-anteprojeto-sobre-expropriacao-de-terras-onde-houver-trabalho-escravo>. Acessado em 08.10.2016.

BARROS, Adriana Silveira Paes. "Falta legislação para caracterizar o trabalho escravo". In: **Consultor Jurídico**. Publicado em 28.09.2013, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-28/adriana-barros-falta-legislacao-caracterizar-trabalho-escravo>. Acessado em 20.12.2017.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940** - Código Penal

____. **Projeto de Lei n. 3500/2004**, que veda destinações de recursos de empresas públicas e sociedades de economia mista a pessoas físicas ou jurídicas condenadas por empregar trabalhadores em regime de trabalho análogo à escravidão, proposto pelo Deputado Federal Edson Duarte (PV-BA).

____. **Projeto de Lei n. 5.016, de 2005**, que estabelece penalidades para o trabalho escravo, altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973, que regula o trabalho rural, e dá outras providências, de autoria do Senador Renan Calheiros (PMDB/AL).

____. **Projeto de Lei do Senado n. 432, de 2013**, que dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências, de autoria do Senador Romero Jucá (PMDB/RR).

____. **Projeto de Lei n. 408/2015**, que veda a concessão de empréstimo ou financiamento em instituições financeiras da administração pública federal às pessoas físicas ou jurídicas que submeterem trabalhadores a condições análogas à de escravo, proposto pelo Deputado Federal Bebeto (PSB-BA).

____. **Projeto de Lei n. 1870/2015**, que "Dispõe sobre a cassação da eficácia da inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ de estabelecimentos e empresas que mantiverem trabalhadores em condições análogas a escravidão e empresas que mantiverem trabalhadores em condições análogas a escravidão, proposto pelo Deputado Federal Roberto Alves (PRB-SP)".

BENJAMIN, Walter. "Sobre o conceito de História". In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. Trad. Sérgio Paulo Rouanet, 7. ed., São Paulo: Brasiliense, 1994.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **101 propostas para a modernização trabalhista**. Brasília: CNI, 2012.

CONSULTOR JURÍDICO. **"Sem lei sobre terceirização, TST atuará como legislador"**. Publicado em 30.03.2014, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-30/entrevista-nelson-mannrich-advogado-trabalhista-professor-usp> Acessado em 23.12.2017.

____. **Mudança na definição de trabalho escravo por Ministério do Trabalho foi destaque**. Publicado em 21.10.2017, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-21/mudanca-definicao-trabalho-escravo-foi-destaque>Acessado em 20.12.2017.

CSMPT. "Das razões do inconformismo do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho em relação ao PLS n. 432/2013", exarado em 30.03.2015, disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3773702&disposition=inline> pp. 2-5. Acessado em 12.12.2017.

EXAME. **Os debates em torno das mudanças na lei do trabalho escravo**. Publicado em 21.10.2017, disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/os-debates-em-torno-das-mudancas-na-lei-do-trabalho-escravo/> Acessado em 21.12.2017.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. "Terceirização e trabalho análogo ao de escravo: coincidência?". In: **Repórter Brasil**, publicado em 24.06.2014, disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia> Acessado em 23.12.2017.

FOLHA DE SÃO PAULO. **STF não pode se converter em uma 'corte bolivariana', defende Gilmar**. Publicado em 03.11.2014, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1542317-o-stf-nao-pode-se-converter-em-uma-corte-bolivariana.shtml> Acessado em 21.12.2017.

LOCATELLI, Piero. "Congresso pode 'abrandar' PEC do Trabalho Escravo", in **Carta Capital**, publicado em 10.07.2014, disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/2018pec-do-trabalho-escravo2019-pode-ser-esvaziada-com-movimentacao-no-congresso-1993.html> Acessado em 08.10.2016.

LÖWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. **Caderno CRH**, Salvador, v. 26, 67, pp. 79-86, Jan./Abr.2013.

MANNRICH, Nelson. "Trabalho escravo: conceito a ser revisto". In: **Jota**, publicado em 08.07.2015, disponível em: <https://www.jota.info/artigos/trabalho-escravo-conceito-a-ser-revisto-08072015> Acessado em 20.12.2017.

MARINI, Ruy Mauro. **Dialética da Dependência**. Petrópolis: Vozes/ Buenos Aires: Clacso, 2000.

O GLOBO. **Chefe da fiscalização do Ministério do Trabalho pede a ministro revogação de portaria do trabalho escravo; norma é 'ilegal' e 'aniquila' lista suja, afirma**. Publicado em 19.10.2017a, disponível em: < https://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/chefe-da-fiscalizacao-do-ministerio-do-trabalho-pede-a-ministro-revogacao-de-portaria-do-trabalho-escravo-norma-e-ilegal-e-aniquila-lista-suja-afirma-documento.ghtml> Acessado em 21.12.2017.

____. **Trabalho escravo: com portaria, governo fez mudança que tramita no Congresso há 14 anos.** Publicado em 22.10.2017b, disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/trabalho-escravo-com-portaria-governo-fez-mudanca-que-tramita-no-congresso-ha-14-anos.ghtml> Acessado em 21.12.2017.

PESSOA, Fernando. **Mensagem**. Lisboas: Planeta De Agostini, 2006.

REDE BRASIL ATUAL. Com portaria do trabalho escravo suspensa, ruralistas buscam alternativas. Publicado em 03.11.2017, disponível em: < http://www.redebrasilatual.com.

br/cidadania/2017/11/com-portaria-do-trabalho-escravo-suspensa-ruralistas-buscam-alternativas> Acessado em 25.12.2017.

RORAIMA EM FOCO. "Romero Jucá quer mais tempo para discutir combate ao trabalho escravo", publicado em 15.07.2014, disponível em: <http://www.roraimaemfoco.com/romero-juca-quer-mais-tempo-para-discutir-combate-ao-trabalho-escravo-2>. Acessado em 08.10.2016.

SAFATLE, Vladimir. **Cinismo e falência da crítica.** 1. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2011

SAKAMOTO, Leonardo. "Dados de resgates mostram relação entre terceirização e trabalho escravo". In: **Blog do Sakamoto**, publicado em 30.03.2017, disponível em: <https://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2017/03/30/dados-de-resgates-mostram-relacao-entre-terceirizacao-e-trabalho-escravo>. Acessado em 12.12.2017.

SEFERIAN Scheffer Machado, Gustavo. "O mergulho da águia do oceano: afirmação terminológica do trabalho escravo como meio de enfrentamento" in SEFERIAN Scheffer Machado, Gustavo et alii (org.). **Tráfico de pessoas**: uma abordagem para os direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SILVÉRIO, Amanda. "A marginalização do trabalhador: ensaios históricos, políticos e jurídico-sociais sobre a questão do trabalho escravo no Brasil contemporâneo", tese apresentada à Academia Brasileira de Letras Jurídicas, laureada com o Prêmio Orlando Gomes – Elson Gottschalk 2017.

SILVA, José Afonso da. "Aplicabilidade das normas constitucionais". **Pensar**, Fortaleza, v. 2, n. 2, pp. 7-32, Ago.1993.

SLOTERDIJK, Peter. **Crítica da razão cínica**. Trad.: Marco Casanova, Paulo Soethe, Mauricio Mendonça Cardozo, Pedro Costa Rego, Ricardo Hiendlmayer. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

RECEBIDO EM: 27/01/2018
APROVADO EM: 17/04/2018

DEMOCRACIA, MORAL E DECISÃO

DEMOCRACY, MORAL, AND DECISION

Matheus Henrique dos Santos da Escossia[1]

RESUMO: O presente artigo busca investigar a legitimidade de decisões judiciais sobre temas moralmente controversos. Para tanto, será demonstrada que a democracia possui conteúdo moralmente intrínseco, o qual deve reger as deliberações públicas. Nesse sentido, serão estudadas as principais categorias do "direito como integridade" de Ronald Dworkin e da proposta jurisprudencialista de António Castanheira Neves, a fim de oferecer parâmetros para que se compreenda as decisões judiciais sobre tais temas, sem que isso implique em furtar o regime democrático. O trabalho está baseado no estudo bibliográfico, bem como calcado no método dialético entre os marcos teóricos utilizados.

Palavras–Chave: Decisão judicial. Moralidade. Ética. Democracia. Legitimidade.

ABSTRACT: The following paper aims to investigate the judicial decisions' legitimacy about morally controversial themes. Therefore, we will demonstrate the inherent morally content under democracy, which must rein the public deliberation. In this way, we will analyze the main categories about "Law as integrity", by Ronald Dworkin, and the *jurisprudencialista* proposal, by António Castanheira Neves, in order to offer parameters to understand the judicial decisions over these themes, without disturb the democratic regime. The paper is based on bibliographical study, as well in the dialectical method along the theoretical frameworks used.

Keywords: Judicial Decision. Morality. Ethics. Democracy. Legitimacy.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ativismo judicial, politização da justiça, judicialização da política, supremacia judicial... Todos esses conceitos (BRANDÃO, 2012, p. 14-21; CAMPOS, 2014, p. 149 e ss) têm se tornados habituais no universo jurídico. E essa habitualidade é fruto da ascensão do Poder Judiciário, fenômeno que é observado para além das fronteiras brasileiras. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2015, p. 28),

1 Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado no Rodrigo Brandão Advogados. Editor da Revista Publicum. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). matheushsescossia@gmail.com.

> Por fim, simultaneamente a esses novos desenvolvimentos teóricos, verificou-se, também, vertiginosa ascensão do Poder Judiciário. O fenômeno é universal e também está conectado ao final da Segunda Grande Guerra. A partir daí, o mundo deu-se conta de que a existência de um Poder Judiciário independente e forte é um importante fator de preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político.

Dentre os fatores de destaque que justificam o protagonismo do Judiciário (especialmente das Cortes Constitucionais) estão:

a) aproximação entre direito e ética (BARROSO, 2013, p. 121), com o retorno da justiça como elemento constitutivo do direito;

b) a filosofia pós-positivista do direito, que visa romper com a percepção de que o direito se esgota na norma (posta) (STRECK, 2009, p. 7);

c) a verificação de que as normas não se reduziriam às regras, tendo em vista que os princípios também possuem normatividade (ÁVILA, 2010, p. 30 e ss; DWORKIN, 2002, p. 39; ALEXY, 2008, p. 85 e ss);

d) a centralidade da Constituição no sistema jurídico, que posteriormente viria a traçar os contornos do neoconstitucionalismo (BARROSO, 2013, p. 190; SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 200 e ss);

e) o princípio da dignidade da pessoa humana, que passa a constituir o vértice do ordenamento, seja como norma, seja como valor (BARROSO, 2010).

Consequência principal desse cenário está a judicialização de questões de profundo "desacordo moral" (WALDRON, 1999, pp. 11-12), em que supostamente haveria uma crença de que se alcançariam respostas consensuais a elas (BELLAMY, 2010, p. 36). Nas palavras de Michael Sandel (2013, p. 36), "a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre a justiça e a injustiça."

Nesse contexto, o tema que se mostra intransponível para avaliar o comportamento do Judiciário é debater exatamente o seguinte pressuposto: como acomodar Judiciário e democracia? De maneira mais específica, qual a legitimidade de decisões judiciais que avancem em temas de profundo "desacordo moral"?

Essa questão ganha ainda mais relevo quando se parte da crença comum de que a legitimidade democrática só se operacionaliza a partir do voto popular (SCHMITT, 1982, p. 230; TAVARES, 1998, p. 72). Ou seja, os juízes, por serem representantes não eleitos, supostamente não teriam legitimidade para deliberar sobre temas reservados às instâncias tradicionais.

Os casos a seguir demonstram a atuação do Judiciário em temas que extravasam o âmbito jurídico.

No Carnaval de 1989, meses depois da Constituição de 88 ter sido promulgada, a Beija-Flor de Nilópolis trouxe o samba-enredo *Ratos e Urubus, larguem minha fantasia!*, idealizado pelo carnavalesco Joãosinho Trinta (LIMA, 2013, pp. 3-4; SILVA, 2014, pp. 14-36). A primeira alegoria, chamada de *Cristo Mendigo*, trazia um carro abre-alas contendo a imagem do Cristo Redentor reproduzido tal como mendigo fosse.

No entanto, dias antes do desfile, a Cúria Metropolitana do Rio de Janeiro entrou com uma ação judicial requerendo a proibição do uso de um ícone religioso no Carnaval. A liminar dessa ação foi acolhida e a solução encontrada pelo carnavalesco foi cobrir o Cristo Mendigo com um saco plástico preto e colocar um cartaz com os dizeres "mesmo proibido olhai por nós".[2]

Ainda sobre a "censura judicial da moralidade pública", em 2005 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se deparou com um Agravo de Instrumento em uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, versando sobre a música "E por que não?" da banda Bidê ou Balde.[3]O recurso se destinava à obtenção de tutela antecipada recursal, de modo que fossem admitidos os seguintes pedidos:

> a) a proibição de divulgação do CD "Acústico MTV Bandas Gaúchas", bem como a execução do CD "Se Sexo é o Que Importa, só o Rock é sobre Amor" e DVD, na faixa "E por que não?", da Banda Bidê ou Balde, através dos veículos de comunicação, falados ou televisionados, do Rio Grande do Sul, sob pena de multa diária, no valor correspondente a cem salários mínimos, por dia de descumprimento, depositado no Fundo Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente;
>
> b) a notificação das gravadoras e da Banda de Rock para publicarem nota, na imprensa local, cientificando os meios de comunicação da determinação judicial ora pleiteada, bem como recolher todos os CDs e DVDs, visando impedir a comercialização, sob pena de multa, abstendo-se de produzir nova edição, cominando-se, igualmente, a aplicação de multa diária pelo descumprimento.

Havia a alegação de que a letra da música violava direitos das crianças, uma vez que a estimulava o incesto e a pedofilia, em frases como "Eu estou cantando pra minha menina, Pra ver se eu convenço ela a entrar na minha" e "E por que não?Teu sangue é igual ao meu, igual ao meu" (CARDIN, MOCHI, 2012, pp. 1325-1328).

O voto vencedor não foi no sentido de "censurar" a música e retirá-la de circulação, tal como pretendido pelo Ministério Público, mas sim aplicar uma multa ao faturamento dos CDs e DVDs que contivessem a música, bem como em shows que ela fosse executada. Partiu-se do pressuposto de que esse seria o meio mais adequado a proteger a criança e o adolescente.

Todavia, há de se frisar o voto divergente, do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Ele concordou que a música seria "chocante" e de "péssimo gosto". No entanto, optou pela "autorrestrição judicial" (SUNSTEIN, 2001, p. 3) ao negar a tutela recursal, pois se caso fizesse traria luzes e valorizaria a música.

Um terceiro caso, mais recente e que também conta com a participação do Judiciário em questões "moralmente controversas", repousa sobre a figura dos "MCs Mirins". O funkeiro MC Pedrinho, de 12 anos, tem sido proibido de fazer shows pelo

2 **Campeões da memória – Beija-Flor 1989: Ratos e Urubus, larguem minha fantasia**. Luís Carlos Magalhães e Fábio Fabato. 20'27". Disponível em < https://www.youtube.com/watch?v=4T0-ROEpM2M>. Acesso em 08 jul 2015.

3 TJRS, Agravo de Instrumento n. 70013141262, Desembargador Relator Ricardo Raupp Ruschel, julgado em 07 de dezembro de 2005.

país, uma vez que suas letras incentivam a pornografia e o consumo de álcool.[4]Esse caso se junta a tantos outros, em que há o questionamento da participação de crianças nesse gênero musical.[5]

Obviamente, inúmeros outros casos poderiam ser catalogados como de "elevado desacordo moral". A agenda do Supremo Tribunal Federal é repleta de julgamentos que vão além das questões estritamente jurídicas, tais como a interrupção da gestação de feto anencefálico,[6] o reconhecimento da união homoafetiva,[7] violência doméstica,[8] cotas raciais, [9] dentre tantas outros.

Retomando os três casos supracitados, o que eles têm em comum? A ideia de que o Judiciário opera como um verdadeiro "censor da moralidade pública", decidindo sobre quais os valores morais devem ser predominantes. Na expressão de Ingeborg Maus (2000, pp. 183-202), o Judiciário se torna verdadeiramente um "superego" da sociedade, em que essa perde sua autonomia para deliberar sobre temas atinentes à pauta pública.

> Com a apropriação dos espaços jurídicos livres por uma Justiça que faz das normas "livres" e das convenções morais o fundamento de suas atividades reconhece-se a presença da coerção estatal, que na sociedade marcada pela delegação do superego se localiza na administração judicial da moral. A usurpação política da consciência torna pouco provável que as normas morais correntes mantenham seu caráter originário. Elas não conduzem a uma socialização da Justiça, mas sim a uma funcionalização das relações sociais, contra a qual as estruturas jurídicas formais outrora compunham uma barreira. [...] (MAUS, 2000, p. 202)

É insofismável que a atuação do Judiciário em tais casos é cercada de riscos. Risco de se impor uma norma moral travestida de norma jurídica à sociedade. Risco de arrefecer potenciais debates públicos. E principalmente, o risco de subestimar o alcance de outros canais institucionais, tais como o terceiro setor, a imprensa e a própria legislatura. Em linhas gerais, há um risco de que o certo, o justo e o correto passem a ser sinônimos, apenas, de decisão judicial.

Independente dos (des)acertos das decisões dos três casos mencionados, a proposta do presente artigo é avaliar a dimensão representativa democrática do Judiciário

---

4 "Justiça comum é quem deve avaliar trabalho artístico de crianças, diz entidade". CONJUR. 28 mai 2015. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-mai-28/justica-comum-avaliar-trabalho-artistico-crianca-abert2>. Acesso em 08 jul 2015. "Justiça proíbe realização de show de funkeiro mirim em casa noturna". G1. 09 jan 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/sao-paulo/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2015/01/justica-proibe-realizacao-show-de-funkeiro-mirim-em-casa-noturna.html>. Acesso em 08 jul 2015. "Justiça paulista proíbe shows de funkeiro mirim "MC Pedrinho" em todo país". O Globo. 26 mai 2015. Disponível em <http://oglobo.globo.com/sociedade/justica-paulista-proibe-shows-de-funkeiro-mirim-mc-pedrinho-em-todo-pais-16267606>. Acesso em 08 jul 2015.

5 "Ministério Público abre inquérito sobre 'sexualização' de MC Melody". G1. 24 abr 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>. Acesso em 28 jul 2015.

6 ADPF 54, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. DJe em 29 de abril de 2013.

7 ADPF 132, Ministro Relator Ayres Britto. Julgada em 05 de maio de 2011. DJe 13 de outubro de 2011.

8 ADC 19, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 09 de fevereiro de 2012. DJe em 28 de abril de 2014.

9 ADPF 186, Ministro Relator Ricardo Lewandowski. Julgada em 26 de abril de 2012. DJe em 17 de outubro de 2014.

(REIS, 2014, pp. 343-359) e como essas decisões sobre temas moralmente controversos podem fazer sentido em uma democracia.

Para tanto, no item seguinte será avaliada a proposta de democracia substancial a partir de Ronald Dworkin e como o "direito como integridade" pode oferecer balizas para perceber que decisões de elevado indeterminismo moral podem ser legítimas, ainda que se questione se é ou não a mais acertada.

No item 3, será apresentada a metódica jurisprudencialista de Castanheira Neves, que em conjunto com as lições de Ronald Dworkin, é capaz de pavimentar um caminho em que democracia, moral e decisão judicial sejam elementos compatíveis.

2. DEMOCRACIA E INTEGRIDADE EM DWORKIN: *É POSSÍVEL FALAR EM DECISÃO JUDICIAL DEMOCRÁTICA?*

Conforme tratado no item anterior, é desafiador compreender as decisões judiciais em temas moralmente controversos. Especialmente quando se percebe a dificuldade salientada pelo Ministro Cezar Peluso, exteriorizada no julgamento da interrupção antecipada da gravidez de feto anencéfalo: "Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem".[10-11]

Será que apenas com o voto popular os magistrados estariam aptos a interferir em questões que se situam nos limites entre o direito e a moral? Será que a vontade popular representa a decisão mais acertada sobre esses temas? Como o juiz deve(ria) se portar diante desses casos?

As principais lições de Ronald Dworkin, tratadas nos dois tópicos a seguir, serão cruciais para a superação desses questionamentos.

2.1 A DEMOCRACIA SUBSTANCIAL E O CONTEÚDO MORAL INTRÍNSECO

As teorias constitucionais contemporâneas têm se ocupado em equacionar as seguintes variáveis: a) a modalidade de democracia (SARTORI, 1993, pp. 3-14); b) qual o sentido de Constituição. Nesse sentido, Constituição e democracia são indissociáveis.

> Aprendemos dolorosamente que a democracia só é democrática se for constitucional. A vontade ilimitada da eventual maioria é ditadura, é a negação mesma da própria ideia de democracia. [...] Do mesmo modo, não menos dolorosamente, aprendemos que o constitucionalismo só é constitucional se for democrático.(CARVALHO NETTO, 2003, p. 15)

10 ADPF 54, Ministro Relator Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012. DJe em 29 de abril de 2013. p. 245.

11 Esse trecho do foto do Ministro Peluso é capaz de desatar outro debate profícuo na Teoria Constitucional, qual seja a figura do "Legislador Negativo" kelseniano no controle de constitucionalidade. Frise-se a necessidade de contextualizar essa figura com o paradigma de Constituição predominante no início do Século XX. A figura do "Legislador Negativo" talvez não tivesse sido pensada em um contexto de Constituição Compromissória... Cf. (KELSEN, 2013,pp. 237-298.;(BRANDÃO. 2012. p. 59)

É possível catalogar duas correntes distintas que vislumbram a superação dessa equação. De um lado estão os procedimentalistas, cujo enfoque se encontra na formação da vontade democrática. De outro, estão os substancialistas, que enxergam a Constituição como pauta de valores e, consequentemente, esses valores seriam inerentes ao conteúdo da democracia.

O propósito do presente texto não é esgotar as discussões acercas dessas correntes, até porque elas englobam matrizes divergentes. Além disso, essa categorização sonega peculiaridades e contornos que questionam classificações usuais e que têm sido amplamente divulgadas como teses substancialistas ou procedimentalistas.

Sobre o procedimentalismo, o ponto relevante é que o pêndulo das duas variáveis acima se inclina mais para a democracia. Por consequência, o papel da Constituição é se fazer presente nos direitos básicos para a formação da vontade democrática, tais como os direitos de liberdade (liberdade de expressão, associação, reunião...) e direitos políticos (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, p. 221; CRUZ, 2014, p. 200; CATTONI, 2006, p. 110).

Um dos principais expoentes do procedimentalismo é Jürgen Habermas. Elemento essencial em sua teoria é a ideia de "autolegislação", segundo a qual os destinatários das normas seriam ao mesmo seus autores (HABERMAS, 2010, p. 186). Para tanto, esse sentimento seria alcançado por meio do "princípio do discurso" e do "princípio democrático". Em linhas gerais, o primeiro estaria alinhado à razão comunicativa, em que os sujeitos agiriam com o fim de alcançar o entendimento. O segundo, por sua vez, consiste na institucionalização do primeiro.

> A teoria do discurso acolhe elementos de ambos os lados e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Esse *procedimento democrático* cria uma coesão interna entre *negociações, discursos de auto-entendimento* e *discursos sobre a justiça,* além de fundamentar a suposição de que sob tais condições almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos. Com isso, a razão prática desloca-se dos direitos universais do homem ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas que extraem seu teor normativo da base validativa da ação que se orienta ao estabelecimento de um acordo mútuo, isto é, da estrutura da comunicação linguística.(HABERMAS, 2002, p. 278)

Essas categorias acima já denotam que Habermas se filia a uma visão procedimentalista de enxergar a democracia (deliberativa) (NINO, 1996, pp. 1-14; ALEXY, 2015, pp. 41-68) e a Constituição. Outro aspecto que reforça essa classificação está presente nos direitos básicos que devem compor o sistema de direitos, o qual será o meio que operacionalizaria os princípios supracitados (HABERMAS, 2010, p. 194).

> i) Direitos fundamentais de liberdades subjetivas de agir.
> ii) Direitos fundamentais de associação voluntária à comunidade jurídica.
> iii) Direitos fundamentais de proteção dos direitos individuais.
> iv) Direitos fundamentais de participar do processo político.
> v) Direitos fundamentais sociais para o exercício dos quatro primeiros. (HABERMAS, 2010, pp. 188-189)

Outro autor que igualmente pode ser referenciado como procedimentalista é Robert Dahl. Para o autor, o Judiciário deveria intervir para assegurar as precondições

do processo democrático, quais sejam: *i*) participação efetiva (a possibilidade de o cidadão expressar suas preferências); *ii*) igualdade de voto no estágio decisivo (independente da forma de sufrágio); *iii*) compreensão esclarecida (por meio da educação e discussão pública); *iv*) controle da agenda (a possibilidade de os cidadãos influírem na pauta pública) (DAHL, 2012, pp. 170-181).

Mais uma vez, em que pese às peculiaridades de cada autor, o fio condutor comum da corrente procedimentalista repouso no "meio" em que será consubstanciada a vontade democrática. Em outras palavras, a principal preocupação repousa sobre os canais institucionais de deliberação pública ou como ela irá ocorrer. A decisão ocupa foco secundário em teorias que se filiam a essa corrente.

De maneira oposta está a corrente substancialista. Essa corrente se preocupa com o "que" é decidido pela comunidade. O pêndulo, por consequência, se inclina mais pelos direitos fundamentais, uma vez que a deliberação pública tomada pelos canais majoritários nem sempre se sobressairá. Cite-se, por exemplo, o "direito das minorias" (TOCQUEVILLE, 2005, p. 294) e as cláusulas pétreas. Conforme síntese de Lenio Luiz Streck (2004, pp. 162-163):

> em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos texto constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política.

No entanto, não se está a afirmar que por essa concepção a democracia cede perante a supremacia constitucional. Pelo contrário, a ideia de democracia passa a pressupor decisões substantivas. Assim, o que é democrático não é necessariamente o que a maioria deseja (MENDES, 2008, p. 4). Os valores e fins constitucionais constituem novos parâmetros que devem ser alcançados pelos meios de deliberação da comunidade. Consequentemente, a jurisdição constitucional *substancialista* deve ser mais abrangente (SARMENTO, SOUZA NETO, 2012, pp. 219-220; CAMPOS, 2014, p. 164) que a jurisdição constitucional *procedimentalista*.

E é nessa visão que se acomoda o pensamento de Ronald Dworkin.

A obra *O Direito da Liberdade* traz a análise de uma série de artigos em que o autor avalia a atuação da Suprema Corte americana em casos paradigmáticos (por exemplo, aborto, eutanásia e pornografia). O principal objetivo da análise é traçar os contornos do Judiciário em uma democracia.

E a premissa fundamental está na "leitura moral da Constituição", a qual legitima a supremacia judicial. A Constituição norte-americana encarta diversos valores morais que devem ser concretizados por meio da interpretação judicial.

> A leitura moral, assim, insere a moralidade política no próprio âmago do direito constitucional. Mas a moralidade política é intrinsecamente incerta e controversa; por isso, todo o sistema de governo que incorpora tais princípios a suas leis tem de decidir quem terá a autoridade suprema para compreendê-los e interpretá-los. No sistema norte-americano atual, essa autoridade cabe aos juízes e, em última instância, aos juízes da Suprema Corte.(DWORKIN, 2006, pp. 2-3)

A Constituição encarna dois princípios principais que devem reger a comunidade: o da igualdade (*equal concern*) e o da liberdade (DWORKIN, 2006, p. 11). Além disso, a integridade (que no direito será tratada no item seguinte) é outro elemento central, que traçará as balizas para a concretização desses valores/princípios.

A dificuldade consiste em enxergar como se dará a atuação do Judiciário sobre os valores morais em um contexto democrático. Para tanto, Dworkin aduz que não há consenso sobre o que seja democracia e que a premissa majoritária é apenas mais uma forma de deliberação política (DWORKIN, 2006, p. 24).

Nesse sentido, ele propõe a concepção constitucional de democracia, a qual se caracteriza pelo conteúdo das decisões coletivas. Essas devem concretizar o princípio da igualdade, independente do procedimento adotado (observe a faceta substancialista), que pode ou não ser o majoritarianismo.

> Em suma, a concepção constitucional de democracia assume em relação ao governo majoritário a atitude descrita a seguir. A democracia é um governo sujeito às condições – podemos chamá-las de condições "democráticas" – de igualdade de status para todos os cidadãos. Quando as instituições majoritárias garantem e respeitam as condições democráticas, os veredictos dessas instituições, por esse motivo mesmo, devem ser aceitos por todos

A tomada das decisões coletivas poderia ser de dois modos: i) a ação coletiva estatística; ii) a ação coletiva comunitária. Essa repartição será crucial para se perceber o modelo de democracia proposto por Dworkin.

O primeiro modo (ação estatística) se caracterizaria pela soma atomizada dos interesses individuais dos membros da coletividade. Logo, o princípio majoritário seria oretrato desse modo de atuação da coletividade, já que o sentido de "grupo" não representaria um ente distinto dotado de conteúdo moral próprio. Grupo seria uma questão meramente numérica (DWORKIN, 2006, p. 30).

Por outro lado, o segundo (ação comunitária) pressupõe uma coesão do grupo para além da soma dos interesses individuais. Nas palavras de Dworkin (2006, p. 30)

> Mas a ação coletiva é comunitária quando não pode ser reduzida a mera função estatística das ações individuais, quando pressupõe um *agente* coletivo especial e distinto. Ela acontece quando os indivíduos agem juntos de forma que fundam suas ações separadas num ato ulterior unificado que, encarado em seu conjunto, é um ato *deles*.

Pelo modo de ação comunal, ainda que a comunidade tenha interesses políticos divergentes, a decisão predominante passa a ser a decisão do grupo (ente coletivo) e não da maioria vencedora nos palcos de decisão.

Para Dworkin, essa modalidade de ação é que deve prevalecer na concepção constitucional da democracia. Além do modelo de ação, outros três requisitos são indissociáveis dessa concepção: *i*) condição estrutural, ou formação histórica da coletividade; *ii*) igualdade de consideração dos indivíduos que compõem o grupo (inclusive entre os grupos minoritários componentes da coletividade); *iii*) independência moral (DWORKIN, 2006, p. 37).

Em razão disso, limitar a democracia apenas aos procedimentos de consolidação da vontade democrática seria insuficiente, pois

> a dificuldade verdadeira e profunda da democracia, posta a nu pelas discussões constitucionais, é que ela é um esquema de governo *incompleto* do ponto de vista de seus processos. Não pode prescrever os processos pelos quais se poderia saber se as condições que ela exige para os processos que de fato prescreve estão sendo atendidas. (DWORKIN, 2006, p. 51)

Em razão desse conteúdo moral intransponível, a atuação do Judiciário passa a extravasar a postura de assunção das precondições democráticas, tal como proposto pela abordagem procedimentalista. A atuação das Cortes deve se voltar para a concretização dos valores constitucionais, bem como afirmar os valores morais transcritos na Constituição. Ou nas palavras de Dworkin, exercer a "leitura moral da Constituição".

Antes de se aprofundar na abordagem de Castanheira Neves, que também se inclina a esse modelo substancial de democracia, cumpre tecer algumas ponderações acerca do "modo" em que o Judiciário deve se portar nesse regime. Por esse motivo, na seção seguinte serão tratados os principais pontos do "direito como integridade" segundo Ronald Dworkin. Esses marcos teóricos serão imprescindíveis para se compreender as decisões judiciais em temas moralmente controversos.

2.2 O DIREITO COMO INTEGRIDADE E O CAMINHO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Conforme observado, Dworkin propõe um modelo substancial de democracia, em que a atuação judicial faz parte da concretização de seu conteúdo, especialmente o princípio da igualdade entre os membros. Em síntese,

> Pensemos, porém, em uma definição diferente de democracia: democracia significa autogoverno com a participação de todas as pessoas, que atuam conjuntamente como membros de um empreendimento comum, em posição de igualdade. Em minha opinião, trata-se de um modo muito mais atraente de entender a força da democracia do que aquele representado pela regra da maioria. A regra da maioria só é democrática quando certas condições prévias – as condições democráticas de igualdade dos membros – são atendidas e mantidas.
>
> [...] Portanto, caso se adote essa concepção coparticipativa de democracia, o argumento de que o controle de constitucionalidade é, por natureza, incompatível com a democracia, cai por terra.(DWORKIN, 2010)

Tendo por base que a atuação judicial sobre questões moralmente controversas faz parte do próprio contexto democrático, como deve ser essa atuação?

Essa pergunta conduz a algumas reflexões a partir de categorias centrais na filosofia do direito de Ronald Dworkin.

Dworkin busca formular uma teoria alternativa ao positivismo jurídico (esse também será um dos motes tratados por Castanheira Neves), em especial ao positivismo de Herbert Hart (DWORKIN, 2002, p. 35). Dois são os pontos principais combatidos: i) a separação entre direito e moral (ou ao menos a conexão não necessária que a corrente sustenta) (ALEXY, 2009, pp. 3-28); ii) a discricionariedade do julgador no momento de decisão judicial.

A primeira premissa passa pela conexão entre o direito e a moral. Nesse sentido, Dworkin vislumbra um sistema baseado em regras e princípios, com essas duas

modalidades se enquadrando na condição de norma (princípios também trariam uma lógica deôntica).

A diferença entre esses tipos de norma seria de natureza lógica. Regras são aplicadas no "tudo-ou-nada", ao passo que os princípios possuem uma dimensão de peso, podendo se intercruzarem no momento de aplicação (DWORKIN, 2002, pp. 39-42).

A segunda premissa é o ponto nevrálgico de sua teoria, já que busca romper com uma das principais características das teorias positivistas – a discricionariedade no momento de aplicação das normas.

A "moldura normativa" na *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen (2009, p. 390) e a "textura aberta da linguagem" no *Conceito de Direito* de Hart, ainda que com suas peculiaridades, desembocam no problema da discricionariedade judicial. Para Hart, diante de casos não regulamentados (espaço jurídico vazio) (BOBBIO, 1995, p. 127) ou diante da indeterminação da linguagem, o juiz estaria autorizado a "criar" o direito (HART, 2009, p. 351).

E a margem de discricionariedade do julgador inevitavelmente conduziria a um contexto de "decisionismo" ou como alerta Lenio Streck, a um "juiz solipsista".

> portanto, há que se ter o devido cuidado: a afirmação de que o "intérprete sempre atribui sentido (Sinngebung) ao texto" nem de longe pode significar a possibilidade de autorizá-lo a "dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem "existência" autônoma). (STRECK, 2009, p. 213)

É justamente contra esse campo de atuação irrestrito que Ronald Dworkin estabelece suas principais categorias.

A tese "criacionista do direito" de Hart é desde logo rechaçada. Para Dworkin (2002, p. 127), "em minha argumentação, afirmarei que, mesmo quando nenhuma regra regula o caso, uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa." Essa construção fica ainda mais evidente com a perspectiva do "direito como Integridade".

Na obra, *O Império do Direito*, o autor discorre sobre dois modelos de se compreender o direito, quais sejam: i) Convencionalismo; ii) Pragmatismo.

O traço característico da primeira corrente está na tradição. O fator determinante no momento de decisão é saber como os Tribunais decidiram em casos pretéritos, pois seriam o retrato das convenções sociais difusamente aceitas (DWORKIN, 2007, p. 144). É possível afirmar que as decisões estariam inclinadas ao passado, caso se adote o modelo convencionalista de direito.

De outro modo, a concepção pragmatista está fincada no futuro. O juiz pragmatista estaria autorizado a decidir de maneira mais conveniente a justiça, equidade ou alguma outra virtude (DWORKIN, 2007, p. 197). A jurisprudência de um Tribunal, por exemplo, seria facilmente superada, se assim o fosse melhor para a comunidade.

Dworkin reconhece que o Pragmatismo é um meio muito sedutor de se pensar o direito. No entanto, a coerência das decisões é sonegada e isso seria exigência da própria personificação da comunidade como agente moral distinto da soma atomística dos cidadãos, conforme tratado no item anterior.

E a coerência decorre da incorporação da *integridade política* pela comunidade, que nas palavras do autor (DWORKIN, 2007, p. 204):

> a integridade política supõe uma personificação particularmente profunda da comunidade ou do Estado. Pressupõe que a comunidade como um todo pode se engajar nos princípios de equidade, justiça ou devido processo legal adjetivo de algum modo semelhante àquele em que certas pessoas podem engajar-se em convicções, ideais ou projetos, o que a muitos vai parecer uma metafísica ruim.

A integridade na aplicação judicial é o elemento distintivo que Dworkin insere entre o Convencionalismo e o Pragmatismo. Surge então o "direito como integridade" justamente com o propósito de concatenar aspectos desses modelos. O magistrado, ao decidir, deve buscar determinadas virtudes para a comunidade, sem descurar do que fora decidido no passado (DWORKIN, 2007, p. 271).

A responsabilidade por concretizar o princípio da integridade é compartilhada tanto pelos legisladores quanto pelos juízes, uma vez que a integridade se faz presente tanto na legislação quanto no julgamento.

E a integridade no julgamento é a razão pela qual o modelo pragmatista deve ser descartado. Os direitos não podem ser percebidos como instrumentos pelo julgador, com os quais ele poderia fazer "o que é melhor para a comunidade". Pelo contrário, a integridade exige a coerência nas decisões, articulando os princípios comunitários juntamente com as tradições desenvolvidas ao longo das épocas.

A metáfora do "Romance em Cadeia" cumpre o papel de dimensionar como o juiz deve decidir com integridade (DWORKIN, 2007, p. 276). Nas palavras de Vera Karam de Chueiri (1995, p. 99),

> Ainda que literariamente inviável, este exemplo de construção do texto se aproxima à tomada de decisão num caso difícil, a partir da consideração do direito como *integridade*. Há, entre os escritores, o objetivo de criar, coletivamente, um romance único que será o melhor possível. Ou seja, uma mediação entre o romance que é (o já escrito) e o que deve ser (a possibilidade do melhor).

A metáfora literária reproduz de maneira didática como o magistrado deve se portar diante do caso. Ele deve levar em conta os julgamentos análogos pretéritos, tal como se os capítulos de uma obra fossem. O principal desafio seria manter a coerência da obra além de conferir a sua influência nos capítulos que se sucederão (DWORKIN, 2005, p. 238).

Além do "Romance em Cadeia", Dworkin lança mão de outra metáfora literária para descrever como deve ser a atuação judicial. Trata-se do "Juiz Hércules", "[...] um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade." (DWORKIN, 2005, p. 287)

Esse "tipo ideal de magistrado" seria capaz de alcançar todos os princípios subjacentes ao caso concreto, bem como levar em consideração a jurisprudência consolidada, a integridade da legislação e a relevância da decisão no "fórum de princípios" (na comunidade).

> Neste estágio interpretativo cabe a Hércules buscar e construir teorias interpretativas da prática em questão, as quais ele submeterá a sucessivos testes, até que se chegue à melhor possível: a que responda as exigências de ajuste e justificação. (CHUEIRI, 1995, p. 132)

Essa metáfora representa um "tipo ideal", até porque o magistrado sofre condicionamentos dos limites da racionalidade humana. No entanto, a proposta consiste em uma interpretação construtivista "hercúlea", com base no "direito como integridade", a fim de alcançar a "resposta correta".

Daí surge outro tipo ideal. Ronald Dworkin não propõe uma "resposta" que se sagre vencedora e imbatível em cada caso (ALEXY, 1998, p. 15), mas sim que a atuação do magistrado se paute na busca por esse marco.

Tal como um horizonte, inesgotavelmente inalcançável, a importância repousa no esforço empreendido em alcançá-lo. Mais uma vez recorrendo à literatura, Dworkin (2005, p. 209) assim explicita

> no exercício literário, os participantes são instruídos a responder a certas questões altamente específicas que, como a máquina supostamente provou , não podem ser consideradas questões sobre o mundo exterior. São instruídos a submeter suas respostas às disciplinas da reflexão e da coerência e, depois, a fazer certas afirmações que a instrução que receberam os autoriza a fazer com base na autoridade dessas respostas assim disciplinadas.

Surge então a postura do magistrado em buscar a "resposta mais adequada" (STRECK, 2010, pp. 15-45), tomando por base a integridade, a coerência e a dimensão política de sua decisão, tanto com relação ao passado, quanto ao futuro.

As principais categorias na teoria de Dworkin – democracia substancial; conexão entre direito e moral; "direito como integridade"; "romance em cadeia"; "Juiz Hércules" e tese da "resposta correta" – já seriam capazes de fornecer subsídios para se compreender as decisões judiciais em uma democracia.

No entanto, mais uma categoria se afigura como essencial para análise. Trata-se da distinção entre *policies* e *principles*. Em linhas gerais, cada termo representaria a argumentação que deveria ser predominante no Poder Legislativo ou no Poder Judiciário.

Os argumentos de política (*policies*) se traduzem na argumentação destinada ao "bem-estar" da coletividade, tipicamente prevalente nas esferas de representação tradicional (Parlamentos).

> Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.(DWORKIN, 2002, p. 36)

Por outro lado, os argumentos de princípio (*principles*) buscam a prevalência dos direitos individuais, argumentação típica das arenas judiciais.

> Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. (DWORKIN, 2002, p. 36)

A atuação jurisdicional é restrita pelas circunstâncias do caso e pelas partes envolvidas, o que já impediria de tomar decisões mais abrangentes. Além disso, o compromisso com os direitos de uma minoria podem operar como "trunfos" diante dos procedimentos políticos majoritários, conforme observado na seção anterior.

Aproximando esses ensinamentos às situações enunciadas na introdução, nota-se que a decisão judicial diante de um "desacordo moral razoável" só há de fazer sentido em uma democracia se se adotar a postura proposta por Ronald Dworkin. As preferências pessoais do julgador acerca de religião e moralidade pública não podem prevalecer sobre a coerência com os casos pretéritos decididos e sobre os princípios que envolvem os casos submetidos à apreciação.

A "censura judicial" sobre ícones religiosos no Carnaval, sobre músicas que veiculem relações incestuosas (e também contendo suposta apologia à pedofilia) e sobre a atuação dos "MC Mirins", todas verdadeiramente retratam um *caso difícil*, em que não há uma regra *a priori* incidente sobre o caso. Com isso, torna-se imperioso perfilar as categorias propostas por Dworkin no sentido de obter a "resposta mais adequada". Além disso, pode-se indagar se não seria o caso de adotar uma postura autorrestritiva,12 de modo que a própria comunidade buscasse a deliberação "fora" das arenas judiciais, a fim de criar uma consciência coletiva se esses casos serão judicializados.

No tópico seguinte, serão explorados os principais aportes do Jurisprudencialismo de Castanheira Neves, o qual poderá oferecer novas reflexões sobre como enxergar decisões judiciais sobre temas moralmente controversos.

3. O JURISPRUDENCIALISMO DE CASTANHEIRA NEVES: *UMA PROPOSTA VIÁVEL?*

No tópico anterior, buscou-se avaliar as categorias centrais na obra de Ronald Dworkin, com o intuito de fornecer balizas para a melhor compreensão de como é possível as decisões judiciais em temas moralmente controversos sem que isso fira o regime democrático.

A busca pela legitimidade desse espaço das decisões judiciais segue no presente tópico. Nesse momento, serão investigados os elementos centrais acerca da proposta *jurisprudencialista* de Castanheira Neves. Essa teoria está em plena sintonia com as proposições de Dworkin e sua interação é capaz de fornecer importantes aportes para se compreender o objeto desse estudo.

Castanheira Neves (2008a, pp. 43-72) indaga a autonomia do direito nos dias de hoje. Para tanto, ele realiza uma profunda incursão ao longo de categorias filosóficas a fim de expor essa problemática, com especial preocupação no sentido que o termo "direito" traz, pois

> [...] ao falar de 'autonomia' (autonomia do direito) pretendo naturalmente referir-me a uma sua auto-subsistência de sentido e não menos à sua auto-afirmada especificidade já intencional nos fundamentos, já teleológica nos critérios, já de material determinação nos conteúdos – sem excluir decerto a possível, a necessária integração no global universos prático humano [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 48)

12 Conforme salientado, essa postura autorrestritiva é mais comum em jurisdições *procedimentalistas*. Mas ser ativista ou autorrestritivo é condicionado por múltiplos fatores.

Duas correntes que buscavam trazer a definição do sentido do direito são combatidas pelo autor: o normativismo (ou positivismo jurídico, assim como Ronald Dworkin fez) e o funcionalismo jurídico. A primeira deveria ser afastada em razão de propor uma definição abstrata, pautada apenas na normatividade (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 51). E a segunda deve ser descartada pela crença de que o direito seria carente de autonomia, servindo apenas como instrumento de outros segmentos (social, político, econômico...) (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, pp. 56-57).

Em meio a essas duas concepções, Castanheira Neves traça o seu sentido de direito em que a autonomia se veja resgatada. Algumas exigências são feitas nesse percurso, tais como a releitura da teoria das fontes, com a jurisprudência a ser uma fonte do direito (diferente do que propunha a concepção normativista), e a abertura principiológica do direito, com a necessária ruptura entre *ius* e *lex* (em outras palavras, o direito não se esgota no texto legal) (Castanheira Neves, 2008a, p. 65).

Mas a ruptura maior passa pela inserção da ética no direito. Conforme visto na introdução, uma das razões que conferem o protagonismo ao Judiciário passa pela aproximação entre direito e ética. Além disso, um dos pontos centrais da teoria de Dworkin é o combate ao abismo típico do positivismo entre moral e direito.

Em consonância com esse cenário, Castanheira Neves vê na ética um elemento constitutivo de sentido do direito, além de ser esse o caminho para que lhe seja conferida autonomia (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 70). Esse elemento constitutivo se fragmentaria em outros três:

i) condição mundano-social – perceber o homem em sua individualidade, porém que só se situa a partir de um contexto intersubjetivo em que há interação com outras pessoas;

ii) condição humana-existencial – que evidencia a finitude e os limites da racionalidade humana;

iii) condição ética – em que o direito só há de fazer sentido como instituição que paira sobre os homens enquanto tais, reconhecendo-o como sujeito ético e digno (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 70).

Vale transcrever a síntese de como o direito é autônomo e qual o sentido proposto pelo autor:

> [....] Que o homem não se compreenda apenas como destinatário do direito e titular de direitos, mas autenticamente como sujeito do próprio direito e assim não apenas beneficiário dele, mas comprometido com ele – o direito não reivindicado no cálculo e sim assumido na existência, e então não como uma externalidade apenas referida pelos seus efeitos, sancionatórios ou outros, mas como uma responsabilidade vivida no seu sentido.(CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 72).

Além de indagar "o que é direito", Castanheira Neves também questiona o papel do jurista diante do sentido do direito proposto. Mais uma vez o enfoque recai sobre aspectos éticos em que o sujeito deve se ver envolto (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, pp. 09-50) e o autor passeia por diversos marcos filosóficos a fim de esclarecer qual o papel, com especial destaque para o existencialismo.

> Ou estamos condenados a uma existencial incomunicabilidade comunitária e o direito deixa de ter sentido para a Existência como tal, ou a comunicação e integração comunitárias se revelam existencialmente autênticas e o direito encontra na própria existência o seu fundamento. No primeiro caso o direito será contra o homem – uma das formas de sua alienação; no segundo caso ele será expressão da sua própria humanidade essencial. (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 20)

Além dos marcos filosóficos que têm como objeto principal de reflexão o "homem no mundo", mais uma vez Castanheira Neves (2008b, p. 39) retoma a perspectiva ético-comunitária como elemento central do direito. Em suas palavras, "neste sentido, creio poder afirmar-se que o direito é tão essencial à comunicação ética como a língua o é à comunicação espiritual em geral." (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 41)

Pode-se afirmar que o direito e o jurista só fazem sentido em uma "comunidade ética", que se materializa por meio do respeito à dignidade da pessoa humana e aos princípios axiológicos normativos (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 40). Por isso a importância do jurista na construção do próprio direito, pois ele acaba por refletir as relações travadas no seio dessa comunidade.

Nota-se que a ênfase dada por Castanheira Neves em situar o jurista nessa "comunidade ética" de certa forma remete à interpretação construtivista de Ronald Dworkin. Os dois demonstram que o jurista necessariamente deve ter sua atuação contextualizada pelos princípios partilhados pela comunidade, uma vez que ele é um membro da comunidade decidindo sobre situações envolvendo a própria comunidade.

O Poder Judiciário também faz parte das reflexões de Castanheira Neves (2008c, pp. 161-198). E a premissa que norteia essa investigação está no protagonismo alcançado pela instituição nos últimos anos, que se dá de maneira paradoxal: ao mesmo tempo em que há a expansão da atuação jurisdicional, aumenta-se o ceticismo acerca de sua capacidade de resolver os conflitos.

> E comecemos por reconhecer que a situação se nos oferece, como já geralmente se observa, em termos paradoxais, na sua aparente contradição. Por um lado, alarga-se o domínio e sobe a importância da intervenção institucionalizada, ou pretendida, das instâncias judiciais na sua função interpretativo-integradora [...] por outro lado, dá-se conta de uma inegável, e de gravidade não minimizável, insatisfação, *inclusive* de uma crítica generalizada (há quem fale mesmo de "ressentimento") de que a função judicial se tornou objecto. Nem é difícil dizer porquê: revelar-se-ia ela normativamente inadequada [...] e não menos institucionalmente ineficaz [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 162)

Ele retoma o debate sobre a crise no direito, inserindo o estudo da função judicial em meio às concepções normativistas e funcionalistas (como o fez na análise do sentido do direito). Além disso, há uma verdadeira preocupação com o método de aplicação judicial, cujas críticas sedimentarão as bases da proposta *jurisprudencialista*.

A racionalidade abstrata típica da concepção normativista se escorava em um método lógico-dedutivo, em que havia nítida a dualidade entre norma e fatos (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, pp. 178-179).Por essa corrente, o sistema jurídico já previa todas as situações reguladas, razão pela qual determinado caso já estaria

"enquadrado" em alguma das normas. Por isso o raciocínio jurídico seria premissa maior (norma) – premissa menor (situação jurídica) – conclusão (decisão), que até hoje é predominante no modo de se pensar o direito.

Por outro lado, o funcionalismo não apresenta um método tão claro quanto o proposto pelo normativismo. Firme na razão instrumental (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 181),o foco não está mais na aplicação, mas sim na decisão (no que foi decidido). Tendo em vista que o direito, nessa visão, serviria como instrumento para outros segmentos, a decisão deve corresponder ao que for melhor para a comunidade (veja o juiz pragmatista, tão combatido por Dworkin):

> A sua "nova missão" imporia ao juiz que actuasse "para além do campo fechado dos direitos subjectivos determinados pela lei – ele é responsável pela conservação e a promoção dos interesses finalizados por objectivos sócio-econômicos e regulados por sistemas de normas técnicas correspondentes" [...](CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 186)

Castanheira Neves, na contramão desses dois modelos e *modus* de aplicar o direito, passa a propor o *jurisprudencialismo*. E sua proposta se escora em duas premissas fundamentais: i) a "antropologia axiológica", em que o homem aparece simultaneamente como sujeito de direito e sujeito de deveres (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 189);ii) o reconhecimento de uma validade normativa autônoma (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 189-190). Essas duas premissas reafirmam as considerações do autor quando das reflexões sobre o sentido do direito e o papel do jurista. E a função jurisdicional, diante desse contexto, será melhor realizada se seguir a dinâmica jurisprudencialista.

Aqui repousa a principal contribuição do autor para o presente trabalho. O jurisprudencialismo, mais do que uma justificativa ao protagonismo judicial, sinaliza como deve ser a interpretação judicial, preocupação que também foi explorada por Dworkin, conforme item anterior.

Diferente da *fattispecie* (método lógico-dedutivo) típica do normativismo, o foco do jurisprudencialismo passa pela argumentação a partir do caso concreto.

> E daqui se tira uma primeira conclusão: se nesta dialéctica tem o direito realizando a sua dinâmica de emergência, pela solução dos problemas jurídicos concretos que se vão desse modo suscitando, então o direito nunca será um dado, ou sequer um objecto, e sim verdadeiramente um *problema* – será ele, como já atrás tínhamos aludido, um contínuo problematicamente constituindo.(CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 193)

A solução não se basearia em esquemas lógicos acabados, mas sim em uma solução construída por meio de interações comunicativas (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 196). Ademais, a interpretação seguiria o método concretizante proposto por Friedrich Müller, em que a o texto normativo se situa no mesmo nível de relevância que os recortes da realidade (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 168; MULLER, 2009, p. 249).

O foco do jurisprudencialismo, por conseguinte, repousa no caso concreto (problema jurídico), que será mediado pela normatividade (em seu sentido autônomo) a partir da atuação judicial. A decisão, por conseguinte, deve necessariamente valorizar tanto as fontes normativas (legislação, jurisprudência, princípios e doutrina) quanto à situação que é posta em análise.

> O juízo, por último, é chamado a assumir a normatividade jurídica oferecida *prima facie* pelo sistema e a projetá-la como solução na decisão jurídico-normativa do caso, obedecendo para tanto – ponto capital – a duas exigências diferenciáveis, mas e a integrar dialeticamente na decisão judicativa, pois haverá de ser tanto normativo-juridicamente fundado (em referência ao sistema) como problemático-concretamente adequado (em referência ao caso decidenco), e operará segundo um esquema metódico complexo em que se reconhecerá a sua também irredutível constitutividade normativo-jurídica [...] (CASTANHEIRA NEVES, 2012, pp. 71-72)

Existe uma verdadeira proximidade entre o jurisprudencialismo e a "resposta correta" de Dworkin. As duas concepções buscam referendar a preocupação com a atuação judicial, a qual deve enxergar atentamente todas as peculiaridades evidenciadas pelo caso concreto. Consequentemente, o esforço do magistrado deve ser "hercúleo" no sentido de produzir uma decisão que não sonegue nenhum dos fatores supramencionados.

Castanheira Neves insere esse método de decidir como corolário de uma postura ética que deve ser inerente ao direito e ao jurista. E esse é uma das poucas formas (se não a única) de se compreender como uma decisão judicial faz sentido em uma democracia. O regime contém valores indissociáveis. Cumpre ao direito e seus atores concretizarem tais valores. A postura ética, por conseguinte, não só baliza o jurisprudencialismo, como também confere sentido e legitimidade a decisões sobre temas moralmente controversos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dimensionar a atuação do Poder Judiciário em uma democracia é, por si só, tarefa difícil. Compreender as decisões judiciais sobre temas de elevado desacordo moral em um contexto democrático é ainda mais desafiador.

O risco de que essa instituição se transmude em um "censor da moralidade pública" é um risco evidente, especialmente quando se toma por base os casos indicados na introdução: veto de ícones religiosos no Carnaval, proibição de músicas que denotem uma relação incestuosa e a figura dos "MC Mirins" (crianças e adolescentes atuando no segmento do funk). Conforme visto nos itens anteriores, essas situações, além do indeterminismo moral subjacente, se caracterizam como *casos difíceis*, em que não se possui uma norma incidente explícitas para o caso.

Daí a importância das categorias propostas por Ronald Dworkin e Castanheira Neves. Não bastassem as balizas de como decidir, os autores demonstram a preocupação em demonstrar como o direito (e obviamente a decisão judicial) pressupõe uma contextualização ética. Assim, os valores partilhados pela comunidade são efetivamente parâmetros que não podem ser descuidados pelo julgador.

Essas razões levam a crer que é possível sim falar em decisão judicial democrática, especialmente em virtude de a democracia possuir um conteúdo moral intrínseco (consubstanciado nos princípios e valores constitucionais).

E quais as "respostas" que devem ser dadas aos casos moralmente controversos, tais como os narrados na introdução?

A proposta basilar é de inexistir uma proposta prévia e idêntica para todos os casos. As situações, com suas peculiaridades e contextualizações, darão as diretrizes de como o magistrado deve se portar em cada caso. E outra premissa fundante repousa no ceticismo se ele (órgão do Judiciário) seria a instância mais adequada a canalizar aquele conflito. Em outras linhas, se a sua interpretação sobre aquele caso é que deverá prevalecer.

Democracia, direito e ética caminham juntos. Por isso o zelo sobre o que cada decisão judicial pode significar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

____. **Constitucionalismo Discursivo**. Trad. Luís Afonso Heck. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

____. **Derecho y Razón Práctica**. 2. ed. México: Fontanamara, 1998.

____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 5, número especial, 2015. pp. 24-50.

____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BELLAMY, Richard. **Constitucionalismo Político**: Una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia. Trad. Jorge Urdanóz Ganuza y Santiago Gallego Aldaz. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora UNB, 1995.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus diálogos constitucionais**: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARDIN, Valéria Silva Galdino ; MOCHI, T. F. G. . Dos limites da liberdade de expressão nos meios de comunicação em massa diante dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. In: **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI**. (Org.). Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos. 1. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, pp. 13259-1328.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 88. Belo Horizonte: UFMG, Pós-graduação da Faculdade de Direito, 2003. pp. 13-38.

CASTANHEIRA NEVES, António. Direito hoje e com que sentido?. *In*:____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008a, pp. 43-72.

____. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos atualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. *In*:____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008c, pp. 161-198.

____. O "jurisprudencialismo" – proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. In. COELHO, Nuno M. M. Santos. SILVA, Antonio Sá da (Org.). **Teoria do Direito**: Direito interrogado hoje – o jurisprudencialismo: uma resposta possível? Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2012. pp. 9-79.

____. O papel do jurista no nosso tempo. *In*:____. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, v. III, 2008b, p. 09-50.

CATTONI, Marcelo. **Devido Processo Legislativo**. 2. ed. Mandamentos: Belo Horizonte: 2006.

CHUEIRI. Vera Karam. **Filosofia do Direito e** modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

____. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

____. **O Direito da Liberdade**: A Leitura Moral da Constituição norte-americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

____. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. In. _____. **A inclusão do outro**. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. pp. 269-284.

____. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho em términos de teoria del discurso. Trad. Manuel Jiménez Redondo. 6. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

HART, Herbert. L. A. **O Conceito de Direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LIMA, Fátima Costa de. Quando o *homo sacer* se representa – A estranha ala de mendigos da escola de samba Beija- Flor, Rio de Janeiro, 1989. *In*: **Anais do Simpósio da International Brecht Society**, v. 1, 2013.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos Estudos CEBRAP**. n. 58. nov/2000. pp. 183-202.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de Constitucionalidade e Democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NINO, Carlos Santiago. **The Constitution of deliberative democracy**. New Haven & London: Yale University Press, 1996.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. **Juris Poiesis**. n. 17, 2014. pp. 343-359.

SANDEL, Michael. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa. Trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARTORI, Giovanni. Nem presidencialismo, nem parlamentarismo. **Novos Estudos CEBRAP**. n. 35, mar 1993. pp. 3-14.

SILVA, Cristina de Assis da. Entre a arte e a censura: as imagens do sagrado cristão na arte contemporânea brasileira. **Arte Revista.** v. 4, 2014.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at a Time**: Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica** – Uma Nova Crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

____. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. n. 7, jan/jun 2010. pp. 15-45.

____. **Verdade e Consenso**: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas – Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: IBDC, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América**. Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WALDRON, Jeremy. **Law and Disagreement**. New York: Oxford University Press, 1999.

RECEBIDO EM: 27/01/2018
APROVADO EM: 17/04/2018

A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E OS PENSAMENTOS DE BOBBIO E ARENDT NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO E AO LAZER

THE HISTORICITY OF HUMAN RIGHTS AND THE THOUGHTS OF BOBBIO AND ARENDT IN THE CONSTRUCTION OF THE RIGHT TO WORK AND LEISURE

Daniela Menin[1]

RESUMO: A partir das premissas apontadas por Norberto Bobbio em sua obra "A Era dos Direitos" e por Hannah Arendt, em sua obra "A condição Humana",verifica-se a historicidade dos Direitos Humanos e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na Constituição Federal de 1988 e na construção teórica, positivação e efetividade do direito do trabalho e do direito ao lazer do trabalhador. Neste sentido, o enfoque principal está na historicidade dos Direitos Humanos defendida por Bobbio e na importância do direito ao trabalho e ao lazer destacado por Hannah Arendt.". Também recebe destaque neste trabalho as *Cartas Encíclicas Pacem in Terris e Rerum Novarum,* que figuram como elemento importante na historicidade dos Direitos Humanos, inclusive na construção do Direito do trabalho.

Palavras–chave: direitos humanos; direitos fundamentais; direito do trabalho; direito ao lazer.

ABSTRACT: Based on the premises pointed out by Norberto Bobbio in his work "The Age of Rights" and by Hannah Arendt, in his work "The Human Condition", the historicity of Human Rights and its influence in the Brazilian legal system, particularly in the Constitution Federal law of 1988 and in the theoretical construction, positivation and effectiveness of labor law and the right to leisure of the worker. In this sense, the focus is on the historicity of Human Rights advocated by Bobbio and on the importance of the right to work and leisure highlighted by Hannah Arendt. " Also worthy of mention in this work are the Encyclical Letters Pacem in Terris and Rerum Novarum, which figure as an important element in the historicity of Human Rights, including the construction of Labor Law

1 Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (1998), Bacharel em Teologia pelo Seminário Presbiteriano Renovado Brasil Central (2009) de Anápolis/GO, pós-graduação em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2012). É advogada nas áreas cível, trabalhista e previdenciária. Mestra em Fronteiras e Direitos Humanos pela Universidade Federal da Grande Dourados. Pesquisa Direito ao Lazer e outros aspectos do Direito do Trabalho. danameninadv@gmail.com.

Keywords: human rights; fundamental rights; Labor law; Right to leisure.

INTRODUÇÃO

Compreender a construção conceitual dos Direitos Humanos e sua positivação sob a perspectiva histórica é de fundamental importância para poder enfrentar a discussão sobre o alcance universal dos direitos humanos. Ainda que, segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações unidas de 1948, todos nasçam iguais e portadores de direitos, a história da humanidade tem demonstrado que cada direito e cada garantia assegurados ao indivíduo são frutos de lutas históricas. Ou foram respostas às barbáries ocorridas mundialmente, ou resultado de acontecimentos históricos e lutas sociais, todos com o objetivo comum de emancipar o indivíduo, desenvolvê-lo, promover a sua dignidade como pessoa humana e consequentemente, criar uma sociedade mais justa e pacífica. A compreensão dessa trajetória histórica é fundamental para analisar a efetividade desses direitos, uma vez que, embora positivados, muitos padecem de evolução e efetivação.

Também é possível observar o caráter de universalidade dos direitos humanos, na medida em que a Declaração de 1948 influenciou não somente a elaboração de outras declarações protetivas, mas também várias Constituições.

O estudo tem caráter analítico e busca extrair dos autores citados o fundamento para a análise dos reflexos da Teoria Geral dos Direitos Humanos na construção do ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no que se refere ao direito ao trabalho e ao lazer. Aborda os aspectos gerais dos direitos humanos, com ênfase em sua historicidade, explanando de que forma a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 refletiu no mundo e na criação de dispositivos que promovessem e preservassem tais direitos. O artigo também explana a respeito de outros aspectos importantes dos Direitos do Homem, como indivisibilidade e heterogenia, abordando também a necessidade que ainda há de efetivação de alguns direitos.

Os reflexos da Declaração Universal dos Direitos Humanos também na construção da Constituição Federal de 1988, que por sua vez, positivou vários direitos sociais fundamentais, inclusive o direito ao trabalho e ao lazer.

1. ELEMENTOS HISTÓRICOS DOS DIREITOS HUMANOS

Para falar de Direitos Humanos é preciso entendê-los como fruto de construções jurídicas ao longo da história, voltados para o aprimoramento da sociedade e para uma convivência pacífica entre os indivíduos e também entre os povos, visando a promoção da dignidade humana para todos os indivíduos. A este respeito, Piovesan (2015, p.188) acrescenta que "enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório".

É a partir dessa premissa que Norberto Bobbio (2004) entende ser possível verificar que os mais diversos contextos históricos, associados às ideologias diferentes e a clamores e necessidades específicas de vários grupos de indivíduos, compuseram o

cenário para o surgimento de um dos mais importantes marcos internacionais de positivação dos Direitos Humanos: A Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, em 1948.[2]

Neste sentido, Bobbio (2004) ressalta em sua obra, "A era dos Direitos", que não existe um único fundamento que justifica a construção da Declaração de 1948, até mesmo pelo fato de que houve todo um processo dinâmico e dialético, de forma que a elaboração formal do documento, ponto de partida de para a proteção desse direitos, foi uma resposta, uma reação global às atrocidades e barbáreis praticadas principalmente no segundo pós-guerra.

Ou seja, a Declaração dos Direitos Humanos foi construída como resposta aos anseios da humanidade para uma convivência coletiva harmônica e livre, através de conquistas que se solidificaram ao longo dos anos.

> Do ponto de vista teórico, sempre defendi — e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos — que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdade contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. (2004,p.25)

Tal ensinamento de Bobbio é confirmado pela própria história. Observa-se que a Declaração de 1948 também antecedeu outros importantes documentos que contribuíram para consagrar direitos e garantias fundamentais, servindo de inspiração para Constituições de várias nações e também para que, no âmbito internacional, houvesse a expansão da positivação de vários direitos. Neste sentido, destaca-se a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, também de 1948, as Convenções de Genebra sobre a Proteção das Vítimas de Conflitos Bélicos, firmada em 1949, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, data de 1950, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos, de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, de 1998.

Assim, Bobbio ensina que a partir de movimentos e acontecimentos históricos, passou-se à reflexão e posterior conclusão da necessidade de firmar pactos e tratados que pudessem garantir o mínimo de dignidade a qualquer indivíduo. E, de fato, muitos outros documentos surgiram no sentido de confirmar o que já havia sido declarado e também para ampliar as conquistas que, embora indispensáveis a qualquer indivíduo, ainda eram bastante recentes e precárias, no que diz respeito a sua efetividade.

É importante ressaltar que vários acontecimentos históricos contribuíram para a construção da positivação dos Direitos Humanos, entre eles, a Revolução Francesa. Os idealistas franceses tinham na frase "liberdade, igualdade e fraternidade" o lema do movimento. Norberto Bobbio (2004) teve a perspicácia de destacar as gerações dos direitos humanos baseados no lema da Revolução Francesa, afirmando que o

2 A Europa foi cenário para que no século XIX, surgissem as primeiras constituições, com destaque para a siciliana de 1812, a espanhola de Cádiz, de 1812, a francesa de 1814 e posteriormente de 1848, a portuguesa de 1822 e a belga de 7 de fevereiro de 1831. Tais documentos foram também motivadores para a positivação e consagração normativa dos direitos humanos. E ainda neste mesmo aspecto de importância, é possível citar a Convenção de Genebra que versava sobre a Escravatura, datada de 1926 e também a Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, de 1929. COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 196-221.

"desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases" que são as três primeiras gerações/dimensões clássicas.

A primeira geração são direitos de natureza política e civil e foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas. Refletem a liberdade do indivíduo com relação ao Estado, onde o mesmo deve abster-se de executar determinados atos para que os direitos do indivíduo sejam gerados, preservados, exercidos, etc. Refletem a passagem do absolutismo para o Estado de Direito, com ênfase na busca da valorização do indivíduo e no estabelecimento de barreiras do poder do Estado. (LAFER,1988). São os direitos individuais e indispensáveis à pessoa humana, entre eles, o direito à locomoção, inviolabilidade de domicílio, correspondência, etc.

Os direitos de segunda geração fazem parte do grupo mais significativo para este estudo, pois nele reside a raiz do direito trabalhista e, consequentemente, do direito ao lazer. Este grupo reflete uma importante conquista para a classe trabalhadora, um segundo momento do capitalismo, com o aprofundamento das relações entre o capital e o trabalho. Este relacionamento fomentou o aparecimento dos direitos chamados *sociais,* incluindo o seguro social, subsistência, amparo à doença e velhice, etc. O foco era promover a melhoria da qualidade de vida do cidadão (BOBBIO, 2004). São exemplos desse grupo de direitos as férias remuneradas, o décimo terceiro salário, o salário mínimo, aposentadoria, previdência, etc.

Por fim, destaca-se o grupo de terceira geração, que corresponde aos direitos de fraternidade. O Estado já não protege apenas os interesse individuais e sociais mas também outro tipo de direitos, decorrentes de sociedades de massa, dos processos de urbanização e industrialização produzidos pelos homens. É como se o Estado estivesse protegendo o homem do próprio homem, por isso também pode ser elencado neste grupo, a proteção às relações de consumo.

Assim, Bobbio ressalta que a Declaração dos Direitos Humanos representa que os valores humanos podem ser positivados e fundamentados, refletindo o consenso de que são válidos para toda a humanidade, contribuindo para formar uma comunidade internacional de pessoas livres e iguais.

2. OUTROS ASPECTOS DOS DIREITOS HUMANOS, SEGUNDO NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio (2004) entende ser possível verificar que os mais diversos contextos históricos, associados às ideologias diferentes e a clamores e necessidades específicas de vários grupos de indivíduos, compuseram o cenário para o surgimento documentos importantes para a compreensão e desenvolvimento dos Direitos Humanos.

Mas para Norberto Bobbio, conceituar o que são os direitos humanos não se resume a dizer que são direitos naturais, pertencentes a todo indivíduo. É preciso também esclarecer que é necessário lutar por eles, para que seu reconhecimento e exercício assegurem o aperfeiçoamento da pessoa humana, e dessa forma, o desenvolvimento da civilização. Importante ressaltar que para Bobbio, os direitos humanos são históricos, que se desenvolveram ao longo dos anos mas que ainda precisam e tem potencial para que seu alcance e desenvolvimento seja ainda maior. É este também o

entendimento de importantes estudiosos (ARENDT,2000; LAFER,1988;cPIOVESAN, 2015) que além de defenderem a historicidade dos direitos humanos, também ensinam que serão construídos e reconstruídos ao longo do tempo, ainda que, como ensina especificamente Bobbio (2004,p.30), nasçam como direitos naturais universais, desenvolvendo-se como direitos positivos particulares e alcancem a plena realização como direitos positivos universais.

Assim, Bobbio assegura que o valor da pessoa humana é um direito positivo, reconhecido e democratizado, em um primeiro momento, na esfera do ordenamento jurídico interno. Mas que de fato existe a universalização dos direitos humanos e atribui tal fator à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, sendo ela um dos principais documentos que promoveram a interdependência de ordenamentos e a positivação internacional de direitos. Essas características, positivação e universalidade, serão marcantes para Bobbio defender a desnecessidade de fundamentação dos direitos humanos, que também rejeita de plano a existência de apenas um único e absoluto fundamento que justifique a existência de todos os Direitos Humanos. Caso existisse este único elemento justificador, haveria óbice para que demais direitos pudessem ser reconhecidos e positivados.

> Pois bem: dois direitos fundamentais, mas antinômicos, não podem ter, um e outro, um fundamento absoluto, ou seja, um fundamento que torne um direito e o seu oposto, ambos, inquestionáveis e irresistíveis. Aliás, vale a pena recordar que, historicamente, a ilusão do fundamento absoluto de alguns direitos estabelecidos foi um obstáculo à introdução de novos direitos, total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Basta pensar nos empecilhos colocados ao progresso da legislação social pela teoria jusnaturalista do fundamento absoluto da propriedade: a oposição quase secular contra a introdução dos direitos sociais foi feita em nome do fundamento absoluto dos direitos de liberdade. O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para de fender posições conservadoras. (2004, p. 15)

Mas também é preciso observar que os direitos humanos são heterogêneos e ainda assim se completam. Um exemplo é de que há os direitos de liberdades, que são aqueles garantidos quando o Estado não intervém, mas também há os direitos que são garantidos apenas com a intervenção do mesmo.

Além disso, os direitos humanos também não são herméticos, uma vez que podem ser ampliados, justamente por serem variáveis. Para Bobbio, é possível afirmar que, apesar de muitos direitos já estarem positivados, outros tantos virão, e isso significa que não existe algum direito que seja inato, mas todos devem ser construídos.

> O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable,* foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens.

Assim, os direitos humanos são absolutamente indispensáveis para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. O fato é que eles são fruto de inúmeros acontecimentos e de discussões e evoluções históricas extremamente importantes para a humanidade. Por conta disso, inspiraram inúmeras constituições federais, inclusive as brasileiras, como será exposto mais à frente.

3. NECESSIDADE DE EVOLUÇÃO E EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Ainda com relação à natureza dos Direitos Humanos, além de apresentar a convicção de que os mesmos são construções históricas, Bobbio também demonstra que são mutáveis, dinâmicos e aptos a serem aprimorados e expandidos. Essa historicidade reflete que os direitos humanos não nasceram de uma única só vez, mas foram forjados por circunstâncias e estão sujeitos a serem ampliados por outros elementos ao longo dos anos, conforme a necessidade dos povos, conforme já explanado.

Assim, para Bobbio, o que tem aspecto de fundamentalidade numa determinada época histórica e civilização, pode não ter o mesmo aspecto em outras épocas ou em outras nações (2004). Porém, o que não se pode admitir é o retrocesso, a retração e a diminuição daquilo que já foi conquistado.

Dessa forma, ainda que o pleno desenvolvimento do homem seja prioridade, é importante ressaltar que até mesmo os direitos fundamentais à promoção da dignidade humana, não são ilimitados, uma vez que a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, prevê expressamente, em seu artigo 29 a relatividade destes direitos:

> Todo o homem tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível.
>
> No exercício de seus direitos e liberdades, todo o homem estará sujeito apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.
>
> Esses direitos e liberdades não podem, em hipótese alguma, ser exercidos contrariamente aos objetivos e princípios das Nações Unidas. Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos. (2004,p.13)

Mas Norberto Bobbio também traz à discussão, que tão importante quanto a positivação dos direitos humanos, é a efetividade e a evolução dos mesmos. Assim, o autor explana que muitos direitos foram proclamados nas Declarações, garantidos pelo constitucionalismo e, assim, estão revestidos de solenidade, mas despidos da necessária efetividade para o indivíduo possa usufruí-los em sua essência.

> Nada impede que se use o mesmo termo para indicar direitos apenas proclamados numa declaração, ate mesmo solene, e direitos efetivamente protegidos num ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes num

> ordenamento jurídico inspirado nos princípios do constitucionalismo, onde haja juízes imparciais e várias formas de poder executivo das decisões dos juízes. Mas entre uns e outros há uma bela diferença! já a maior parte dos direitos sociais, os chamados direitos de segunda geração, que são exibidos brilhantemente em todas as declarações nacionais e internacionais, permaneceu no papel. O que dizer dos direitos de terceira e de quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de "direitos" serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito,outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido (2004, p.29).

Para Bobbio, não basta a mera proclamação dos Diretos dos Homens, é preciso a promoção dos mecanismos para que os mesmos não se limitem ao campo das ideias e tomem força de prática e ação.

A respeito dos direitos sociais, Bobbio (2004) alerta para a realidade de países em desenvolvimento não conseguirem desenvolvê-los de modo satisfatório. Mais precisamente a respeito do direitos do trabalho, o autor destacou que não basta a proclamação, fundamentação ou proteção. Este somente poderia encontrar a sua eficácia máxima a partir da evolução da sociedade.

Aliás, a tendência de flexibilizar e até mesmo de extirpar os direitos fundamentais, inclusive os sociais, parece ser uma tendência acentuada dos dias atuais, prestes a corromper de forma incisiva tanto a democracia quanto a paz, elementos definidos por Bobbio como problemas fundamentais, que, quando violados, comprometem a estabilidade social.

> A princípio, a enorme importância do tema dos direitos do homem depende do fato de ele estar extremamente ligado aos dois problemas fundamentais do nosso tempo, a democracia e a paz. O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem são a base das constituições democráticas, e, ao mesmo tempo, a paz é o pressuposto necessário para a proteção efetiva dos direitos do homem em cada Estado e no sistema internacional. Vale sempre o velho ditado — e recentemente tivemos uma nova experiência — que diz *inter arma silente leges*. Hoje, estamos cada vez mais convencidos de que o ideal da paz perpétua só pode ser perseguido através de uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem democracia não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados, apesar de serem democráticas com os próprios cidadãos.

Se os Direitos Humanos se prestam a promover a paz e o desenvolvimento dos indivíduos, como de fato se prestam, encontram barreira para seu pleno potencial assecuratório da dignidade humana não somente na falta de efetivação de muitos deles, mas também no processo contrário, ou seja, na tendência bastante acentuada que há em desconsiderar o caráter de fundamentabilidade dos mesmos e assim, promover a flexibilização daquilo que, ao menos em tese, não deveria ser nem ao menos mitigado.

4. INFLUÊNCIAS DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Carta de 1988 é considerada como um marco jurídico de transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país (PIOVESAN, 2015), fruto de um extenso processo de democratização, iniciado após vinte e um anos de ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985.

Assim, a Constituição Federal de 1988 institucionalizou um regime politico democrático, e inegavelmente, foi responsável por colocar novamente o Brasil no cenário internacional, ao lado de nações que também resguardam e promovem a defesa e garantias fundamentais ao ser humano. Portanto, a Carta de 1988 se relaciona com todo o arcabouço internacional de proteção aos direitos humanos, considerando cada um deles como uma unidade indivisível, interdependentes e inter-relacionados.

Nesta sistemática, observa-se que a Constituição Federal adotou uma divisão onde o termo "direitos fundamentais" é gênero dividido em espécies, quais seja, direitos individuais, coletivos, sociais, nacionais e políticos. Assim, observa-se que as Constituições escritas estão vinculadas às declarações de diretos fundamentais. Aliás, a própria Declaração dos Direitos Humanos de 1948 cita como um dos motivos determinantes da Carta, o comprometimento dos povos em zelar pelos direitos, garantias e liberdades fundamentais.

Ao analisar a Constituição Federal Brasileira de 1988 é possível observar que todas essas dimensões, gerações ou fases dos direitos descritos por Bobbio, delinearam os direitos fundamentais dos cidadãos, estando dispostos como direitos sociais e individuais, no preâmbulo. Já os direitos e deveres individuais e coletivos, constam do Capítulo I do Título II, direitos humanos, dispostos no art. 4º, II, direitos e liberdades fundamentais, art. 5º, XLI, direitos e liberdades constitucionais, no art. 5º, LXXI, direitos civis, art. 12, § 4º, direitos fundamentais da pessoa humana, art.17, caput, direitos da pessoa humana, art. 34, VII, b, direitos e garantias individuais, art. 60, § 4º, IV e direito público subjetivo, no art. 208, § 1º.

Há de se considerar que os direitos sociais são os mais relevantes para o presente estudo, mais especificamente os direitos ao trabalho e ao lazer. Neste sentido, é salutar observar que a Constituição Federal de 1988 enquadra o trabalho como um dos princípios gerais da atividade econômica, declarando como tais a valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art.170) e busca do pleno emprego (artigo 170,VIII). Entre os direitos e garantias fundamentais inclui o direito ao livre exercício do trabalho, oficio e profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Portanto, ainda que carente de efetivação, os direitos fundamentais do indivíduo encontram na atual Constituição Federal, aquilo que se apresenta como o padrão mínimo existencial para uma existência digna (BARUFFI,2010). Assim, nota-se que há no art. 60, § 4º. Inc. IV, CF, elementos que não podem ser objeto de deliberação. Ou seja, não será jamais permitido que as propostas de emenda constitucional, causem a abolição das garantias individuais de uma forma geral, não somente dos direitos sociais, mas de todos aqueles considerados fundamentais. Existe, portanto, uma barreira, um escudo que se constitui uma medida de proteção em torno dos direitos fundamentais, já que os mesmos são elementos que vão garantir a continuidade da Constituição.

5. AS CONTRIBUIÇÕES DAS ENCÍCLICAS "PACEM IN TERRIS" E "RERUM NOVARUM" PARA OS DIREITOS AO TRABALHO E AO LAZER

Após as duas grandes guerras, o mundo passou a voltar a atenção para a construção de ordenamentos que pudessem promover a paz e a dignidade da pessoas humana. Dessa forma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 inspirou a escrita dos mais diversos tipos de documentos que visavam a ampliação e a positivação dos mesmo.

Mas é de se observar que inclusive instituições religiosas, como a Igreja Católica Apostólica Romana, engajaram-se na luta e manifestaram-se a respeito dos direitos humanos, através de alguns documentos escritos pelos papas. Um deles, ainda que escrito anteriormente à Declaração de 1948, é apto a atestar a historicidade dos direitos humanos, uma vez que revela a preocupação da Igreja Católica com o tratamento que estava sendo dispensado aos trabalhadores da época. Datada de 1891 e escrita por pelo Papa Leão XIII, o documento abordou a "questão social", delineando inclusive quais eram as obrigações tanto de patrões quanto de empregados.

Nota-se a ênfase na necessidade e no respeito no trato com a classe trabalhadora, com a severa condenação à opressão enfatizando o respeito e a dignidade dos trabalhadores. Dessa forma, a Encíclica "pontifica uma fase de transição para ajustiça social, traçando regras para a intervenção estatal na relação entre trabalhador e patrão."(MARTINS, 2011). Assim, quando fala da obrigação dos operários e dos patrões, o documento reforça que todo trabalho deve ser digno, isento de humilhações e discriminações.

> Quanto aos ricos e aos patrões, não devem tratar o operário como escravo, mas respeitar nele a dignidade do homem, realçada ainda pela do Cristão. O trabalho do corpo, pelo testemunho comum da razão e da filosofia cristã, longe de ser um objeto de vergonha, honra o homem, porque lhe fornece um nobre meio de sustentar a sua vida. O que é vergonhoso e desumano é usar dos homens como de vis instrumentos de lucro, e não os estimar senão na proporção do vigor dos seus braços. O cristianismo, além disso, prescreve que se tenham em consideração os interesses espirituais do operário e o bem da sua alma. Aos patrões compete velar para que a isto seja dada plena satisfação, para que o operário não seja entregue à sedução e às solicitações corruptoras, que nada venha enfraquecer o espírito de família nem os hábitos de economia. Proíbe também aos patrões que imponham aos seus subordinados um trabalho superior às suas forças ou em desarmonia com a sua idade ou o seu sexo.

Portanto, é possível observar a preocupação com a dignidade humana do trabalhador estampada nas linhas da *Rerum Novarum*, inclusive com ênfase no cuidado com o trata espiritual e físico.

Já a Carta Encíclica *Pacem in Terris*, do Papa João XXIII, de abril de 1963, fala a respeito de várias diretrizes e preceitos dirigidos não somente aos padres, bispos, arcebispos, ao membros do clérigo de uma forma em geral, aos católicos, e também a todos "homens de boa vontade", revelando seu caráter ecumênico e abrangente. Suas recomendações eram no sentido de promover uma sociedade mais justa, com valores sólidos que promovessem e conservassem a dignidade da pessoas humana. Assim, a oitava e última Encíclica do Papa João XXIII, é considerada a Encíclica da Paz e da dignidade humana e ressalta a importância da colaboração mundial para promoção da paz e de uma sociedade equilibrada e justa.

O documento, obviamente tem a menção de conceitos religiosos, mas traz em seu corpo também, a demonstração de que a Igreja Católica estava com sua atenção voltada para os valores sociais que deveriam ser exercidos num mundo que ainda buscava se recuperar das barbáries, depois das duas grandes guerras. O texto demonstra que João XXIII recomendava o reconhecimento da dignidade de todos os seres humanos. Assim, referiu-se à Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, e que se tornou uma referência e uma inspiração para os povos empenhados na afirmação dos princípios e valores democráticos, buscando uma integração dinâmica entre os direitos e deveres individuais, os direitos e deveres políticos e os direitos e deveres sociais. Mais um elemento que corrobora para o conceito de universalidade tanto da Declaração, quanto dos próprios Direitos Humanos.

Segmentos da sociedade da época abrem o seu olhar e voltam a sua atenção para a ascensão econômico-social das classes trabalhadoras, o ingresso da mulher na vida pública, o fim do colonialismo e das discriminações sociais, a participação das pessoas na vida política e social do país, apontando, ainda que não explicitamente, para o modelo da democracia participativa e a necessidade e a urgência da paz no interior das comunidades nacionais e da comunidade internacional. É o que se observa na Encíclica *Pacem in Terris*, especificamente no que diz respeito ao trabalho e a importância do mesmo para a formação do indivíduo.

> [...]
>
> 18. No que diz respeito às atividades econômicas, é claro que, por exigência natural, cabe à pessoa não só a liberdade de iniciativa, senão também o direito ao trabalho.
>
> 19. Semelhantes direitos comportam certamente a exigência de poder a pessoa trabalhar em condições tais que não se lhe minem as forças físicas nem se lese a sua integridade moral, como tampouco se comprometa o são desenvolvimento do ser humano ainda em formação.

É importante observar que há uma ênfase de que, para que haja a garantia de dignidade ao indivíduo, o mesmo deve ter acesso ao trabalho, de forma que garanta seu sustento, mas também desenvolva seus valores como ser humano. Há também a menção de que tal trabalho não pode ser penoso, nem esgotar as forças físicas, de forma que ofenda a sua honra.

Ou seja, aquilo que nasceu para ser um direito, para garantir qualidade de vida, uma existência digna, deve, necessariamente cumprir a sua função. Neste sentido,

Hannah Arendt,[3] em seu livro "A condição Humana", traça reflexões a respeito do trabalho, uma das atividades mais essenciais para o ser humano, que se presta não somente a promover o próprio sustento, mas também a definir a identidade do indivíduo, uma vez que reflete a sua própria condição de humanidade.

Dessa forma, estabelece um paralelo entre o que é o trabalho, labor e obra, elementos que ela caracteriza como *vita activa,* Diante do cenário de desenvolvimento industrial da Europa e a consequente expansão da classe operária, a autora questiona "o que estamos fazendo?", numa referência à análise necessária ao exercício dos direitos conquistados e da inserção do indivíduo na vida política, através da formação da sua identidade social e formação da sua singularidade. Através disso, o homem poderia se revelar ao mundo como homem, mas, do contrário, promovido o isolamento, instaura-se o regime totalitário.

Aliás, os regimes totalitários inspiraram Arendt a questionar a organização política adotada pela sociedade moderna e sobre quais motivos e elementos são produzidos pelo próprio homem, a ponto de submeter toda uma sociedade a tais regimes opressores, e assim, mitigando ou até mesmo eliminando os direitos humanos. Em sua obra, "As origens do totalitarismo", a autora expõe que a solidão e o desamparo são as bases para a implantação de tal regime. Assim, tais elementos fazem com que o homem não se sinta pertencente ao mundo, ainda que seja um *homo faber*, ou seja, alguém produtivo, mas supérfluo, sem uma vida privada. (ARENDT, 2000)

Tal introdução do pensamento de Hannah Arendt é necessária, pois assim será possível compreender os questionamentos feitos em "A condição humana", a respeito daquilo que é produzido/desenvolvido pelo homem através do labor, trabalho e ação, explicando o que realmente pode e deve ser produtivo e o que nada acrescenta ao homem.

Os dois conceitos mais importantes para este estudo são os apresentados por Arendt: "labor" e "trabalho". Ao definir labor,Hannah Arendt esclarece que o mesmo sempre está ligado a fadigas, ao esforço e à dor, que geram a deformação do ser humano. O labor está intimamente ligado ao processo biológico do ser humano e assegura a sobrevivência do indivíduo e também de toda espécie. Assim, "a condição humana do labor é a própria vida", segundo Arendt. Cumpre ressaltar que para a filósofa, o labor também está diretamente associado ao consumo, elementos de um só processo.

Por outro lado, o trabalho é tudo aquilo produzido pelo homem; "a condição humana do trabalho é a mundanidade". Produz um pouco mais de significado à vida, em que pese o caráter fútil da mesma, por meio da permanência e durabilidade. Mas tanto o labor quanto o trabalho estão associados ao fluxo da vida, à "Vida Activa", à

3 Hannah Arendt contribuiu de forma exponencial ao pensamento contemporâneo, não somente pelo profundo conhecimento da Filosofia Clássica, mas também pela forma original e única de interpretar a Filosofia Moderna, além de seu sensível e preciso olhar humanista do indivíduo. Seu pensamento traz luz ao estudo dos Direitos Humanos, definindo o ser humano não somente como detentor de direitos, mas sim como alguém que, aos exercê-los, pode sempre se aprimorar como indivíduo em todas as esferas da sua identidade. O pensamento de Arendt traduz que, para que haja o bem comum, é preciso não somente respeitar mas desenvolver os direitos fundamentais dos indivíduos, de que forma que os mesmos possam se expandir em todas as suas potencialidades, e, consequentemente, formar uma sociedade mais equilibrada e justa.

existência e perpetuação da espécie, uma vez que preparam o mundo para o recebimento das novas gerações.

A partir das reflexões de Hannah Arendt, é possível compreender que muitos indivíduos estão de fato laborando, inseridos na sociedade de consumo, mas nem todos alcançaram o patamar de usufruir o prazer e a alegria de trabalhar, já que, segundo a autora, o trabalho está erroneamente associado à falta de lazer, sendo que o primeiro excluiria o segundo.

> Diz-se frequentemente que vivemos numa sociedade de consumidores; e uma vez que, como vimos, o labor e o consumo são apenas dois estágios de um só processo, importo ao homem pelas necessidades da vida, isto é o mesmo que dizer que vivemos numa sociedade de operários ("labores"), ou seja, de homem que "laboram".
>
> (...) Essa sociedade não surgiu em decorrência da emancipação das classes trabalhadoras, mas resultou da emancipação da própria atividade do labor, séculos antes da emancipação politica dos trabalhadores. O importante não é que, pela primeira vez na história, os operários tenham sido admitidos com iguais direitos na esfera pública, e sim que quase conseguimos nivelar todas as atividades humanas, reduzindo-as ao denominado comum de assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância. O que quer que façamos, devemos fazê-lo a fim de "ganhar o próprio sustento".
>
> (...)A mesma tendência de reduzir todas as atividades sérias à condição de prover o próprio sustento é evidente em todas as atuais teorias de trabalho, que quase unanimemente definem o trabalho como o oposto ao lazer. Em consequência, todas as atividades sérias, independentemente dos frutos que produzam, são chamadas de "trabalho", enquanto toda atividade que não seja necessária, nem para a vida do indivíduo nem para o processo vital da sociedade, é classificada como lazer.

Dessa forma, percebe-se que desde o início, o conceito de que quem trabalha não tem lazer, é bastante inerente à definição do trabalho e do labor. A inserção do indivíduo na sociedade de consumo (ou também denominada "promoção do sustento") era, e ainda é, a prioridade daquele que labora. O resto é supérfluo, é luxo. Aliás, Arendt também acrescenta que o labor não evoluiu a ponto de extirpar a ideia de que "toda atividade não relacionada com o labor torna-se 'hobby'". Ou seja, o indivíduo deveria eleger entre aquilo que lhe seria aprazível e o próprio sustento. Até hoje esta necessidade de escolha se repete. Mas, inserido numa sociedade em que consumir é sobreviver e para sobreviver é preciso trabalhar, o indivíduo elege o trabalho e sacrifica o lazer.

É importante ressaltar que Hannah Arendt fala a respeito de Direitos Humanos com a propriedade de quem não somente assistiu a violação cruel dos direitos de toda uma nação, mas de quem sofreu as dores de um dos períodos mais reprováveis da raça humana, no que diz respeito a violação de tais direitos. Talvez daí justifique sua identidade com o humanismo e com a capacidade de olhar o indivíduo com uma visão tão profunda a ponto de questionar se os direitos aos quais ele está recebendo acesso, de fato estão promovendo transformação positiva e aprimoramento da sua essência. E assim ela expõe que o lazer não exclui o trabalho, uma vez que se complementam e ambos são inerentes à condição humana.

Ou seja, ainda que não trate abertamente a respeito dos Direitos Humanos, nem mesmo use tal terminologia, o pensamento de Arendt a respeito da condição humana

muito contribui para a análise da importância prática dos mesmos, uma vez que traz reflexões sobre de que forma os direitos já conquistados podem ou não promover ou preservar a dignidade humana do indivíduo. Cabe, neste contexto, pensar a respeito da forma como os mesmos são exercidos.

Assim, através deste conceito sobre trabalho e lazer, é possível adentrar nas definições de importância para o indivíduo, tanto do direito do trabalho, quanto do direito ao lazer, ainda sob a égide de que ambos são definidos como direitos fundamentais, ainda que o segundo padeça de efetivação.

6. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

Tão difícil quanto proteger, preservar e fomentar mecanismos para a sua evolução, é dar visibilidade aos Direitos Humanos. No que diz respeito aos grupos de direitos sociais, o direito do trabalho nem sempre é considerado como um direito humano.

Acompanhando os ventos do constitucionalismo social do início do século XX, o direito do trabalho, como princípio fundamental, é inserido na Constituição Federal de 1937. A partir deste importante marco, várias leis foram promulgadas a fim de assegurar direitos aos trabalhadores. Assim, em 1943, houve a Consolidação das Leis do Trabalho, pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, a CLT. Em seguida, várias inovações ocorreram no sentido de fortalecer ainda mais as relações trabalhistas, inclusive com alguns constando na Constituição Federal de 1946, mas foi com a promulgação da Carta Magna em 1988, com o apogeu do processo de democratização do país, que houve a ampliação considerável dos direitos sociais, particularmente, dos direitos trabalhistas.

Nota-se, portanto, que o direito ao trabalho e seus desdobramentos são assegurados na Declaração dos Direitos Humanos de 1948 e, mais tarde, vieram a refletir diretamente na estruturação da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira (BARROS,2008).

No âmbito trabalhista brasileiro, a previsão constitucional é o sinal da evolução dos direitos humanos de um modo geral e do reconhecimento da importância deste direito para a vida do ser humano e para o próprio trabalhador. Assim, há no art. 60, § 4º. Inc. IV, CF, elementos que não podem ser objeto de deliberação. Ou seja, não deveria ser jamais permitido que as propostas de emenda constitucional, causassem a abolição das garantias individuais.

Nota-se, portanto, que o direito ao trabalho e seus desdobramentos e também o direito ao lazer, são assegurados na Declaração dos Direitos Humanos e, mais, vieram a refletir diretamente na estruturação da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira (BARROS, 2008).

Assim, a Declaração dos Direitos Humanos em seus artigos 23 e 24, faz a previsão expressa de que o trabalho e aspectos inerentes, devem ser objeto de atenção e proteção, bem como o direito ao lazer, uma vez que preconiza que é direito de toda pessoa o repouso, o lazer, a limitação razoável da jornada de trabalho e inclusive de férias periódicas remuneradas. Tais preceitos estão dispostos não somente nos artigos da CLT mas em leis complementares, no intuito de assegurar a dignidade humana do trabalhador.

7. O DIREITO SOCIAL AO LAZER DO TRABALHADOR

Como dito, tão essencial à promoção da dignidade do ser humano quanto qualquer outro direito fundamental, é o direito do trabalho. E para o trabalhador, é indispensável o lazer. Porém, tal direito, ainda que seja essencial, não é efetivado no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que esteja expressamente declarado na Constituição Federal.

Aliás, nem mesmo há um consenso na definição do que seria o direito ao lazer do trabalhador. Ao tentar definir o tema, Bolzan de Morais(1995) estabelece que o mesmo está intimamente ligado à qualidade de vida do individuo e embora não defina quais são os parâmetros adotados para tal conceito, assegura que vão muito além das pretensões de consumo, daquilo que o homem pode adquirir com o seu trabalho e do estilo de vida que passa a ter como fruto do seu labor. Assim, o arcabouço teórico que define "qualidade de vida e lazer", carrega em seu bojo também as opções que o indivíduo tem no momento em que não estiver trabalhando(CALVET,2006;LEITE,1995).

Mas o lazer pode ser um conjunto de ocupações às quais o indivíduo consegue entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais (DUMAZEDIER, 2004).

As discussões a respeito do caráter jurídico do direito ao lazer ainda são esparsas e precárias, se considerado que o direito ao lazer possui caráter de fundamentabilidade tal como os direitos à saúde, educação e moradia. Por isso, é preciso construir um entendimento a partir de conceituações que revelem a importância tanto do direito ao trabalho como dos direitos sociais fundamentais propriamente ditos.

Para construir esta conceituação jurídica, também são salutares as reflexões de Magnani (1994), a respeito da origem do lazer na história. O sociólogo apresenta a Revolução Industrial como o que parece ser o embrião tanto do direito do trabalho quanto do direito ao lazer. Era a passagem do seu modo de vida tradicional, rural e de autossubsistência para a relação de emprego que se formava aos poucos. Inserido neste contexto, o limite da exaustão física era o único limite conhecido pelo homem trabalhador.

> O nascente capitalismo, porém, inaugura uma nova ordem socioeconômica onde a produção já não era determinada pelas necessidades de consumo do grupo doméstico, mas tinha como eixo o mercado, que aliás fornecia um dos fatores envolvidos no processo produtivo: a força de trabalho. O problema da conservação desta última dizia respeito unicamente a seu vendedor que, de posse da remuneração, devia arcar com os custos - alimentação, alojamento, saúde, descanso.

Neste mesmo sentido, Lafargue (2000) alerta que o lazer do trabalhador, somente é possível a partir da limitação labor. E para que isso aconteça, cabe primeiramente ao próprio trabalhador ter e exercer a consciência de que deve lutar para buscar assegurar tempo para si mesmo e para o desenvolvimento de sua individualidade, afinal, tantos outros aspectos de sua vida necessitam de atenção, não somente o

trabalho. Caso não seja possível, então haverá a eterna servidão ao trabalho, que não mais se apresentará como forma de promoção da sobrevivência, mas sim como um instrumento de tortura do terrível algoz, o capitalismo.

> Se, extirpando do peito o vício que a domina e que avilta sua natureza, a classe operária se levantasse em sua força terrível, não para exigir os Direitos do Homem, que não passam dos direitos da exploração capitalista; não para reivindicar o Direito ao Trabalho, que não passa do direito à miséria, mas para forjar uma lei de bronze que proíba o trabalho além de três horas diárias, a terra, a velha Terra, tremendo de alegria, sentiria brotar dentro de si um novo universo... Mas como exigir de um proletário corrompido pela moral capitalista uma decisão tão viril? Como Cristo, dolente personificação da escravidão antiga, os homens, mulheres e crianças do proletariado sobem penosamente, há um século, o duro calvário da dor; há um século, o trabalho forçado quebra seus ossos, mata suas carnes, esmaga seus nervos; há um século, a fome retorce suas entranhas e alucina suas mentes!... Preguiça, tenha piedade de nossa longa miséria! Preguiça, mãe das artes e das virtudes nobres, seja o bálsamo das angústias humanas!

Assim, o capitalismo, a necessidade de estar inserido no mundo globalizado que produz e consome desenfreadamente, não raramente condiciona o homem a priorizar tão somente o seu meio de sobrevivência, o trabalho

Portanto, o trabalho, o exercício de uma função, profissão e/ou ofício era (e ainda é) algo indispensável não somente para mover uma sociedade com suas necessidades e ofertas e assim fazer girar a grande roda de uma estrutura econômica-social, mas também, sob a ótica do indivíduo em si, trazer dignidade ao ser humano, uma vez que torna possível alcançar a paz de espírito, através da promoção do seu próprio sustento e o sustento da sua família e dependentes (OLIVEIRA,2010). Por isso está enquadrado no grupo dos direitos fundamentais, grupo este, fruto da evolução social ao longo dos anos em todo o mundo.

Portanto, é preciso ressaltar a sua fundamentabilidade, destacando sempre o desenvolvimento existencial do ser humano, em tudo aquilo que ele é capaz de ser e fazer. E como resume Calvet (2006)quando define juridicamente o direito ao lazer "como o direito fundamental do homem de se desenvolver como ser humano dotado de razão e desejo, na busca de sua elevação física, psíquica, social e espiritual, estimulando e aprimorando seus talentos e capacidades no interesse que bem lhe aprouver".

Ademais, se o direito ao lazer está incluído no rol dos direitos fundamentais, é pelo fato de ter sido autenticado pelo Estado para propiciar uma vida mais digna ao indivíduo. Porém, não requer apenas a intervenção do Poder Público para que possa ir ao seu máximo efeito, mas também exige o respeito nas relações particulares, especificamente, entre patrões e empregados, ainda que seja uma norma de aplicação imediata.

Porém, apesar de estar previsto na Constituição Federal de 1988 e de ser a mesma uma norma de aplicação imediata, o direito ao lazer não foi sistematizado no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, não existe na Constituição Federal e nem na lei infraconstitucional, dispositivo que defina o que é o lazer do trabalhador, nem mesmo na Consolidação das Leis Trabalhistas ou até mesmo na "Reforma Trabalhista" que entre em vigor em novembro de 2017, possui em seu bojo qualquer artigo que traga a definição jurídica do que é o que é lazer e como pode (e se pode) o trabalhador ter acesso a ele.

O que se percebe é que, com o excesso de labor, o indivíduo passa a ter cada vez menos tempo e vontade de pensar em si mesmo e desenvolver outros aspectos inerente a sua personalidade e identidade. Muitas vezes o obreiro se dá conta de que teve sua saúde e vida social atingidos e prejudicados com o excesso de labor e que não possui nem tempo livre nem mesmo acesso a nenhum tipo de lazer.

Muitos trabalhadores em todo o pais tem ingressado com reclamatórias trabalhistas, pleiteando dano moral pela supressão ao lazer, geralmente acompanhado por pedidos de pagamento de horas extras. Assim, tem cabido aos tribunais trabalhistas verificar a violação desse direito, e ponderar se a compensação financeira é eficaz para mitigar os efeitos da mesma.

CONCLUSÕES

Quase setenta anos depois da sua proclamação, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 continua sendo um dos mais importantes documentos na positivação de tais direitos, responsável, inclusive, por significativas contribuições na construção de ordenamentos jurídicos e de elementos importantes da democracia em diversas nações. Acima de tudo, foi um importante marco na regulamentação de princípios amplos e universais nas relações sociais. Assim, foi a partir desse processo de positivação, que os direitos humanos passaram do status de orientações éticas ou programas de ação e alcançaram o patamar de obrigações jurídicas que vinculam as relações internas e externas dos Estados.

Este cenário demonstra que os direitos do homem são de fato construções histórias, mas são também produto da dialética entre a conceituação moral e ética e também do esforço jurídico-político, responsável por sua efetivação. Dessa forma, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 influenciou a elaboração das Constituições de muitos países, inclusive da brasileira, de 1988. No âmbito trabalhista brasileiro, a previsão constitucional é o sinal inequívoco da evolução dos direitos humanos de um modo geral e do reconhecimento da importância deste direito para a vida do ser humano e para o próprio trabalhador. Na Carta Magna, os direitos humanos foram consagrados, recebendo a denominação de direitos fundamentais, revestidos da blindagem da inalterabilidade. Ou seja, não poderia, jamais serem eliminados nem ao menos diminuídos.

Assim, é possível concluir que a historicidade dos Direitos Humanos apontada por Bobbio explica a evolução de muitos direitos fundamentais ao longo dos anos. Este aspecto do direitos humanos traduz a própria jornada dos direitos trabalhistas, que surgiram, primeiramente na Constituição de 1937, para somente serem consolidados em 1943, que apesar de não ser um código propriamente dito, reuniu as principais leis trabalhistas. Aliás, tais leis foram recepcionadas pela Constituição de 1988, sendo que muitos direitos trabalhistas foram reconhecidos como direitos fundamentais.

Porém, trajetória ainda singela é a do direito ao lazer, pois, ainda que positivado na Constituição Federal, não encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que seja plenamente efetivado. E por não possuir a garantia da efetividade, é passível de violação. Aliás, nem mesmo existe uma definição do que é o lazer ou de que forma o trabalhador poderia ter acesso a ele.

Mas, na contra mão dessa recomendação de limitação razoável de jornada, o que comumente ocorre na prática, é a sua supressão através de jornadas elastecidas e sistemáticas empresariais que sacrificam não somente o tempo vago do trabalhador, mas também as suas forças físicas e a sua vitalidade. Assim, apesar de ser um direito social, sua visibilidade é tão precária quanto sua efetividade e certamente sua supressão é uma violação aos direitos humanos uma vez que promove a coisificação do ser humano, condicionado a apenas trabalhar para ter, sem se preocupar com outro elementos importantes do seu ser, como ter tempo para si mesmo.

Neste estudo, foi possível observar que o pensamento de Hannah Arendt revela a importância para o desenvolvimento do ser humano, tanto do trabalho quanto do lazer. A filósofa aponta que não há necessidade de um direito excluir o outro, sendo que ambos são inerente à condição humana e se prestam a evitar que o ser humano seja coisificado. Ou seja, o indivíduo pode perfeitamente ser um trabalhador que desfruta de uma atividade que promove seu sustento, mas que também tem acesso a momentos de lazer. Este aspecto também reforça o ensinamento de Bobbio de que os direitos são indivisíveis e cumulativos. Aliás, compete à dignidade humana de todo indivíduo, jamais ter de abrir mão de algum direito para poder gozar de outro.

Dessa forma, tanto o direito ao trabalho quando o direito ao lazer, assim como os outros direitos relacionados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, são indispensáveis para atender às várias necessidades básicas do indivíduo. Com o lazer, são sanadas necessidades como de libertação, contrapondo-se à angustia e ao peso que são experimentados na angústia que acompanham a vida do trabalhador, principalmente em atividades não escolhidas livremente.

Porém, é necessário destacar que, apesar dos Direitos Humanos serem históricos, não pressupõem uma evolução ao longo do tempo, em algumas de suas vertentes. Ou seja, nem sempre o passar dos anos e a positivação dos mesmos significa que o indivíduo está efetivamente usufruindo das conquistas. Um exemplo é o direito do trabalho. Nesta seara, várias conquistas estão sendo relativizadas e beirando a flexibilização, ainda que os mesmos estejam revestido de fundamentalidade.

Da mesma forma, é possível observar que o direito ao lazer, apesar de ser previsto, não foi efetivado, ou seja, não evoluiu a tal ponto de ser regulamentado. Aliás, no que concerne ao direito ao lazer, é importante compreendê-lo no contexto dos direitos fundamentais, e neste caso, a origem dos mesmos a partir do desenvolvimento histórico das discussões sobre direitos naturais dos indivíduos, que culminou em 1948 com Declaração dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, como já exposto.

Assim, o que se observa, é que por padecer da tão necessária efetividade, resta aos tribunais brasileiros analisar fatos concretos de violação ao referido dispositivo em demandas trabalhistas, para garantir a satisfação e/ou reparação deste importante direito do indivíduo, particularmente, do trabalhador.

Promover e proteger a dignidade humana é um dos principais objetivos das Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e de vários tratados internacionais, inclusive aqueles construídos para promover e conservar o trabalho em condições dignas, além de promover o direito ao lazer do trabalhador. Neste ponto, há concordância com um dos princípios basilares do direito do trabalho. O indivíduo, por

ser um ser holístico, precisa encontrar e desenvolver a vocação dos seus potenciais e o trabalho oferece possibilidades neste sentido. Assim, além de promover o próprio sustento e também de sua família, o trabalhador adquire identidade social, torna-se pertencente a um grupo, desenvolve suas habilidades, etc.

A história demonstra que os direitos humanos, de fato evoluíram. A declaração Universal de 1948 é o padrão mínimo que deve ser observado nas democracias em todo mundo, e foi capaz de inspirar governos e instituições na consolidação dos direitos dos homens. Porém, as lacunas nos ordenamentos jurídicos internos dos países, inclusive do Brasil, e os exemplos de violação, supressão e mitigação demonstram que a trajetória dos Direitos Humanos ainda é longa até a sua plena efetivação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. **A Condição humana**. São Paulo: Editora Forense Universitária LTDA.1993.

____.**Origens do totalitarismo.** Trad. Roberto Raposo. SP: Cia das Letras, 2000.

BALDI, César Augusto. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro:

Renovar, 2004.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: L Tr, 2008

BARUFFI, Helder.. **Os direitos sociais na Constituição de 1988 e algumas reflexões em torno de sua concretização.** Anima: Revista Eletrônica do Curso de Direito da Opet, v. III, pp. 80-97, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos. 9 ed. Rio de Janeiro**: Elsevier, 2004

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Tese de Pós Graduação do Curso de Direito da UFSC. Florianópolis, 1995

CALVET, Otávio Amaral. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora Método, 2013.

CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. Edição típica vaticana. São Paulo: Loyola, 2000, §2246.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUMAZEDIER, Joffre**. Lazer e cultura popular**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

JOÃO XXIII, Papa. **Encíclica do Papa João XXIII: "Pacem in Terris"**– 1963. http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/pt/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html acesso em 02 de dezembro de 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos - um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt,** São Paulo, Cia. das Letras, 1988.

LEÃO XIII, Papa, **Carta Encíclica Rerum Novarum,** http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.htmlAcesso em 13 de dezembro de 2016.

MAGNANI, José Guilherme C. **O lazer na cidade**. Texto apresentado ao Condephaat. São Paulo, v. 4, 1994.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 8.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. **O direito ao lazer na formação do homem social**. Âmbito Jurídico.com.br, XIII, v. 76, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Diretos Humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RECEBIDO EM: 03/01/2018
APROVADO EM: 07/05/2018

POLÍTICAS SOCIAIS, ESTADO E A REFORMA AGRÁRIA PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988

SOCIAL POLICIES, STATE AND AGRICULTURAL REFORM POST-CONSTITUTIONAL OF 1988

Edir Vilmar Henig[1]

RESUMO: A agricultura familiar é um importante instrumento de combate a desigualdade social no campo. Além de promover a soberania alimentar, pois produz alimentos que vão diretamente à mesa do brasileiro, a agricultura familiar é promotora de justiça social uma vez que garante emprego e renda aos trabalhadores envolvidos na atividade. A reforma agrária, nesta perspectiva, surge com principal política pública para efetivação do segmento da agricultura familiar com atividade produtiva. É a reforma agrária que garante ao trabalhador despossuído acesso à terra, principal instrumento de trabalho do agricultor. Sendo assim, a reforma agrária deve ser vislumbrada como responsabilidade do Estado em todas as suas formas de realização. A crítica que se faz ao Estado brasileiro é o grande protecionismo ao agronegócio, e o descaso aos pequenos produtores rurais. Neste sentido, nos utilizaremos da Teoria de Estado para debater a agricultura familiar e a reforma agrária. Sendo que nosso objetivo principal é demonstrar que a reforma agrária e agricultura familiar devem ser protagonistas na ação do Estado com a finalidade de contribuir na construção da igualdade social no campo, desconcentrando renda e a terra. Para isso, utilizaremos referencial teórico de teóricos do Estado, fazendo ligação a pesquisadores contemporâneos, estabelecendo debate que contribuam para o entendimento da questão agrária e o lugar do Estado neste processo.

Palavras-chave: Estado; Reforma Agrária; Agricultura Familiar; Emprego; Renda.

ABSTRACT: Family farming is an important instrument for combating social inequality in the countryside. In addition to promoting food sovereignty, as it produces food that goes directly to the Brazilian's table, family farming is a promoter of social justice, since it guarantees employment and income for the workers involved in the activity. The agrarian reform, in this perspective, arises with main public policy for effective the segment of the familiar agriculture with productive activity. It is the agrarian reform that guarantees to the dispossessed worker access to land, the main instrument of work of the farmer. Thus, agrarian reform must be

1 Doutor em Território, Risco e Políticas Públicas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Política Social e Bacharel em Administração pela Universidade Federal de Mato Grosso, Bacharel em Ciências Contábeis pela faculdade UNIC. Professor do Departamento de Administração da Universidade Federal de Mato Grosso, Campus de Rondonópolis. edirhenig@hotmail.com.

the responsibility of the State in all its forms of realization. The criticism made to the Brazilian State is the great protectionism of agribusiness, and the neglect of small rural producers. In this sense, we will use State Theory to discuss family agriculture and agrarian reform. Being that our main objective is to demonstrate that agrarian reform and family agriculture must be protagonists in the action of the State with the purpose of contributing to the construction of social equality in the countryside, deconcentrating income and land. For this, we will use theoretical reference of state theorists, linking contemporary researchers, establishing debate that contribute to the understanding of the agrarian question and the place of the State in this process.

Keywords: State; Land reform; Family farming; Employment; Income.

INTRODUÇÃO

A estrutura agrária brasileira é construída historicamente pautada na concentração de terras, clientelismo por parte do Estado que protegeu e fomentou as elites rurais. Desta forma podemos destacar que o pequeno agricultor sempre ficou a margem das atenções do Estado concernente a distribuição de terras.

Os estudos agrários no Brasil, embora de suma importância para o desenvolvimento do país e para o reconhecimento dos trabalhadores envolvidos na atividade são recentes e os primeiros estudos que discutem a questão agrária datam de 1960. Para tentarmos compreender a situação atual do meio rural brasileiro tentaremos lançar luz a 400 anos de obscuridade cientifica no que tange à formação do "agrário" no país.

Desta forma, não é possível dissociar a atual conjuntura com a forma como o Brasil foi expropriado e economicamente explorado, e assim a carga simbólica do passado está mais presente na realidade dos indivíduos e nas classes sociais do que se possa reconhecer.

O presente artigo se objetiva a debater a (des)construção da agricultura familiar e da reforma agrária no âmbito das políticas sociais balizando o debate na Teoria de Estado. Procuramos ainda trazer analises destas categorias para construirmos uma discussão que produza entendimento ao leitor,faremos também a construção histórica da reforma agrária pós-Constituição de 1988, com números que nos auxiliaram no debate entorno das políticas sociais voltadas para a reforma agrária, principal política pública da agricultura familiar.

A justificativa que apresentamos para somar aos debates já existentes é a necessidade da reforma agrária estar na cena política, uma vez que a mesma se encontra inacabada frente ao número de trabalhadores que se encontram a margem desta "(re) distribuição" de terra. Cabe ainda salientar a expressiva luta dos movimentos sociais que garantiram as conquistas atuais no campo. Optamos por realizar uma análise bibliográfica de diversos e importantes autores que se debruçaram sobre as questões da luta agrária, bem como a análise interpretativa das principais leis que regulam a reforma agrária no país.

1. O SURGIMENTO DA POLÍTICA SOCIAL

A agricultura familiar é constituída por vários atores sociais que dão diversidade e uma vasta categorização social, ao levar em consideração o fato desta englobar, uma gama variada de agricultores nas mais diversas situações sociais possíveis, que perpassa a agricultura de subsistência à monocultura tecnificada, orientada principalmente pelas demandas de mercado, e contribui à categoria uma heterogeneidade latente.

> Não se trata de um grupo social homogêneo, nem de uma classe social, mas incluem diversidade social produzida pelas diferentes condições de produção a que estão submetidas, tais como: tamanho da propriedade, grau de emprego de técnicas agrícolas, acesso a credito, capital cultural e social (CARNEIRO, 1999, p. 340).

O debate teórico em torno da politica social parte da concepção de Pereira (2009), trata como produto da dialética contraditória histórica e estrutura, portanto, reflexo do antagonismo entre "capital x trabalho", "Estado x sociedade", e dos princípios de igualdade e liberdade estabelecidos por Rousseau, e deve ser nutrido o debate nas teorias do estado de bem-estar social e nos fundamentos das politicas sociais, voltados para o viés agrário, através das novas concepções do mundo rural e do desenvolvimento agrícola no país, ao trazer a realidade sócia histórica da desigualdade social brasileira.

Titmuss (1981, p. 28) destaca que, "a política social refere-se a princípios que governam atuações dirigidas a fins, com o concurso de meios, para promover mudanças, seja em situações, sistemas e práticas, seja em condutas e comportamentos", que neste sentido o conceito de política social só tem a conotação de mudança para que a utilize, mudanças estas de caráter político e ético, em uma realidade concreta que necessita de ser transformada.

A política social tem que ser vista como uma política que antes de interrogar sobre os recursos a serem distribuídos, leva em conta a posição desigual dos cidadãos na estrutura de classe da sociedade, apesar de nem sempre produzir bem-estar, este é o fim comum de toda política social.

> [...] a política social tem que ser vista como uma política que, antes de interrogar sobre os recursos a serem distribuídos, leva em conta as posições desiguais dos cidadãos na estrutura de classes da sociedade. Em consequência, a concepção de política social deve também contemplar o conhecimento de como se criam as necessidades e de como estas se distribuem, com o objetivo de modificá-las (PEREIRA, 2009, pp. 172-173).

As políticas sociais surgem ainda nas sociedades pré-capitalistas como é o caso da *Poor Law* (Lei dos Pobres) instituída na Inglaterra em 1536 a 1601, porém como destaca Polanyi (2012, p. 85), o intento acabou se tornando um paradoxo, pois, "os pobres eram forçados a trabalhar com qualquer salário que pudessem conseguir e somente aqueles que não conseguiam trabalho tinham direito à assistência social." A assistência social não era de responsabilidade do Estado, mas delegada à igreja e às instituições de caridade que abrigavam os pobres e desvalidos, bem como os incapacitados para o trabalho, excluídos do processo social e jogados à margem da sociedade.

A Lei dos Pobres (*Poor Law*) se caracterizava não pelo caráter protetivo e sim pelo seu lado punitivo e restritivo aos trabalhadores, que associada à Lei de Domicílio (*Act*

of Settlement), restringia a mobilidade espacial dos desvalidos, e impediam que os mesmos migrassem para regiões com maiores possibilidades de desenvolvimento, à vagabundagem e à mendicância eram severamente castigadas.

A renda mínima é a que deu o início da conceituação de proteção social, que surgiu na Grã-Bretanha, em 1795, sob a forma de **abono salarial**, nominada de *Speenhamland Law*, e que Rosanvallon (1982, p. 112), "reconheceu o direito de todos os homens a um mínimo de subsistência", pois independente de seus proventos era lhes concedido o abono salarial, de acordo com uma tabela que dependeria do preço do pão.

A classe dominante da época soube se aproveitar da *Speenhamland Law*, como sempre faz, reduz o salário dos trabalhadores e utiliza o abono como parte do pagamento, conforme destaca Marx (2001, p. 124), "era absolutamente lógico para os donos ingleses de fábricas,[...], abater dos salários as esmolas públicas que os trabalhadores recebiam por meio das leis de assistência, e considerá-las como parte integrante do salário total,"embora se utilizou da lei a seu favor como pressão gigantesca por parte dos industriais, burgueses e pequenos burgueses, que a *Speenhamland Law* fosse abolida, com ameaças de paralisação das indústrias e seus desmontes, apoiados em críticos da lei como Malthus, que acreditava que a ajuda aos pobres prejudicava o caráter independente do individuo e estimulava a ociosidade.

Esta nova conjuntura econômica e seus benefícios, e que trazia em seu bojo um mercado livre de trabalho que não podiam compensar a destruição social que ele acarretaria, e necessitava assim de uma regulamentação para proteger o trabalho, e neste sentido, ia contra o funcionamento e do mecanismo de mercado existente.

A *Speenhamland Law*resistiu bravamente por 39 anos, sendo revogada em 1834, se com a presença da lei os trabalhadores eram tratados como animais de pouco valor, sem ela estavam largados à própria sorte, e para espanto dos pensadores da época, uma riqueza nunca vista antes passou a ser a companheira inseparável de uma pobreza nunca vista, resultado das injustiças sociais, intensificação da exploração do trabalho, ausências de proteção aos trabalhadores.

A revogação da lei em 1834, e substituída pela *New Poor Law* (Nova Lei dos Pobres), Behring e Boschetti (2010, p. 49), destacam que o marco do "predomínio, no capitalismo, do primado liberal do trabalho como fonte única e exclusiva de renda, e relegou a já limitada assistência aos pobres ao domínio da filantropia", ao retirar os poucos direitos que a *Speenhamland Law* garantia aos trabalhadores e reestabelecia a assistência à igreja e aos corações caridosos que pudessem ajudar aos inválidos, e aos incapazes ao trabalho, e reestabelece a obrigatoriedade do trabalho que forçava aos pobres capacitados ao trabalho, deixarem que o capitalismo nascente "sugasse o sangue", e pagasse salários que o mercado determinava, mas este era composto pelos burgueses que há muito interessava que os salários fossem o mínimo possível, e utilizavam uma exploração sem lei.

> A classe trabalhadora foi ganhando significativo poder político, tanto por meio da extensão do direito ao voto, em 1885, quanto pela organização do Partido Trabalhista em 1890. Essa democratização do poder mudou inevitavelmente a concepção comercial de merecimento dos pobres, contida na Lei de 1834, e influenciou o debate sobre a proteção social que novamente ganharia expressão no final do século (RIMLINGER, p. 57).

A realidade de submissão ao capital a qual os trabalhadores estavam expostos forçou-os a se organizarem e a lutarem por melhores condições de trabalho, entre elas a jornada de trabalho, que conforme as reflexões de Marx (2011, pp. 312-313) é "o estabelecimento de uma jornada normal de trabalho é o resultado de uma luta multissecular entre capitalista e trabalhador", sendo neste sentido, um produto do antagonismo de classe.

Os liberais preocupavam-se com os rumos que o capitalismo autodestrutivo poderia tomar se intervenções não fossem realizadas, mesmo que isso pudesse de alguma forma proteger os trabalhadores, para garantir a eficiência econômica e com a competitividade internacional, e segundo Pereira (2009, p. 86), 'essa consciência se tornou mais clara durante o recrutamento de jovens do sexo masculino para o serviço militar, quando se constatou que a maioria deles não estava apta para exercê-lo,dado a sua debilidade física", revelando deficiências sociais que necessitavam ser supridas para que a capacidade produtiva não fosse comprometida.

Mais uma vez se percebe que os interesses dos capitalistas estão acima de quaisquer medidas que deva ser tomada pelo Estado, desde que estas reflitam no aumento da produtividade e nas condições de trabalho a que os trabalhadores estão submetidos.

As décadas foram passando e as velhas leis foram superadas com a instituição de conquistas da classe trabalhadora, embora as ideias liberais se firmassem e se fizeram presente na constituição da saúde e do seguro desemprego, oferecidas com em arcabouço contributivo sob o argumento que fortaleceria o senso de responsabilidade dos trabalhadores, pautados pela concepção de mínimos sociais como direito de todos.

O Estado de Bem Estar (*Welfare States*) é instituído no século XX com objetivo político à extensão de direitos sociais, uma oferta universal sob a preocupação de pleno emprego e institucionalização da assistência social como rede de defesa contra a pobreza absoluta e meio de garantir a manutenção de padrões mínimos de atenção às necessidades humanas básicas, mas *Welfare State* não é sinônimo de política social, embora andem lado a lado, ou tenham afinidades.

> Sabe-se que o Welfare State com as suas políticas, seu aparato institucional, suas justificações teóricas e ideológicas e seu acervo profissional é parte integral do sistema capitalista. Isso quer dizer que ele, como um complexo moderno de proteção social, ancorado no conceitos de seguridade e cidadania social, não surgiu, como um coelho da cartola de um mágico. Muito do que hoje se conhece do Welfare State tem a ver com os rumos adotados pelo sistema capitalista, que deixou de ser liberal, nos anos 1940, por questões de sobrevivência, e para ser temporariamente regulado (PEREIRA, 2009, p. 87).

É importante salientar que o *Welfare State* é datado historicamente, com sua origem na década de 1940, e que em um olhar macro o concebe como todo esforço do Estado para mudar a situação do mercado e proteger os indivíduos dos seus agravos econômicos e sociais, mas sabe-se que sua conceituação é cercada de debates e polemicas.

Parafraseando Mishra (1995, p. 123) a politica social é um conceito mais amplo se comparado ao *Welfare State,* pois este tem uma conotação histórica e institucionalizada pelo Estado capitalista de ordem keynesiana, que significa, enquanto a politica

social é uma politica de ação que vem desde antes das duas guerras mundiais e se desenvolve no decorrer do tempo.

Pereira (2009, p. 178) esclarece que "o *Welfare States* é a instituição encarregada de promover bem estar social, enquanto a Social *Welfare* é o resultado de uma ação politica que confere efetivo bem-estar a indivíduos e grupos" nesta perspectiva, podemos afirmar que o bem-estar possui uma estreita ligação com a politica social no sentido de que a esta cabe garantir à população níveis de renda e acesso a recursos e serviços básicos, evitando que os indivíduos caiam na pobreza extrema, no abandono e no esquecimento. Destacando que o Brasil não teve experiência de *Welfare State,* sendo este peculiar dos países de capitalismo central.

Este esboço teórico nos encaminha para o entendimento de que tanto o Estado de Bem-Estar, quanto as política sociais atuais tem como objetivo primeiro na coesão social, que é buscada por meio de pactos corporativos, como um instrumento do Estado, para promover bem estar, distribuição de renda, e qualidade de vida para a nação.

Seguindo esta perspectiva, devemos salientar o papel do Estado na construção das politicas sociais e os meios pelos quais se utiliza para elaborar e efetivar os anseios da população, conforme destaca Pereira (2009, p. 104), "as transformações econômicas, sociais e política, relacionadas ao avanço industrial, criaram condições objetivas para o comprometimento inadiável do Estado com os problemas resultantes das desigualdades sociais".

O Estado tem a preocupação estratégica de inserir os pobres e inválidos ao processo produtivo, pois segundo Hobsbawm (1995, p. 498), "por baixo e em volta dos empresários capitalistas, os 'trabalhadores pobres', descontentes e sem lugar, agitavam-se e insurgiam-se",fazendo referencia à revolução de 1848, e a utilizava como modelo na exposição sobre a necessidade do Estado em promover políticas que atendam os trabalhadores.

2. CONCEPÇÃO DO ESTADO: DOS CLÁSSICOS AOS CONTEMPORÂNEOS

Para Marx, o Estado nas mãos da burguesia funciona para a preservação da propriedade privada e para assegurar os interesses da classe burguesa, em contraponto, nas mãos do proletariado ele serviria para retirar das mãos do capital a centralidade do poder de produção, e teria caráter transitório com tendência a desaparecer com a eclosão da sociedade comunista, e pode ser longo ou curto este processo, ao decorrer do tempo fariam desaparecer as divisões de classe.

> O Estado deve ser visto como uma instituição própria do sistema capitalista, orientado a: a) garantir os fundamentos da acumulação capitalista (a propriedade privada, a exploração, o controle capitalista sobre o destino da riqueza socialmente produzida e a repressão a todo ato que ameace a 'estabilidade social').; b) promover a legitimação da ordem social vigente (tanto garantindo o envolvimento e o respeito as leis, quanto criando a vinculação e o compromisso dos cidadãos com um ideológico de Estado neutro e um também ideológico sistema de liberdade e igualdade de oportunidade para todos); e c) responder a demandas das classes trabalhadoras, desde que não corroam os aspectos anteriores, constituindo tais respostas (leis e direitos trabalhistas, direitos e serviços sociais, direitos públicos) (MONTAÑO; DURIGUETTO, 2011, pp. 143-144).

O Estado assume as funções da **coerção**, ao passo que, utiliza da força como meio garantidor dos interesses da classe dominante, e em contrapartida usa do **consenso** como outra funcionalidade deste, com a finalidade de institucionalizar e controlar conflitos, legitimando a ordem social. O Estado não pode se sustentar unicamente com o uso da coerção, utilizando da estratégia de permear os interesses da classe trabalhadora para a superação das crises, e servindo de esfera garantidora da geração de lucros ao capital, ao consolidar, perpetuar e legitimar o desenvolvimento da ordem burguesa como modelo de sociedade.

Embora o Estado seja representante da ordem burguesa e comprometido com a acumulação do capital, não se pode afirmar categoricamente que as intervenções através de serviços e de políticas sociais, são única e exclusivamente de interesses capitalistas, mas deve ser pensado como produto de fortes e permanentes lutas de classes, que o pressionam para atender as demandas e necessidades da classe trabalhadora, para evitar desestabilizações do sistema capitalista.

Para melhor entendimento do que representa o Estado na sociedade moderna, é necessário buscar base nos primeiros estudiosos que fizeram do Estado seu objeto de estudo, a começar por Maquiavel que se debruçou em compreender a formação do Estado, e de que forma era constituído.

Maquiavel traça seu diálogo com os pensadores da Grécia antiga na busca pela "verdade efetiva das coisas" neste sentido, e capta o Estado como perfeito, mas real, capaz de impor a ordem, pautado na realidade concreta dos fatos, que abandona o reino do "dever ser", e inaugurando outro do "ser", ou seja, que se preocupa em estabelecer uma análise política que resolva as problemáticas do inevitável ciclo de estabilidade e caos.

Maquiavel com estas expectativas provoca uma profunda ruptura com o pensamento clássico grego, põe fim à ideia de uma ordem natural e eterna, como produto necessário da política, de caráter imperativo, construída pelos homens para evitar a catástrofe e a barbárie, e que deveria ser preservada, pois a mesma não é definitiva e sofre constantes ameaças.

O homem é constituído de atributos negativos e que conflitos são decorrentes destas características humanas, Maquiavel (2011, p. 104), expressa que os homens são "ingratos, volúveis, simuladores e dissimuladores, temerosos dos perigosos, e ambiciosos por ganhos", e neste sentido, afirma que na sociedade existem duas forças opostas uma das quais provém o desejo de não deixar o povo ser dominado nem oprimido pelos detentores do poder, do capital, e a outra de que querem a dominação e opressão do povo, independente de quem vença, sem inibir a iniciativa da força perdedora em superar a vencedora.

Gruppi (1998, p. 12) em sua análise de **O Príncipe** afirma que Maquiavel "funda uma nova moral, que é a do cidadão, do homem que constrói o Estado", pois há um rompimento no sentido religioso da dominação, não é atribuído por ele o caráter divino do poder e da dominação, mas este poder lhe é dado através das relações entre os homens, relações estas puramente mundanas, e nesta lógica, o Estado passa a ter uma abordagem racional no exercício do poder, e a ser visto como um mediador civilizador.

Já Thomas Hobbes, em seu *Leviatã* traz em sua teoria de Estado, o **estado de natureza,** onde os homens vivem como animais e o poder é definido pela capacidade individual de conquistar, e vê em cada um de seus semelhantes um concorrente em potencial, pois todos são munidos das mesmas condições de domínio sobre o outro, e pode se utilizar até mesmo do assassinato para garantir seu interesse, há que não existe lei.

A constituição do Estado, marca a ruptura do **estado de natureza**, e o nascimento da sociedade civil ou sociedade política, onde os homens estabelecem um pacto ou um contrato que transfere a um soberano o direito natural individual de governar, subjacente a um acordo que todos serão submissos à autoridade do soberano, que julga suas ações boas e úteis às ordenanças deste soberano, ou injustas e más às suas proibições.

> Um Estado é considerado instituído quando uma multidão de homens concorda e pactua que a um homem qualquer ou a uma qualquer assembleia de homens seja atribuído, pela maioria, o direito de representar a pessoa de todos eles, todos sem exceção, tanto os que votaram a favor desse homem ou assembleia de homens como os que votaram contra, devendo autorizar todos os atos e decisões desse homem dessa assembleia de homens, como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de poderem conviver pacificamente e serem protegidos dos restantes homens (HOBBES, 2009, p. 127).

Nesta noção de Estado fica claro o seu caráter mercantilista, bem como as relações sociais burguesas, ao criar através do Estado limitações da liberdade individual a fim de permitir os que estão no domínio em situação confortável e segura, protegidos da guerra e das ameaças do antigo "estado de natureza".

John Locke, tal qual Hobbes, parte do "estado de natureza" e é através do pacto social que se estabelece a paz e a segurança entre os homens, contemporâneo da segunda revolução liberal (1689), em que assinalou um acordo entre a monarquia juntamente com a aristocracia e a burguesia, que estabeleceu o marco teórico e a transição dos "súditos" em um "cidadão".

Embora o homem em seu estado natural goze de plena liberdade, necessita em cercear esta liberdade a fim de estabelecer a garantia de suas propriedades, ao contrário de Hobbes que em sua teoria de Estado, à propriedade inexiste. E, para Locke a propriedade já existe no estado de natureza, como um direito natural do individuo que não pode ser violado pelo Estado, e reafirma compreensão de Locke, por meio de Montaño e Duriguetto (2011, p. 25):

> Em Locke os homens passam a se apropriar da natureza pelo trabalho, podendo acumular bens à medida que seu trabalho conseguir produzir maior riqueza do que suas necessidades imediatas, de consumo, tornando-se assim produtores de valor de troca, o que à existência de homens ricos e pobres nesse estado de natureza, justificados pela capacidade de trabalho de cada um de criar valor.

Neste sentido, a propriedade origina e justifica pelo trabalho, os homens tornam-se proprietário à medida que transformavam o "Estado comum" da natureza através de sua força laborativa que visa a subsistência e a satisfação de suas necessidades. O Estado para Locke necessita de unanimidade da população para que o contrato social se estabeleça, enquanto que para a escolha do governo este contrato sede lugar ao principio da maioria, onde a decisão desta, deve se sobrepor aos interesses da minoria.

O último dos contratualista, Jean-Jacques Rousseau diz que no estado de natureza os homens são destituídos de moralidade e são sem maldade, enquanto imergidos na sociedade civil que é imperfeita, pois a propriedade privada a corrompeu e é produto da voracidade humana, onde os detentores de poder expropriam os mais pobres em detrimento dos seus próprios interesses, e neste sentido, o Estado é uma criação da classe dominante a fim de preservar a desigualdade entre os homens e a propriedade daqueles que a possuem.

O Estado civil representa a oposição ao estado de natureza, onde no Estado civil a sociedade é regulada por algum tipo de autoridade, capaz de assegurar a liberdade, a paz e a preservação dos interesses privados, em que o Estado então, uma instituição de poucos, para poucos, onde só os ricos e poderosos recebem a devida atenção, estabelecido através do pacto social, ou contrato social, que segundo Montaña e Duriguetto (2011, p. 29), é através no "contrato social repousa numa noção e num critério básico que é a "vontade geral"", esta última para Rousseau é a tradução do que há em comum nas vontades individuais, e não a simples somatória de vontades particulares ou da maioria, considerado legitimo o Estado onde o governo é exercido pelo povo.

A preocupação que Rousseau tinha a desigualdade como o reflexo do avanço do capital, e da expropriação do trabalho pelo mesmo, que na eminência da Revolução Francesa merece por parte dele, uma analise e uma reflexão sobre os rumos históricos que este processo poderia tomar, sempre ao primar pelo tripé da liberdade, igualdade e fraternidade, pois na sua concepção o homem só pode gozar de plena liberdade no momento que é igual perante todos os homens, apesar desta analise ser no campo jurídico, em dados momentos, estabelecer relações com a igualdade social e econômica.

Enquanto os contratualistas propuseram um modelo ideal de Estado, com teorias jurisnaturalistas, que se pautava em analisar a partir do **estado de natureza**, em outro pensamento, Hegel rompe com esta concepção e passa apresentar o Estado, não mais como um modelo ideal, mas como uma descrição do Estado burguês, através do modelo histórico, real do desenvolvimento e consolidação do modo de produção da sociedade capitalista, e o apresenta como deveria ser, e não na tentativa de compreendê-lo.

Outra contribuição de suma importância que Hegel trás para se entender o Estado, é a fixação de um conceito de sociedade civil separado do Estado político, tal como salienta Gruppi (1998, p. 28), "não há sociedade civil se não existir um Estado que a construa que a componha e que integre suas partes; não existe povo se não existe o Estado, pois é o Estado que funda o povo e não o contrário"é o oposto da concepção de Estado estabelecida pelos seus antecessores que alegavam ser a soberania do povo a expressão do Estado.

Para Hegel o Estado funda o povo e atribui a soberania ao primeiro e ao segundo não do povo, onde a sociedade civil é vista como esfera das relações econômicas, jurídicas e administrativas, não mais opõe ao estado de natureza e um estado civil pela conformação de um pacto, ou contrato, temos então em Hegel uma crítica da concepção liberal, individualista, da liberdade, em que é o Estado que triunfa sobre a sociedade civil e absorve a mesma, diferente dos contratualistas.

O Estado na concepção hegeliana tem uma forma organicista e é também ético, concretiza uma moral, contraria as perspectivas liberais de Estado, que não tem caráter ético, não educa, apenas garante as liberdades, e a inviolabilidade da propriedade

privada e das pessoas no campo econômico, e assim o Estado para Hegel constitui um momento superior da vida social.

Marx mostra uma visão crítica do Estado burguês, bem como da democracia e da liberdade burguesa, ao dizer ainda que o lema da Revolução Francesa, liberdade, igualdade e fraternidade, não eram para todos e sim, para uma parcela limitada da sociedade, para o setor economicamente dominante, ou seja, a burguesia, que no pensamento hegeliano a sociedade civil se constitui na esfera das relações econômicas e dos interesses particulares e o Estado, a esfera da universalização, ponto de partida para o desenvolvimento do pensamento de Marx.

> A sociedade civil enquanto tal só se desenvolve com a burguesia; todavia, a organização social diretamente resultante da produção e do comércio, e que constituiu sempre a base do Estado e do resto da superestrutura idealista, tem sido constantemente designada pelo mesmo nome (MARX; ENGELS, 2013, p. 58).

O Estado é um produto da sociedade civil, expressa suas contradições e as perpetua, não como pensa Hegel, uma esfera independente, com racionalidade própria. Marx, por sua vez, destaca que no pensamento hegeliano o Estado é o sujeito, e a sociedade civil é o predicado, só que na **Crítica à Filosofia de Hegel**, Marx demonstra que esta afirmação é de forma inversa, ou seja, o Estado é o produto, a consequência, em síntese uma construção da sociedade civil, e para reafirmar esta posição nos alicerçamos em que "[...] não é o Estado que molda a sociedade, mas a sociedade que molda o Estado. A sociedade, por sua vez, se molda pelo modo dominante de produção e das relações de produção inerentes a esse modo" (CARNOY, 1988, p. 65).

As relações sociais não são de todo criadas pelo Estado, na verdade é delas que resulta o Estado, e nesta perspectiva, Marx e Engels revelam que é das relações de produção que se expressa na acumulação, que constrói e fortalece a classe dominante representada pela burguesia e que se estende ao poder do Estado, que passa a exercer seus interesses através de normas e de leis, que contraria neste momento a autonomia que Hegel e confere ao Estado o papel de mediador dos interesses públicos e privados.

Para Montaño e Duriguetto (2011, p. 37), "o Estado tem a aparência da universalidade, mas a sua realidade é particular, na medida em que ele garante a organização das condições gerais de um sistema social no qual e pelo qual a burguesia existe como classe dominante",que nos esclarece acerca do Estado como mecanismo ou ferramenta do capital na expropriação do trabalho, e na perpetuação deste sistema como modelo de produção dominante, bem como na permanência da classe burguesa nos ditames da ordem social.

No **Manifesto do Partido Comunista**se diz que todo governo burguês não passa de um comitê de negócios da burguesia, que serve aos interesses da classe burguesa, busca através da tomada do poder do Estado pela classe operaria, socializa os meios de produção que será mais tarde denominado de "ditadura do proletariado", e conduz a sociedade ao comunismo.

Em Lênin, tal qual em Marx e Engels, o Estado é dotado de tendências à classe burguesa servindo aos interesses da mesma para a manutenção e perpetuação da sua dominação, que conduz à própria destituição pelo confronto armado, pois o mesmo é

utilizado pela elite como força coerciva, e definido pelo próprio Lênin (2010, p. 28), ao expressar que: "é claro que a liberação da classe oprimida só é possível por meio de uma revolução violenta e da supressão do aparelho governamental criado pela classe dominante", uma vez que o governo serve à classe burguesa como aparelho coercivo é através do mesmo mecanismo que este sistema será tomado e posteriormente superado.

Apesar de algumas distinções nas produções de Antônio Gramsci do seu mestre Marx, isso está longe de significar uma ruptura, ao contrário, por estar inserido em uma realidade de periferia europeia, e pela situação que se encontrava o capitalismo do século XX, de caráter monopolista, é o cenário de socialização politica, onde tanto trabalhadores quanto capitalistas se encontram organizados, diante de conquistas do voto universal, do fascismo e do nazismo, além da hegemonia da burguesia que Gramsci observa a complexidade das relações de poder e de organização que denomina sociedade civil.

A análise de Estado para Gramsci é a mesma de seu mestre, "certamente, o Estado não produz ut sic a situação econômica, mas é a expressão da situação econômica" (GRAMSCI, 2007, p. 379), sendo ainda o Estado para as classes antagônicas – burguesia e proletariados – a forma concreta de um mundo produtivo, com a atividade econômica própria da sociedade civil.

A sociedade civil para Gramsci, tal qual para Marx constitui o local onde se chocam diversas contradições, onde as lutas sociais se travam, e os grupos sociais e camadas sociais buscam representatividade na expectativa de serem sujeitos de uma transformação da realidade, é ainda o local de conquista da hegemonia das classes, bem como de possibilidade da construção de consensos, neste sentido, com nítida articulação dialética da sociedade, ao travar batalhas pela supremacia de classe e conquista do poder por meio da classe proletária, uma vez que, é a burguesia que representa a elite dominante.

Gramsci defendia que o Estado tem a obrigação de intervir para evitar grandes depressões, percebeu claramente a transição da economia capitalista para o keynesianismo, que ocorreu no início da década de 1930, afirmar que:

> Não se trata apenas de conservar o aparelho produtivo tal como este existe num determinado momento; trata-se de reorganizá-lo a fim de desenvolvê-lo paralelamente ao aumento da população e das necessidades coletivas. Precisamente nestes desenvolvimentos necessários é que reside o maior risco da iniciativa privada e deveria ser maior a intervenção do Estado. (GRAMSCI, 2004, p. 277).

Com esta asseveração Gramsci destaca que a intervenção do Estado nas ações econômicas, para salva guardear as empresas à beira da falência ou em perigo eminente, critica duramente o capitalismo de Estado, e considera que o mesmo cria condições para a exploração do trabalho.

Os liberais asseguram que as os indivíduos devem procurar seus próprios interesses, através de um desejo natural de melhorar as condições de existência, tendem a aumentar seu bem-estar, sob esta forma o Estado deve prover as bases legais, para que o mercado possa atuar e através de sua mão invisível possibilite regulamentação de todas as relações econômicas para beneficio dos homens, por se tratar de um Estado mínimo, onde o controle seria dos indivíduos que compõe a sociedade civil.

Adam Smith pensava o Estado com três funções defensivas: proteger contra inimigos externos, a defesa de todos os indivíduos de ofensas de outro individuo e a execução de obras publica onde a iniciativa privada não poderia ser executada, segundo Behring e Boschetti (2010, p. 60), Smith, "acreditava que os indivíduos, ao buscarem ganhos materiais, são orientados por sentimentos morais e por um senso de dever", os homens estão inseridos em um darwinismo social onde apenas os capacitados terão condições de sobressair aos demais, dizendo ainda que todos possuem igualmente condições para a busca do bem-estar.

Bobbio (1988, p. 17), expressa que o liberalismo é "uma doutrina do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções", o Estado deve intervir nas regulações sociais o mínimo possível, embora, tenha que garantir e agir firmemente no estabelecimento dos interesses liberais do livre mercado.

Em síntese o liberalismo busca o predomínio dos indivíduos, pois os mesmos são sujeitos de direitos, para garantir a liberdade de comercializar as propriedades e a produção da classe dominante; o bem-estar individual proporciona o aumento do coletivo, pois cada membro da família deve vender sua força de trabalho, e retirar do Estado a obrigação do amparo social.

O predomínio da liberdade e competitividade, sob a lógica de que cada indivíduo tem a autonomia de decidir o melhor para si, mesmo que o Estado não garanta igualdade de condições a todos. A naturalização da miséria, para os liberais é problema natural e sem solução sendo entendida como resultado da moral humana, e não da desigualdade à riqueza socialmente produzida; predomínio da lei da necessidade refere-se a não satisfação das necessidades humanas básicas em sua totalidade, para ter o controle populacional.

A manutenção de um Estado mínimo, neutro e arbitrário, apenas complementa o que o mercado não consegue prover; as politicas sociais estimulam a vagabundagem, e o desinteresse pelo trabalho, coloca em risco o mercado; as politicas sociais devem ser paliativas, delegando a caridade privada a incorporação dos pobres e suas necessidades (BEHRING; BOSCHETTI, 2010).

O liberalismo surge como uma teoria "antiestado", pois remete ao individuo a responsabilidade de seu bem-estar, proporciona assim, ao Estado um papel negativo na proteção do indivíduo, dizendo nesta perspectiva que toda a intervenção estatal é má, pois enfraquece as iniciativas individuais.

O capitalismo sofre grandes depressões desde 1880, atravessa a Primeira Guerra (1914), e se estende até a crise de 1929 com quebra da Bolsa de Nova Iorque, e estende até o final da Segunda Guerra (1945), em pleno vigor a *Lei de Say*, com o argumento de que a produção que regula o consumo, e seu aumento da permite que haja um maior gasto com o mesmo, embora não seja o primeiro a questionar este teorema, pois Marx já o havia feito, Keynes de forma mais branda não questiona a relação contraditória e nem o fundamento do modo de produção capitalista, ganhando credibilidade que Marx não obteve.

Keynes nem de longe era socialista, mas fundamentado em Pereira (2009, p. 91), esta o vê como "um oponente de peso da crença liberal clássica de que o capitalismo era um sistema auto-regulável e que as disfunções do mercado eram sempre

resultados de causas de sindicatos, que atrapalhavam o funcionamento natural do mercado",perspectiva, em que Keynes destaca que somente um regulador externo ao mercado poderia proporcionar um equilíbrio nos vários processos econômicos, personificado no Estado, que por sua vez, teria que investir na economia para garantir um alto nível de demanda agregada, através do aumento da emissão de moeda e de contratação de empréstimos.

Keynes não estava de todo preocupado com a população ou com a proteção social que os pobres e miseráveis necessitavam para viver, mas para que houvesse um fortalecimento do capitalismo abalado pelas fortes crises que se arrastavam por décadas, neste sentido, seu programa estava fundado em dois pilares básicos, que seriam o pleno emprego, buscando alternativas nos serviços públicos e na iniciativa privada; e, maior igualdade social, tendo por finalidade aumentar a renda e promover igualdade, através de políticas sociais.

As medidas estabelecidas no período keynesiano associaram-se com o fordismo nascente nos Estados Unidos, Behring e Boschetti (2010, p. 87), Ford via uma perspectiva de "combinar produção em massa com consumo em massa",este método de trabalho estabelecido por Ford, proporcionava uma maior extração de mais-valia relativa, além de visualizar nesta combinação um capitalismo "seguro" sem maiores abalos, proporcionando uma aceleração no processo de acumulação do capital no pós Segunda Guerra, indo até os anos de 1960, passando a ser conhecido como os "anos de ouro".

A discussão estabelecida anteriormente, neste momento histórico, se voltou a uma conjuntura econômica particular que o *Welfare State* surgiu, com novas configurações ao Estado, que de limitado, passou a sustentar iniciativas para solucionar os anseios da classe trabalhadora, período em que os direitos civis são constituídos, mediante a luta da classe trabalhadora, e também dos interesses do capital, necessitava de mercado consumidor para a expansão de seus negócios e produção de riquezas.

As crises do final da década de 1960 e inicio da década de 1970, fez com que novas configurações nas políticas econômicas dos países centrais fossem pensadas, e consequentemente levou estas ideias aos países de capitalismo periféricos, e com base nos escritos de Hayek (1990, p. 43), se demonstra que o intervencionismo do Estado levaria ao "totalitarismo e a perda da liberdade", neste sentido, qualquer ação do Estado na tentativa de estabelecer justiça social seria uma afronta à liberdade econômica, pois segundo seu pensamento, também não haveria liberdade política, que serve de impedimento para o desenvolvimento das nações.

3. AGRICULTURA FAMILIAR E O ESTADO EM CONTRA REFORMA

A agricultura familiar caracteriza-se pela forma de organização da produção de alimentos, na qual os próprios componentes conduzem todo processo produtivo, geralmente, tem característica de policulturas, ou seja, a atividade combina a produção de várias culturas, bem como a criação de animais e o beneficiamento de produtos de forma artesanal ou com pouco emprego de tecnologias, tanto para o consumo da família quanto para a comercialização, neste sentido, os agricultores familiares

pertencem a um grupo que possui em comum a relação com o campo, por meio da atividade agrícola, onde utilizam os recursos naturais da propriedade e a força de trabalho da família.

O debate sobre a agricultura familiar surge na década de 1990, com uma nova perspectiva, mas com os mesmos desafios da agricultura campesina ou agricultura de subsistência, com foco renovado, que adentra os processos sociais rurais e agrários, suas lutas, os debates, as conquistas e os retrocessos.

Várias experiências nos mais diversos países confirmam a hipótese que a agricultura familiar se consolida como alternativa cabível para uma nova organização no campo, que depende de parcerias e alianças, da mobilização de outros setores sociais, do grau de autonomia das populações envolvidas e da valorização do papel dos sujeitos do processo, ou seja, dos próprios agricultores familiares.

É importante não se confundir reforma agraria com políticas agrarias ou fundiárias, que é entendida como um conjunto de ações para o subsidio à propriedade, na acepção etimológica, a mudança do estado agrário vigente, procurando-se mudar o estado atual da situação agrária. E esse estado que se procura modificar é o do feudalismo agrário, que teve suas bases nas sesmarias e capitanias hereditárias no Brasil colonial, e o da grande concentração agrária os latifúndios, em benefício das massas trabalhadoras do campo, procurando mudar a realidade dos pequenos agricultores, realidade tão precária pelo sistema capitalista.

Em contrapartida a política agrária é o conjunto de princípios fundamentais e regras que tende disciplinar o setor agrícola, já a política fundiária tem a finalidade de promover o acesso à terra, por aqueles que sabem e necessitam produzir, cumprir a função social da terra, que é promover a segurança alimentar e de subsistência do produtor, de sua família, da sociedade rural ou urbana.

Desde os anos 1970, inúmeros profissionais e algumas organizações não governamentais e de agricultores, no Brasil e na América Latina, deram início aos pequenos projetos dirigidos para criar uma proposta de agricultura que oferecesse uma alternativa ao modelo produtivista. Essas tecnologias, desenvolvidas empiricamente, sem estar diretamente ligadas à pesquisa oficial, produziram uma diversidade de práticas mistas de técnicas tradicionais e modernas que, ao melhorar a produtividade das lavouras, intensificaram a resistência sustentável e diminuíram os riscos de perdas (HOLT-GIMENEZ, 2002).

Os trabalhadores da agricultura familiar compartilham informações e conhecimentos por meio de redes organizadas, de trocas de agricultor a agricultor, gradualmente, transformaram um conjunto de técnicas sustentáveis de agricultura. A estratégia sustentável, por sua vez, ao articular-se com outros setores sociais, aspira transformar não somente os sistemas produtivos, mas também permitir a incorporação de uma ação social coletiva que possibilite projetar métodos sustentáveis de desenvolvimento.

Os movimentos sociais brasileiros ligados e articulados na Via Campesina têm buscado direitos sobre os conhecimentos sócios históricos de produção na biodiversidade do país e aponta os riscos ambientais que as práticas capitalistas de produção causam nos recursos naturais.

Reafirmam este pensamento, e estabelecem as ferramentas teóricas:

> A discussão feita por esta organização camponesa internacional acerca da preservação da diversidade genética e do conhecimento camponês está intimamente relacionada com a construção da agroecologia. Inclusive alguns atores que tem influenciado fortemente a construção da agroecologia como temática de pesquisa das ciências sociais e de ação política a ela relacionada ligam a agroecologia com a discussão sobre o modo de produzir e viver do campesinato (PICOLOTTO; PICCIN, 2009, p. 45).

A discussão em torno da agricultura familiar tem sua difusão relativamente nova, incorpora ao alvo de políticas públicas a partir dos anos de 1990. Encarada até então com nominações sociais como: agricultura de subsistência, pequeno produtor, camponês entre outras nominações, agricultura campesina, corroborando com a afirmação:

> Não se trata de um grupo social homogêneo, nem de uma classe social, mas incluem diversidade social produzida pelas diferentes condições de produção a que estão submetidas, tais: tamanho da propriedade, grau de emprego técnicas agrícolas, acesso a crédito, capital cultural e social (CARNEIRO, 1999, p. 340).

Além da família, a agricultura familiar é constituída por outras características, que são a diversidade e amplidão enquanto categoria social, a diversidade de formas sociais contidas na agricultura familiar, que insere uma gama variada de agricultores em situações sociais de desenvolvimento distintas, que vem desde a agricultura de subsistência à monocultura tecnificada, às características constitutivas da agricultura familiar, e se inserem num debate multidisciplinar, em virtude do seu modo eminentemente amplo e diversificado, inerente a si mesma, que elegeu a agricultura familiar não como um elemento da diversidade, e sim, ela mesma, com toda a sua peculiar diversidade.

A família como elemento constitutivo e de relação direta com a atividade da agricultura familiar é contemplada por outras características, principalmente pela diversidade e amplidão enquanto categoria social. E neste sentido, constitui momentos distintos no interior das relações sociais de desenvolvimento, que vão desde a monocultura tecnicista, voltada inteiramente aos anseios do mercado e se insere enquanto atividade nos debates multidisciplinares.

No Brasil, embora recente a atividade começa a ter importância no cenário acadêmico e a fazer parte dos debates, que neste sentido, é reconhecida por Schneider (2009, p. 33) como"uma forma social reconhecida e legitimada na maioria dos países desenvolvidos, nos quais a estrutura agrária é majoritariamente composta por exploração nas quais o trabalho da família assume uma importância decisiva", com um debate acadêmico novo, com avanços nos estudos sobre a atividade, que comparações com os países europeus se tornam invitáveis, e sobre analise a de modelos estrangeiros, se tentar na medida do possível, a implementação e fortalecimento da agricultura familiar brasileira.

A percepção da agricultura familiar foi construída no Brasil como forma de subsistência, vista como uma condição natural dos pobres do campo, que Moreira (2000, p. 48), afirma que neste processo, as "políticas para o setor tendiam sempre a assumir a forma de assistência social, por muitos denominados de programas de subsistências, longe de constituir-se como políticas de progresso e ascensão social."

Embora a realidade da agricultura brasileira ainda seja predominante o latifúndio, a agricultura familiar tem alcançado timidamente os espaços políticos e adquiriu uma função não apenas social, mas uma representatividade econômica, que lhe tira a imagem assistencialista das políticas voltadas à categoria, e a coloca como protagonistas de politicas fortes.

Mesmo com novas características técnicas, econômicas e sociais, Naves e Mendes (2009) destacam que, este tipo de agricultura ainda se expressa pela forte correlação entre terra, trabalho e família, que neste sentido as famílias são detentoras da terra, da mão de obra das técnicas para a administração e para a produção da terra. Os estudos de Mendes (2005) revelam que atualmente, as filhas, ainda, continuam auxiliando as mães nos serviços domésticos da casa cuidam das criações e também da horta. Já os filhos homens, a partir dos dez anos, fortalecendo os pais, acompanhando-os nas atividades na propriedade, trabalha com o gado, plantio, colheita, capina e serviços de manutenção, que permite manter os traços da agricultura outrora chamada campesina.

Carmo (1998, p. 12), define a agricultura familiar como, "produção, consumo e acumulação do patrimônio, atribuindo a ela uma lógica de produção-reprodução assegurando a cada família a possibilidade de uma vida estável e a reprodução dos meios de produção", sendo caracterizada pela capacidade de reprodução de bens agrícolas e não agrícolas a agricultura familiar é responsável pela produção da maior fatia dos alimentos compostos na cesta básica de alimentos dos brasileiros (IBGE, 2006, grifo nosso), com cerca de 4,5 milhões de famílias que sobrevivem da atividade no Brasil, "o que particulariza a atividade é a produção agrícola onde propriedade e trabalho, estão intimamente ligados à família".

Diante destes fatos é incontestável a relevância da agricultura familiar para o cenário social e econômico brasileiro, que tem a mesma, como responsável por 40% das riquezas geradas no meio rural brasileiro, em números, e significa ser no Produto Interno Bruto (PIB), cerca de 54 bilhões de reais, responsável por parcela considerável do rebanho e da produção de alimentos essenciais à alimentação dos brasileiros (IBGE, 2006).

Observa-se que as cidades estão abarrotadas da massa trabalhadora proveniente do êxodo rural, como consequência da expansão do capitalismo no meio rural, que é motivada pela manutenção dos latifúndios que não geram empregos suficientes para absorver esta mão de obra, pois se utilizam de maquinarias e tecnologia de ponta, reforçam a necessidade de incentivos à reforma agraria e consequentemente a agricultura familiar, que tem maior capacidade de absorção de mão de obra, oferece possibilidades de uma transformação social no campo.

A produção de alimentos que é a base da cesta básica dos brasileiros é em grande parte produzida pela agricultura familiar, e neste sentido é um setor da economia que deve ser valorizada, ao trazer ainda outros benefícios como o fortalecimento da economia local, lançamento ao mercado de produtos com qualidade, quando se utilizam da produção agroecológica, que lhe agrega valor e proporciona maior inserção do mesmo no comércio, com preços mais acessíveis a quem os consomem. Serve de estratégia para a superação das mazelas sociais que atacam a estrutura social do Brasil.

A Agricultura Familiar também é responsável por uma tentativa de distribuição de renda no mundo rural, que neste sentido, para o INCRA (2005, p. 2), a agricultura familiar representa 85,2% do total de estabelecimentos, ocupam 30,5% da área total plantada e é responsável por 37,9% do Valor Bruto da Produção Agropecuária Nacional, recebem apenas 25,3% do financiamento destinado à agricultura, mesmo assim, esta sob na modalidade patronal ainda as maiores parcelas de terras, formando grandes latifúndios com linhas de créditos e políticas fortes para o desenvolvimento do setor.

Tais dados demostram a força e importância que têm o desenvolvimento rural, relacionado à qualidade de vida dos trabalhadores, que a diferencia do crescimento econômico que se limita à ampliação da produção, pois espera-se que o Estado reconheça a necessidade de pensar politicas publicas fortes voltadas à agricultura familiar, com planejamento de solo, recursos hídricos, bem como o bem estar social, o desenvolvimento rural e econômico do setor.

O agronegócio é crucial para o desenvolvimento da economia brasileira, porém, a agricultura familiar precisa de um olhar mais atento ai seu crescimento e efetividade, pois também é peça chave para a ascensão econômica do país, ao levar em conta o cunho social que a atividade demostra, com maior empregabilidade e geração de renda, ao ser considerar sua homogeneidade se comparada ao modelo conservador de produção agrícola.

Nos aspectos produtivos podemos verificar que as unidades de produção familiares podem se integradas ao mercado, onde sua produção é destinada a comercialização total ou parcial, neste caso, ao vender o excedente da produção. Por outro lado, Wilkinson (1999, p. 35) mostra que mesmo unidades familiares mais integradas ao mercado, ou aos complexos agroindustriais, tendem a manter estratégias de diversificação da produção que lhes garantem certa autonomia em relação às regras ditadas pelo mercado.

A expansão da demanda, associada à adesão de formas adequadas de apoio, neste caso de políticas de créditos e subsídios, bem como o associativismo são elementos que fortalecem a concorrência, a sobrevivência dos pequenos produtores frente aos agentes econômicos de grande porte.

Na contextualização desta modalidade de desenvolvimento rural, a agricultura familiar também é responsável por promover e fortalecer o emprego e a renda dos trabalhadores envolvidos na atividade, que tem como papel importante no desenvolvimento econômico nas regiões onde são realizadas (BITTENCOURT; SABBATO, 2000).

O reconhecimento da atividade está pautado, principalmente, pela questão estratégica que ela oferece, na manutenção do emprego e da redistribuição da renda, para garantir a soberania alimentar do país, bem como a preservação do meio ambiente através do caráter sustentável que ela oferece.

A tecnologia, fruto das relações sociais de produção historicamente determinadas, aparece muitas vezes, contraditoriamente, como solução para resolver os problemas sociais, como é o caso da modernização conservadora da agricultura brasileira que percebeu o aumento da produtividade, a saída para as questões sociais do campo, (CARMO, 1998), que se mostrou eficaz ao aumento produtivo, mas apresentou grande deficiência no que tange a geração de emprego e na distribuição de renda, ao abarrotar as cidades e gerar diversos problemas.

Reconhecendo a importância da agricultura familiar, era fundamental, bem como o governo estabelecer o marco legal da atividade que passou a ser reconhecido pela Lei nº 11.326 de 24 de julho de 2006, vista como Lei da Agricultura Familiar, com características próprias para a atividade, como a delimitação dos imóveis rurais com até quatro módulos fiscais 2 e considerados pequena propriedade, embora utilizado e reconhecido hoje com o termo de agricultura familiar, esta nomenclatura é nova, datada da década de 1990, antes conhecida como agricultura de subsistência, e nesta nova fase, a atividade passa a ter visibilidade no cenário econômico e político brasileiro.

A Lei da Agricultura Familiar foi regulamentada em 2006, sob o nº 11.326 de 24 de julho de 2006, e teve um marco oficial que "estabelece as diretrizes para a formulação da Política Nacional da Agricultura Familiar e Empreendimentos Familiares Rurais", desta forma, foi reconhecida como categoria produtiva e profissão no mundo do trabalho.

É através do neoliberalismo nascente, que as contra reformas surgem, com maior força que o liberalismo, e com um poder destrutivo nunca antes visto, aumenta as diferenças entre as nações e intensifica a exploração dos países de capitalismo periférico pelos países de capitalismo central, e no interior de cada nação se desenvolveu as disparidades entre seu concidadãos, aprofundaram ainda mais o abismo social que já existia, deixara às instituições não governamentais como ONG's, Igrejas, instituições sociais a responsabilidade de elaborar ações social para com os desvalidos e miseráveis.

O ideário neoliberal teve seus adeptos e entre eles destaca-se o governo Thatcher, na Inglaterra onde a medidas de austeridade contavam segundo Anderson (1995, p. 12) com:

> [...] elevação das taxas de juro, baixa dos impostos sobre altas rendas, abolição do controle sobre os fluxos financeiros, criaram níveis de desemprego massivos, aplastaram greves, impuseram uma nova legislação anti sindical, e cortaram gastos sociais. E finalmente – esta foi uma medida surpreendentemente tardia -, se lançaram amplo programa de privatização, começando por habitação pública e passando em seguida a indústrias básicas como o aço, a eletricidade, o petróleo, o gás e a água.

Com estas medidas, Thatcher fundou o mais ambicioso e sistemático pacote de medidas neoliberais até então existentes, tornando-se base forte dos estudos das ciências sociais para a compreensão do modelo neoliberal e de seus impactos sociais e econômicos para as sociedades no qual é implantado.

O processo de "reforma" do Estado, tem a preocupação central estabelecer relações de causa, destaca o que existe de mais duradouro e estrutural nas relações sociais capitalistas contemporâneas, mesmo que o "duradouro" esteja ligado à própria instabilidade e à aceleração da compreensão temporal, que garantem a rentabilidade e supremacia do capital, corroborando no que segue:

> Retirada do Estado como agente econômico, dissolução do coletivo e do público em nome da liberdade econômica e do individualismo, corte dos benefícios sociais, degradação dos setores públicos, desregulamentação do mercado de trabalho, desaparição de direitos históricos dos trabalhadores; estes são os componentes regressivos das posições neoliberais no campo social, que alguns se atrevem a propugnar como traços da pós-modernidade (MONTES, 1996, p. 38).

Neste processo percebe-se a dissolução do poder do Estado e do capital nacional, que deixa ao mercado a livre regulamentação, restringe os Estados nacionais a cobrir custos de infraestruturas, desde que não haja interesse do capital em fazê-lo, aplicar incentivos fiscais, garantir escoamentos suficientes e institucionalizar processos de liberação e desregulamentação, em benefícios da garantia da competitividade das empresas capitalistas.

Contam ainda com, as investidas no campo dos direitos trabalhistas, com a liberação, desregulamentação e flexibilidade, esboçados nas reduções de salários, segmentação do mercado de trabalho e diminuição das contradições sociais para a seguridade dos trabalhadores, motivados ainda com as privatizações e redução do Estado, a fim de livrar-se de empresas pouco lucrativas e endividadas, e salvaguardar os interesses de investidores que seriam os possíveis compradores destas empresas.

A política neoliberal causa consequências graves à varias camadas da sociedade e joga na marginalidade parte considerável dela, desqualifica as politicas sociais conforme ênfase de Behring (2008, p. 64), "elas são: paternalistas, geradoras de desequilíbrio, custo excessivo de trabalho, e devem ser acessadas via mercado",- desclassifica desta forma o caráter de direitos sociais, desresponsabiliza o Estado e consequentemente causa desfinanciamento da proteção social, estabelece desta forma um Estado mínimo para os trabalhadores e o máximo para o capital, leva desta forma a uma mercantilização e à mudança de politicas sociais em negócios altamente lucrativos de interesse do capital.

O **Estado mínimo** é tratado por Pereira (2011, p. 25), com o seu real significado uma "conotação de menor, de menos, em sua acepção mais ínfima, identificada como patamares de satisfação de necessidades que beiram a desproteção social", ou seja, no plano político neoliberal seria o suficiente para que o trabalhador não morra de fome, e não garante a ele a dignidade e nem saciar as suas necessidades de bem estar físico e psicológico, minimiza a proteção social que beira o inexistente.

Embora a contra reforma seja uma realidade no cenário politico brasileiro, ela não veio só, existe ainda um movimento de contra-hegemonia, pois é isto que dá sustentação para todos os acontecimentos de contra reforma, mas existem movimentos sociais de resistência, marginalizados pela mídia, mas que garante oposição a este modelo imposto pelo capital, um exemplo é o MST, que possuem experiências destacado por Behring (2008, p. 286) "democráticas e populares importantes e interessantes, envolvendo cooperativismo e o controle social demográfico das politicas pública, com orçamento e conselhos", que garante aos trabalhadores resultados positivos na resistência ao capital, muito embora na década de 1990 sobre destrutivas investidas da classe dominante de caráter neoliberal.

Nesta perspectiva, o tão polêmico projeto de Reforma Agrária, ainda não constituída, tampouco materializada, ficaria restrito aos referenciais das forças sociais (antigas e **novas**), mediante a chancela dos partidos políticos conservadores e reformistas, sob o pretexto de modificar as regras de funcionamento da estrutura latifundiária sem mudar as normas institucionais da sociedade tradicional representada pelo latifúndio e pelos setores do empresariado rural, sobretudo ligados à exportação.

Poderíamos dizer que a perseverança aos instintos e referenciais da contrarreforma agrária, além de se distanciar de qualquer estratégia capaz de desencadear

mudanças na estrutura fundiária, está presente de forma nítida na dubiedade subentendida no fato de que o objetivo da Reforma Agrária seria a inclusão social e a geração de emprego e renda, neste sentido assemelha-se à concepção de Reforma Agrária de mercado do Banco Mundial, sem a devida clareza sobre o seu conteúdo e caráter, tampouco o modelo tecnológico adotado, hoje, inteiramente submisso aos interesses da agro exportação, portanto distante do projeto de autonomia da produção familiar e camponesa.

Estudos realizados com base marxista, Silva (2004), lança um olhar de poucas perspectivas para a manutenção da agricultura de base familiar no quadro desenvolvimentista de caráter neoliberal, que tem como característica o desenvolvimento tecnológico produtivista. Assim, só resta aos agricultores agregarem valor na sua produção, e na medida do possível associar a esta a inovação tecnológica em processo na contemporaneidade.

Uma das formas dos pequenos agricultores familiares se incluírem no mercado é por meio de cooperativas, que aumentam os níveis de capital social entre os mesmos, e/ou através de acordos e parcerias com redes de supermercado e entidades oficiais que possibilitarão a venda de seus produtos (ABREU, 2005).

Neste sentido, a realidade apresentada pela agricultura convencional é desenhada por Primavesi (1997, p. 38):

> O decepcionante é que, apesar das temporárias super safras este sistema é insustentável socialmente, por que expulsou os agricultores de suas terras, economicamente, porque destrói os solos e ecologicamente porque destrói as florestas e rios e contribui como fator decisivo para o desaparecimento da agua potável de nosso planeta. Finalmente é injusto porque lançou os países de Terceiro Mundo na maior miséria para que os de Primeiro Mundo possam viver em opulência. A cevada da Índia engorda os porcos dos ricos e a soja do Brasil, os bois. E finalmente, nem beneficia os ricos, porque os alimentos são tão insípidos e sem valor que nos enlatados usam-se até 15% de aditivos para lhes dar algum sabor, cor e algum nutritivo. Produz-se o quê? Somente uma forma bonita? Atualmente ao se comer um morango, uma nectarina ou um pêssego não se saberia o que esta comendo se não se visse a fruta.

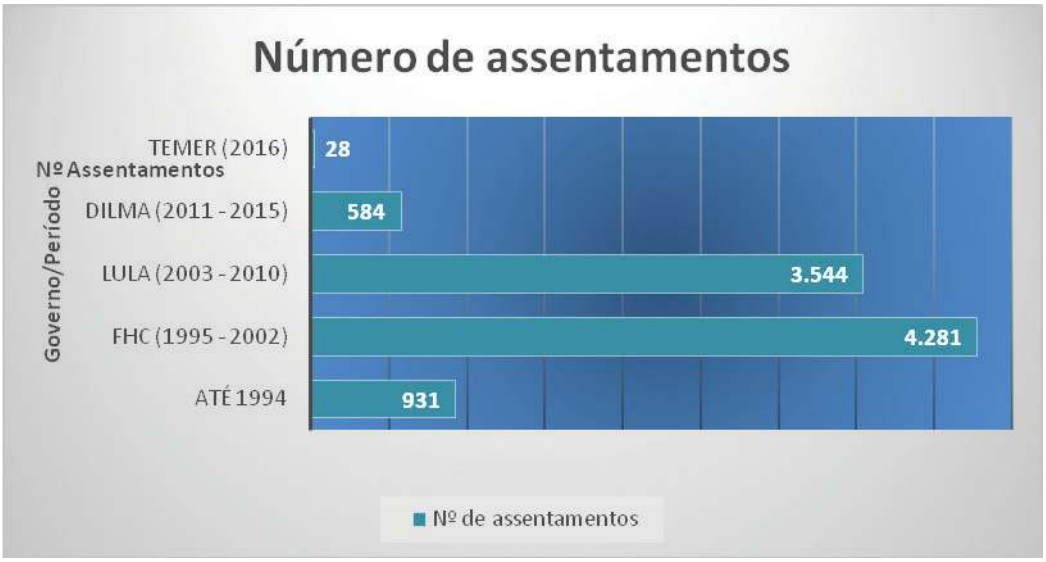
A luta pela terra que teve como resultado numérico considerável de 1985 a 1998, cerca de duzentas e oitenta e sete mil famílias beneficiadas, e possibilita a estes trabalhadores acesso a créditos e financiamentos, a oportunidade de produzir a terra, criar assim uma nova situação de justiça social. Porém, o numero de beneficiados esconde a realidade em que assentamentos se encontram, com falta de infraestrutura, assistência técnica e auxilio a produção, ao financiamento – as mínimas condições de fixação e permanência no campo/terra.

Muitas vezes estes assentamentos são distantes das cidades impossibilita a comercialização de sua produção e ademais articulações, mediações, acrescidos das precariedades das estradas que lhes possibilitam acesso à cidade para escoarem os frutos da terra e de sua força de trabalho.

Segundo dados do INCRA (2016) relativos ao número de assentamentos no governo FHC (1995 – 2002), apesar de claramente neoliberal e de suas propostas de contra-reforma do Estado, foi o que mais projetos contemplou, muito embora exista

uma explicação trágica em torno destes números. Mas, temos que salientar que foi neste período que houve duas situações que forçaram o governo de FHC a mobilizar e realizar reforma agrária.

Gráfico 1: Número de assentamentos



Fonte: INCRA

A primeira situação em Corumbiara – RO em 15 de julho de 1995, cerca de 12 trabalhadores perderam a vida em confronto com a polícia. A segunda situação ocorreu em 17 de abril de 1996 com a morte de "pelo menos 19 sem-terra" e ficou conhecido como o "massacre de Eldorado dos Carajás" (BRANFORD, 2010, p. 411).

As fortes pressões sociais, da mídia que sempre marginalizou os movimentos sociais condenaram a ação violenta da polícia, forçaram o governo FHC a se debruçar em criar condições para a reforma agrária em sua administração. A mesma situação não ocorreu no governo Lula e Dilma, que claramente tinham como base de apoio o MST, e os demais movimentos sociais. E isso explica até mesmo o menor grau de coerção e violência da polícia com agricultores sem-terra.

No que diz respeito ao governo Dilma, os números assentamentos representam um fracasso, não apenas por sua má vontade em realizá-los, mas também pela forte oposição da bancada composta por agricultores na Câmara dos Deputados e no Senado, a conhecida "bancada ruralista" ou "bancada do boi". Fato é que os números são desastrosos para os agricultores relegados ao esquecimento político, movido pelos dos movimentos sociais que compactuaram com o governo, e desta forma inibiram a luta campesina e o enfrentamento político.

O gráfico abaixo traz as estatísticas do INCRA (2016) referente as áreas (em hectares) destinadas à reforma agrária.

Gráfico 2: Área destinada à Reforma Agrária



Fonte: INCRA

No que tange as áreas destinadas à reforma agrária o governo Lula (2003-2010) distribuiu mais que todos os demais governos juntos. Adotou uma política não apenas de desapropriação de terras, mas principalmente, de aquisição de terras, evitando um confronto direto com o agronegócio, e com caciques políticos que detinham grande influência política.

O governo da ex-Presidenta Dilma Rousseff teve inexpressiva participação da distribuição de terras, reforçando ainda mais o desastre de seu governo no que tange as questões agrárias. Certo que devem ser considerados o golpe parlamentar que sofreu, e com os inúmeros entraves que o Congresso Nacional vinha realizando a suas ações, principalmente, em seu segundo mandato e deixou três anos de governo incompletos. Mas, mediante as estatísticas e as progressões, não se iria melhorar a ponto de tornar-se expressivo seu governo para a questão agrária.

Gráfico 3: Famílias Assentadas



Fonte: INCRA

Revista Videre, Dourados, MS, v.10, n.19, jan./jun. 2018, p. 323-349 – ISSN 2177-7837

Em relação as famílias assentadas, o governo FHC mais uma vez se destaca, logicamente, mediante fatos acima já discutidos, e sendo sabido que o próprio Fernando Henrique Cardoso considerava a pequena agricultura moribunda e fadada ao desaparecimento (GRAZIANO, 1996), e tendo como Ministro da Reforma Agrária Raul Jungamann, um ferrenho defensor da modernização capitalista no campo.

E foi no enfrentamento político e de lutas sociais que o MST conseguiu importante conquistas referente a questão agrária, como é o caso do número expressivo de famílias assentadas, e de políticas que foram implementadas com é o caso do PRONAF, que foi ampliado no governo Lula, mas surgiu como iniciativa do governo FHC, que tiveram por motivação estudos realizados pela FAO (Food Agriculture Organization) órgão da ONU que trabalha com as questões alimentares e agrícolas nos países membros.

Os estudos da FAO destacavam a expressiva participação da agricultura familiar e camponesa no processo desenvolvimentista brasileiro, a importância social para mazelas graves que atacavam a sociedade e os dados econômicos que demonstravam números expressivos da participação da pequena agricultura na balança comercial do país.

O governo Lula mais uma vez se destaca quanto ao número de famílias assentadas, foi o Presidente que mais investiu em distribuição de terras no Brasil, além de criar e dar condições aos trabalhadores de cultivarem as propriedades. Em contrapartida, o Governo Dilma teve inexpressiva participação, um real desastre para a reforma agrária.

No que tange ao pós-impedimento da ex-Presidenta Dilma Rousseff, não se pode esperar muito, pois o atual governo golpista, teve em uma de suas primeiras ações, a extinção do Ministério de Desenvolvimento Agrário através do Decreto nº 8780 publicado no Diário Oficial da União em 30 de maio de 2016. Desta forma, a Secretaria de Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, Secretaria de Reordenamento Agrário, Secretaria da Agricultura Familiar, Secretaria de Desenvolvimento Territorial e Secretaria Extraordinária de Regularização Fundiária na Amazônia Legal passam a ser responsabilidade da Casa Civil.

De largada o governo de Michel Temer, além do caráter de Golpe Parlamentar de Estado, o que o torna legal, mas ilegítimo, traz consigo retrocessos para a questão agrária brasileira, eliminando importantes órgãos de negociação com movimentos sociais, elaboração, efetivação e avaliação de políticas públicas agrárias, relegando outra vez os trabalhadores rurais sem-terra, a agricultura familiar, a agroecologia, comunidades tradicionais, indígenas e quilombolas aos restolhos das políticas públicas.

Outra aberração do atual governo, foi a indicação do ex-Governador, o Deputado Federal pelo PMDB – MT, Carlos Bezerra para que Clovis Figueiredo Cardoso assumisse a Diretoria de Obtenção de Terras e Implantação de Assentamentos do INCRA a partir do dia 11 de janeiro de 2017. Cardoso, segundo o portal de notícias "Revista Fórum", esteve envolvido em diversos escândalos de corrupção em sua primeira passagem pelo órgão em 2008.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 ficou um tanto quanto limitada nas discussões profunda que envolviam diretamente os interesses dos trabalhadores sem terras, dos pequenos produtores, das comunidades tradicionais, e que necessitavam ser tratadas, porém, mais uma vez os interesses privados e individuais, sobressaíram aos interesses da população. Ficou restrito a alguns artigos bastante limitados.

Ao que tange aos governos pós abertura democrática, tivemos políticas de reforma agrária escassas e muito ineficientes. Desta forma não responderam as necessidades dos agricultores sem-terra, nem as demandas sociais reivindicadas pelos movimentos sociais lutavam pela efetivação da reforma agrária e regulamentação fundiária.

A reforma agrária como promotora da justiça social não pôde contribuir com a redução da pobreza, além de outras questões, como saúde pública com a má alimentação, a subnutrição e a desnutrição, além de garantir ao mercado produtos que fazem parte da alimentação dos brasileiros, regionalizando sua produção, o que garantiria produtos de qualidade e com preço acessível à população.

A reforma agrária contribui diretamente no processo da construção de um novo arranjo urbano, que possibilitaria um esvaziamento de favelas outrora erguidas pelos expulso do campo, e que em condições miseráveis formaram famílias e a marginalidade os ameaçam diariamente.

No entanto, com as mudanças tão drásticas que estão acontecendo no Brasil desde o Golpe Parlamentar de Estado de 31 de agosto de 2017, não se sabe qual será a próximo direito social que a classe trabalhadora perderá, ou qual será o novo golpe as instituições democráticas brasileiras. Fato é, que a implementação de um projeto de intenso neoliberalismo, e que privilegia os poderosos do país está em curso.

Portanto, a reforma agrária contribuiria para um novo arranjo urbano, que possibilitaria um esvaziamento de favelas outrora erguidas pelos expulso do campo. Mas é preciso que a reforma agrária seja eficiente, além da necessidade da aplicação de novas formas de produção para que haja o rompimento com a lógica dominante de produção - o agronegócio – o que contribuirá para a produção de alimentos de qualidade, livres de agrotóxicos, o que acarreta melhorias nas condições sanitárias e da saúde de quem produz e consome, além de preços que tendem a serem mais baixos, pelo fato de não se utilizar produtos químicos mas apenas adubos orgânicos, o que diminuirá os custos de produção dos pequenos agricultores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rosamélia. **Produtos da agricultura familiar chegam aos supermercados no Paraná.** Rádio Nacional.

ANDERSON, P. Balanço neoliberal. In: SADER, E.; GENTILI, P. **Pós-neoliberalismo:** as políticas sociais e o Estado democrático. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.

BEHRING, Eliane R. **Brasil em contra reforma:** desestruturação do Estado e perda de direitos. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

____; BOSCHETTI, Ivanete. **Política social:** fundamentos e história. 7. Ed. São Paulo: Cortez, 2010.

BITENCOURT, Gilson; SABBATO, Albert di. **Novo retrato da agricultura familiar:** o Brasil redescoberto. Curitiba: DESER, Brasília: FAO/INCRA, 2000.

BOBBIO, N. **Liberalismo e democracia.** São Paulo: Brasiliense, 1988.

BRANDFORD, Sue. Lidando com Governos: O MST e as administrações de Cardoso e Lula. In.: CARTER, Miguel (Org.). **Combatendo a desigualdade social: O MST e a reforma agrária no Brasil.** São Paulo: UNESP, 2010.

BRASIL. Decreto nº 8780 publicado no Diário Oficial da União em 30 de maio de 2016.

____. **Lei Nº 11.326, de 24 de julho de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11326.htm.

____. **Lei nº 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccIVIL_03/LEIS/L0601-1850.htm

____. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <www.ibge.br>.

CARMO, Maristela S. do. **A produção familiar como locus ideal da agricultura sustentável, agricultura em São Paulo,** SP, 1998 p. 12.

CARNEIRO, M. J. Agricultura familiar e pluriatividade: tipologia e políticas. In: COSTA, L. F. Carvalho; BRUNO, Regina; MOREIRA, José R. (Org.). **Mundo rural e tempo presente.** Rio de Janeiro: MORAD, 1999. pp. 325-344. ar, 1973.

CARNOY, M. **Estado e teoria política.** São Paulo: Papirus, 1988.

GRAMSCI, Antonio. Família. In: COUTINHO, Carlos Nelson. **Escritos políticos I.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

____. **Cadernos do Cárcere 1.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2007.

GRAZIANO, Francisco. **Qual Reforma Agrária? Terra, pobreza e cidadania.** São Paulo: Geração Editorial, 1996.

GRUPPI, L. **Tudo começou com Maquiavel:** as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Tradução: Dario Canali. 15. ed. São Paulo: L&PM, 1998.

HAYEK, F. G. **O caminho da servidão.** Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

HOBBES, T. **Leviatã:** Ou matéria, formas e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução: Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009

HOBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos:** o breve século XX (1914-1991). São Paulo, Companhia das Letras, 1995. P. 598.

HOLT-GIMÉNEZ, E. **Movimiento campesino a campesino:** The Political Ecology of a Farmer's Movement for Sustainable Agriculture in Mesoamerica. Santa Cruz, Califórnia–EUA, 2002, 279p. (Tese PhD em Estudos Ambientais).

INCRA. Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária. **Números da Reforma Agrária.** Brasília: 2016. Acesso em 19 de setembro de 2016. Disponível em: http://www.incra.gov.br/reforma-agraria/questao-agraria/reforma-agraria

LÊNIN. V. L. **O Estado e a revolução:** o que ensina o marxismo sobre o Estado e o papel do proletariado na revolução. Tradução: Aristides Lobo. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MAQUIAVEL, N. **O Príncipe.** Tradução: Ciro Mioranza. 4. ed. São Paulo: [s.n.], 2011.

MARX, K. **Manuscritos econômicos e filosóficos.** 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2001.

____. **O Capital:** critica da economia politica: livro 1. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

____; ENGELS, F. **A ideologia Alemã.** Disponível em: <http://www.jahr.org>. Acesso em: 12 maio 2013.

MENDES, E. de P. P. **A produção rural familiar em Goiás**: **as comunidades rurais no município de Catalão**. 2005. 294 f. Tese (Doutorado em Geografia – Desenvolvimento Regional e Planejamento Ambiental)–Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista, Presidente Prudente, 2005.

MISHRA, Ramesh. **O Estado providência na sociedade capitalista.** Oreiras/Portugal: Celta, 1995.

MONTAÑO, C.; DURIGUETTO, M. L.; **Estado, classe e movimentos sociais.** 2. ed. São Paulo: Cortez, 2011. (Biblioteca Básica do Serviço Social; v. 5).

MONTES, Pedro. **El desordem neoliberal.** Madri: Editora Trotta, 1996.

MOREIRA, Roberto José. Críticas ambientalistas à revolução verde**. Estudos Sociedade e Agricultura**. Rio de Janeiro, 37 Brazilian Congress of Rural Economic and Sociology – Sober, 2000.

PEREIRA, Potyara A. P. **Política social:** temas e questões 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

____. **Necessidades humanas:** subsídios à crítica dos mínimos sociais. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

PICOLOTTO, E. Lazzaretti. PICCIN, M. Botton. Movimentos camponeses e questões ambientais: positivação da agricultura camponesa? **Revista Extensão Rural - UFSM**. jul-dez, 2008.

POLANYI, Karl. **A grande transformação:** as origens de nossa época. Tradução: Fanny Wrobel. 2. ed. São Paulo: Elsevier, 2012.

PRIMAVESI, Ana. **Agroecologia:** ecosfera, tecnosfera e agricultura. São Paulo: Nobel, 1997.

RIMLINGER, G. V. **Welfare policy and industrialization in Europe, and America and Russia.** New York/London/Sidney/Sidney/Toronto: John Wiley e Sons, Inc., 1971.

ROSANVALLON, Pierre. **A crise do estado-providência.** Lisboa: Editorial Inquérito, 1981.

SCHNEIDER, Sergio. **A pluriatividade na agricultura familiar.** 2. ed. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

SILVA, Cristiane Moreira da. **Agricultura alternativa e sustentabilidade:** o caso do assentamento novas vidas em Ocara, Ceará. 2004. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente)–Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004.

TITMUSS, R. **Política Social.** Editora Ariel: España, 1981.

RECEBIDO EM: 03/01/2018
APROVADO EM: 07/05/2018

EM TEMPOS DE FASCISMO SOCIAL, CALAR É CONSENTIR: DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE/RS E A REALIDADE DENUNCIADA POR BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

IN TIMES OF SOCIAL FASCISM, SHUT IS CONSENT: HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF LAW COURSE OF THE UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE / RS AND REALITY DENOUNCED BY BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Jean Lucca de Oliveira Becker[1]

Renato Duro Dias[2]

RESUMO: Este artigo problematiza a educação superior jurídica e as potencialidades que o ensino do direito pode trazer para a pós-modernidade, especialmente as práticas em direitos humanos. Em tempos de fascismo em que índices de intolerância, violência e desagregação social se expressam de maneira acentuada, calar é consentir. Neste sentido, a educação não pode ser vista nem tratada de forma isolada e desconexa com os outros contextos, envolvendo, assim, aspectos da dupla obrigação política qual seja, vertical e horizontal, na qual nos encontramos. Igualmente, o Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, no Rio Grande do Sul, neste conjunto, parece estar comprometido com a transformação das relações sectárias que definem a sociedade contemporânea. A Universidade deve ter por responsabilidade e princípio o fomento de novas formas de ação e interação pautadas pela solidariedade e pelo trabalho colaborativo, com vistas a consolidar uma prática social que priorize o cuidado com o outro, fortalecendo os sentimentos de pertença, segurança e confiança. Um processo de democratização, descolonização e desmercadorização que objetiva, sobretudo, a construção de ensino jurídico baseado nos direitos humanos e na justiça social.A investigação de abordagem qualitativa está alicerçada em uma revisão de literatura e na análise das mensagens sociológicas expressas nos documentos curriculares, projetos políticos pedagógicos e planos de ensino.

Palavras–chave: Fascismo. Violência. Direitos Humanos. Educação Jurídica. Universidade.

1 Mestrando em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande - FURG.E-mail: jeanbecker@live.com.pt

2 Pró-Reitor de Graduação da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Doutor em Educação. E-mail: renatodurodias@gmail.com

ABSTRACT: This paper discusses the legal higher education and the potential that the law education can bring to post-modernity, especially the practices in human rights. In fascism times where intolerance indices, violence and social breakdown are expressed sharply, silence is consent. In this sense, education can not be seen or treated in isolation and disconnected way with other contexts, involving, well, aspects of dual obligation policy which is, vertical and horizontal, in which we find ourselves. Likewise, the Law Course of the Universidade Federal do Rio Grande - FURG, in Rio Grande do Sul, this set seems to be committed to the transformation of sectarian relationships that define contemporary society. The University shall have the responsibility and beginning the development of new forms of action and interaction guided by solidarity and collaborative work, with a view to consolidating a social practice that prioritizes care for the other, strengthening the sense of belonging, confidence and trust. A process of democratization, decolonization and decommodification which aims, above all, the construction of legal education based on human rights and social justice.

Keywords: Fascism. Violence. Human Rights. Legal Education. University.

INTRODUÇÃO

No dia 09 de maio de 2011, o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos participou, no Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, do programa *"Destinos e Ações para o Rio Grande"*. O tema abordado foi *"Intolerância: Violência e Desagregação Social"*. O debate firmado nesta palestra serve como ponto de partida paraeste artigo, pois mais do que tratar de acontecimentos específicos, o autor aborda as condições de exercício da democracia e da cidadania. Uma análise da realidade conjuntural que se revela de suma importância para o aprofundamento do debate em torno de uma reflexão necessária que potencialize a construção de outro mundo possível, em que a educação superior jurídica, principalmente aquela desenvolvida no âmbito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, possa estar em consonância com os ditames de um campo de saber dialógico que se preocupa com a reflexão crítica e humanista, e que, sobretudo, orienta práticas e ações desenvolvidas em todos os contextos educativos, fundamentando as ações da Universidade para relações mais solidárias e construtivas, cujos resultados reforçam o compromisso com os diferentes contextos e sujeitos com os quais a Instituição interage, na busca da educação pública de qualidade e da emancipação social.

Pretende-se com este artigo apresentar algumas possibilidades de novas escrituras curriculares expressas em um contexto em que as práticas em direitos humanos descortinam saberes cristalizados. De acordo com Pinsky (2004), não se trata, como se verá, de uma investigação com uma única resposta, mas com a sugestão de uma multiplicidade de caminhos possíveis, alguns já desbravados e com muitos transeuntes, outros apenas sugeridos, merecedores de atenção por parte daqueles que não acreditam que respostas a inquietações existenciais encontram-se apenas no fundo de um copo, no uso compulsivo do cartão de crédito ou no bisturi de um cirurgião plástico, mas, principalmente, na solidariedade e na criação de uma sociedade mais digna.

1. DEMOCRACIA E CIDADANIA NA CONTEMPORANEIDADE

Pensar a cidadania no âmbito do Estado-Nação ou globalmente considerada é um imperativo imposto pela realidade em que vivemos. Para o sociólogo português Boaventura de Sousa Santos, em conferência realizada em 09 de maio/2011, no Plenário da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, *cidadania é um conjunto de direitos que os indivíduos ou grupos detêm por serem membros de uma comunidade específica, uma comunidade política que na modernidade definimos como Estado-Nação.* Na ocasião, o autor afirmou que o conceito envolve a ideia de uma comunidade de pertença coletiva que cria direitos, mas também deveres às pessoas que pertencem a esta comunidade e que se convencionou chamar cidadãos.

Já o conceito originário de democracia, por sua vez, "coincide com o sentido etimológico da palavra, do grego *demos*, que se traduz por povo e *katrein*, que significa governo" (BORGES, 2010, p. 13). Assim como um processo de fato, muito mais geral, através do quais relações de poder desigual se transformam em relações de autoridade partilhada,

> a edificação da democracia só se verifica quando se sobrepõe a soberania do povo como força propulsora de toda organização política e social. Só assim cria-se a compreensão de que o único Poder Legítimo é o Poder Constituinte, tornando, os demais, Poderes Constituídos, isto é, derivados (Executivo, Legislativo e Judiciário). Tenha-se presente também que a soberania do povo, além de constituir os Poderes, cria todo o Direito, edificando a Ordem Jurídica, com os limites dos espaços relacionais entre os homens e entre os homens e o Poder. Só com essa força da soberania popular é possível predicar a Democracia (BORGES, 2010, p. 10).

Portanto, a democracia, apesar de ser um termo da ciência política que "vem sendo objeto de tão frequentes abusos e distorções" (BONAVIDES, 2001, p. 267), é uma baliza que funciona naturalmente em articulação com a cidadania.

Para Boaventura *vivemos em um tempo paradoxal em sentido específico*. Apesar de sua conferência ter sido proferida no ano de 2011, suas reflexões permanecem atuais. Afinal, a crise pela qual passa o país seja do ponto de vista moral, política, econômica ou social, nos despe da ideia de que as construções do Estado moderno, da democracia e da cidadania estão baseadas em um conjunto coerente de instituições. É como se elas (instituições) estivessem a aniquilar-se, isto é, a perder sua vitalidade, a incapacidade de corresponder às exigências que os cidadãos lhes fazem, tanto ao nível das práticas democráticas, quanto ao nível do exercício dos direitos de cidadania.

Assim, a mais complexa e paradoxal situação ocorre porque verificamos as ações de rua, as ações de protesto, as ações dos cidadãos que até então não estavam organizados e que, através das redes sociais, se articulam, como se as redes sociais fossem as instituições do futuro – vide as manifestações de junho de 2013.[3]

Esta extra institucionalidade, o sair por fora das instituições, além de ser algo que parece ser parte da vitalidade do nosso tempo, ocorre fundamentalmente porque o

3 Para um melhor aprofundamento, indica-se o livro "Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana" em que os autores analisam as causas e consequências dos protestos que marcaram este período de efervescência popular no país.

capitalismo global, na sua forma atual definido como neoliberalismo, é um modo de organização econômica perversa que está, de fato, a tentar corroer as bases do contrato social, que é a "grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna ocidental" (SANTOS, 2006, p. 317).

A crise da contratualização moderna consiste na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão, que foram aqueles que se estabeleceram entre homens e mulheres, a partir de suas lutas, constituindo um esquema de organização política da democracia e da cidadania: a dupla obrigação política em que nos encontramos.

Para o sociólogo, uma é a obrigação política vertical, dos cidadãos e do Estado: o Estado com seu poder de soberania - os cidadãos com obrigações perante o Estado, e o Estado com obrigações perante os cidadãos. Contudo, tal relação vertical não existe sem a outra, horizontal, que é a obrigação cidadão a cidadão. É aquilo que nos une por um princípio de fraternidade e solidariedade. Em síntese, temos razões para pertencemos a uma comunidade e esta identidade, como aquela definida por Bauman (2005), cria uma obrigação horizontal.

O que Boaventura revela é que as duas obrigações, vertical e horizontal, pertencem-se mutuamente. Logo, quando uma se corrói, a outra ou desaparece, ou se atenua. As ações de violência e intolerância cada vez mais frequentem nos noticiários demonstram os sintomas de que a obrigação cidadão a cidadão, isto é, a obrigação horizontal, está a abrir brechas. Mas abre brechas porque a obrigação cidadão/Estado, a vertical, também está a abrir lacunas.

Portanto, é com este pano de fundo que devemos ver os caminhos da extra institucionalidade, dos indivíduos ou os poderes saírem das instituições, às vezes para promover a democracia no encontro entre as obrigações horizontal e vertical, outras vezes para brecá-la. Quando ocorre o bloqueio nos deparamos como uma sociedade politicamente democrática, porém socialmente fascista.

Pensamento, este, que levou Boaventura a desenvolver, na conferência proferida em Porto Alegre, o conceito de fascismo social. Para ele, é exatamente o resultado da grande concentração de renda, da grande desigualdade social, das grandes formas de discriminação – étnica, racial e sexual –, que conhecemos hoje e que criam relações de poder – para citar Foucault (2014) – tão desiguais que a parte mais poderosa nestas relações tem o direito de veto sobre a vida dos mais fracos. Assim, quando alguém tem o direito de veto sobre a vida de outro alguém, está configurado o fascismo.

O sociólogo distinguiu cinco formas de fascismo social: a) *fascismo contratual*; b) *fascismo do apartheid social*; c) *fascismo territorial*; d) *fascismo financeiro*; e) *fascismo da intolerância*.

O *fascismo contratual* ocorre em decorrência da

> Diferença de poder entre as partes no contrato de direito civil (seja ele um contrato de trabalho ou um contrato de fornecimento de bens ou serviços) é de tal ordem que a parte mais fraca, vulnerabilizada por não ter alternativa ao contrato, aceita as condições que lhe são impostas pela parte mais poderosa, por mais onerosas e despóticas que sejam. O projeto neoliberal de transformar o contrato de trabalho num contrato de direito civil como qualquer outro configura uma situação de

> fascismo contratual. Esta forma de fascismo ocorre hoje frequentemente nas situações de privatização dos serviços públicos, da saúde, da segurança social, da eletricidade, da água, etc. (SANTOS, 2006, p. 335).

O *fascismo do apartheid social* é a "segregação social dos "excluídos através de uma cartografia urbana dividida em zonas selvagens e zonas civilizadas" (SANTOS, 2006, p. 334). Enquanto estas são as zonas do contrato social, aquelas são as zonas do estado de natureza hobbesiano. O autor cita o exemplo de que para se defenderem, as zonas civilizadas transformam-se em castelos neofeudais, em enclaves fortificados que caracterizam as novas formas de segregação urbana, como os condomínios fechados.

> A divisão entre zonas selvagens e zonas civilizadas está a transformar-se num critério geral de sociabilidade, um novo espaço-tempo hegemônico que atravessa todas as relações sociais, econômicas, politicas e culturais e que por isso é comum à ação estatal e à ação não estatal. Está inscrito, hoje em dia, no coração do quotidiano. No domínio da ação estatal está a dar origem a uma nova forma de Estado paralelo [...] Julgo que em tempo de fascismo social o Estado paralelo assume uma nova forma. Consiste num duplo padrão da ação estatal nas zonas selvagens e nas zonas civilizadas. Nas zonas civilizadas, o Estado age democraticamente, como Estado protetor, ainda que muitas vezes ineficaz ou não confiável. Nas zonas selvagens, o Estado age fascisticamente, como Estado predador, sem qualquer veleidade de observância, mesmo aparente, do direito. A polícia que ajuda o menino das zonas civilizadas a atravessar a rua é a mesma que persegue e, eventualmente, mata o menino das zonas selvagens (SANTOS, 2006, p. 334).

O *fascismo do apartheid social* possui outras formas como, por exemplo, o fascismo territorial, "que existe sempre que atores sociais com forte capital patrimonial retiram ao Estado o controle do território onde atuam ou neutralizam este controle, cooptando ou violentando as instituições estatais" (SANTOS, 2006 p. 335). Não só, mas também exercendo a regulação social sobre os habitantes do território sem a participação destes e contra os seus interesses, fazendo com que o princípio do primado do direito não vigore.

O *fascismo financeiro*, por sua vez, corresponde ao fascismo do capital financeiro e das agências de notação que possuem o poder de veto sobre os países, sobretudo os mais pobres.

> É talvez a forma mais virulenta de sociabilidade fascista. É o fascismo que comanda os mercados financeiros de valores e de moedas, a especulação financeira global [...] Esta forma de fascismo social é a mais pluralista na medida em que os movimentos financeiros são os produtos de decisões de investidas individuais ou institucionais espalhadas por todo o mundo e, aliás, sem nada em comum senão o desejo de rentabilizar os seus valores. Por ser o mais pluralista é também o fascismo mais virulento porque o seu tempo-espaço é o mais refratário a qualquer intervenção democrática (SANTOS, 2006, p. 336).

Por último, mas não menos importante, o *fascismo da intolerância*. Para o sociólogo, as desigualdades funcionam em nossa sociedade de par com outro sistema de hierarquia que não é de riqueza, mas é do estatuto social, é do preconceito, da intolerância perante a diferença. É o que o autor chamou de diferenciação desigual. Há por um lado desigualdade social e econômica e por outro, diferenciação hierárquica desigual em função do sexo – mulheres inferiores aos homens –, de raças – negros inferiores a

brancos –, de religiões – esta religião é boa e a outra não, de orientações sexuais – a heterossexualidade deve ser predominante à homossexualidade, etc. São diferenciações que criam desigualdade e, consequentemente, alimentam-se mutuamente.

A intolerância é, portanto, prosseguiu Boaventura naquela ocasião, uma desumanização. É a negação da humanidade do outro. E ela existe exatamente porque se assenta em três pilares fundamentais: o preconceito, o interesse e a ideologia.

O preconceito é um senso comum adquirido de inferioridade do *outro*; da periculosidade do *outro,* e, assim quando *o outro* vai para um lado da rua, devo seguir caminho oposto; da ojeriza com a cor do *outro*, enfim, é a exclusão, o ódio ao *outro* "diferente" de mim.

Tais formas de intolerância estão a aumentar na sociedade exatamente porque à medida que se quebra o vínculo da obrigação política vertical, quebra-se o vínculo da obrigação horizontal cidadão a cidadão. É como se este, na proporção da crise do contrato social, conforme referido anteriormente, entra num estado de natureza, numa guerra de todos contra todos. É a cultura do medo e da insegurança capaz de destruir a civilidade.

Para além do preconceito, há uma ideologia que muitas vezes prega a naturalização da diferença – da inferioridade do *outro*. Portanto, a desigualdade, como a discriminação nos casos acima referidos, não é causa, mas sim consequência. Como se determinado grupo fosse inferior, tem de ser tratado como tal. Isto é da essência da ideologia, mas há sempre um interesse.

A intolerância tem muitas vezes por trás o interesse econômico já que permite desvalorizar a força do trabalho; o preconceito sexual permite desvalorizar o trabalho das mulheres; o preconceito racial desvaloriza o trabalho dos negros; etc. Enfim, Boaventura versou acerca da discriminação a alimentar a desigualdade precisamente porque há um interesse econômico em que aqueles sejam considerados subumanos.

Neste momento de intolerância e do seu crescimento, o grande problema que enfrentamos é o seu contrário, isto é, a tolerância. Se observarmos epistemologicamente, tolerar é aguentar o que é desagradável, o que não gostamos o que não podemos evitar e, por isto, toleramos. Assim, prosseguiu o sociólogo, toda ideia de tolerância se assenta num processo de poder em que tenho o direito de designar o que é tolerável e o que não é tolerável. O que não tem poder não tem direito de fazer esta distinção. Logo, tal critério do que é tolerável e o que é intolerável não permite, de maneira nenhuma, conhecer o *outro* e sua diferença. A tolerância tem, portanto, esta arrogância implícita.

Desta forma, em tempos de fascismo social, tolerar é muito pouco. Precisamos não só reconhecer a diferença, como fazer dela um reconhecimento. É o que o sociólogo chamou de enriquecimento mútuo. Reconhecemos a diferença e enriquecemo-nos com ela. Assim, o autor propõe não a tolerância, mas o enriquecimento recíproco através dos pressupostos da interculturalidade, que podem ser usados para "significar e representar um processo e projeto político-social transformador" (WALSH, 2009, p. 83).

Há que se citar outra característica de nossos tempos: a violência. Para Boaventura, trata-se da forma mais complexa de fascismo social por se tratar de um fenômeno coletivo e interpessoal. Não só, ela mistura bem as desigualdades com a discriminação, pois enquanto as primeiras formas de fascismos eram centradas na desigualdade, e a

intolerância é mais uma discriminação, a violência mistura os dois. Por isto, torna-se, por vezes, explosiva.

Portanto, a violência, na análise conjuntural do sociólogo, é toda ação de imposição física. E é assim para impor uma vontade no sentido de manter ou não o poder sobre o outro de uma maneira impositiva: é um fascismo por ser um direito de veto - direito de incapacitar o outro; incapacitar tirando-lhe a vida; incapacitar ferindo-o.

Por conseguinte, passou-se a distinguirem-se seis formas de violência sobre as quais incidem os estudos na sociedade. Todas elas – no entendimento do autor – estão sempre na lógica: quebra da obrigação horizontal por consequência da quebra da obrigação vertical, com o Estado. São elas as violências doméstica, urbana, racial, rural, escolar e sexual.

A violência doméstica, por exemplo, decorre do patriarcado. Tem esta forma de opressão com o qual nos acostumamos dentro do novo pensamento de esquerda crítico, que é o capitalismo, o colonialismo e o patriarcado. Configuram-se estes os três grandes pilares da opressão na sociedade.

A violência urbana, por sua vez, vem do fato de cada vez mais haver pessoas em espaços cada vez mais apinhados, obrigadas a interagir, porém desconhecidas entre si. É isto que está a fazer com que a violência urbana seja de tal ordem, combinada com o sistema da desigualdade.

A violência racial provém do colonialismo. Ela não acabou com a descolonização. É está uma das maiores lições dos trabalhos de Boaventura. No seu Centro de Estudos Sociais, na Universidade de Coimbra, há, inclusive, um curso de doutoramento sobre *pós-colonialismo e cidadania global* que tenta mostrar que o colonialismo, depois das independências, manteve-se sob outra forma e representa, hoje, a luta contra o preconceito e contra a violência racial, muito ligada à intolerância.

A violência rural, obviamente, é gerada pela grande propriedade, instigando as reformas agrárias, combinada com o preconceito contra o índio, contra o afrodescendente quilombola, contra o camponês, contra o ribeirinho, etc. Preconceitos a multiplicarem-se e a ampliarem a desigualdade social.

A violência escolar, por sua vez, possui tentáculos de uma violência institucional cujas causas têm a ver, muitas vezes, com o excesso de institucionalidade, com o excesso de disciplina do corpo, com o excesso da obsessão pelas didáticas e pelas metodologias e não pelos seres humanos que estão em sua frente. Tal diagnóstico encontra respaldo toda vez que nos deparamos com notícias como "PUC rejeita criação da cátedra Foucault".[4]

Todas estas formas de violência são diferentes entre si, mas comuns no seu crescimento. E se todas crescem, alguma razão há de existir para que todas estejam a acender-se na sua diversidade. Para Santos, o motivo tem a ver com o duplo colapso de uma obrigação política vertical – Estado/cidadão – e horizontal – cidadão/cidadão.

4 PALHARES, Isabela. **PUC rejeita criação da cátedra Foucault.** Primeira universidade fora da França a abrigar áudios do pensador francês, reconhecido crítico da Igreja, pode ter de devolvê-los. Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,puc-rejeita-criacao-da-catedra-foucault,1678638> Acesso em 20 de outubro de 2015.

A democracia participativa e deliberativa é uma tentativa de democratizar a obrigação política vertical. E ao democratizá-la, horizontaliza, e ao horizontalizá-la fortalece a obrigação cidadão a cidadão. Cria novos climas de convivência, novos sistemas de civilidade, mas quando se rompem – temos a atropelamento dos ciclistas como ocorreu em Porto Alegre[5]–, começamos a observar que este tecido nunca é irreversível. As forças do fascismo social estão à espreita sempre a criar brechas para destruir a obrigação, que é a obrigação do contrato e da inclusão social. Da inclusão que é, simultaneamente, uma luta pela igualdade e pelo fim da discriminação.

Boaventura de Sousa Santos concluiu sua conferência não vendo outra solução, senão a de tentarmos recuperar, isto é, a reinventarmos as grandes tarefas que podem conduzir na memória das lutas passadas, mas naturalmente reinventando-as no século XXI, com três palavras que o autor propôs para reflexão: *democratizar*, *descolonizar* e *desmercadorizar*. Para o autor, é palavras-chave para podermos resolver a emergência de fascismos que estão a minar a democracia e os direitos dos cidadãos, qualquer que seja a forma que eles assumam.

A primeira tarefa para democratizar é democratizar a democracia,

> Recusar a ideia de que a democracia liberal representativa é a única forma válida de democracia e legitimar outras formas de deliberação democrática, a já referida demodiversidade; procurar novas articulações entre a democracia representativa e a democracia participativa e, em certos contextos, entre ambas e a democracia comunitária própria das comunidades indígenas e camponesas da África, América Latina e Ásia; estender os campos de deliberação democrática para além do campo político-estatal de modo a evitar que a democracia politica se transforme numa pequena ilha democrática integrada num arquipélago de despotismos (o fascismo social): na fábrica, na família, na rua, na religião, na comunidade, nos conhecimentos, nos meios de comunicação, etc. (SANTOS, 2011, p. 141).

Nesta democratização, que é também a descolonização, o autor manifesta-se da seguinte maneira:

> Descolonizar é um imperativo bem difícil de concretizar. Por um lado, há quem pense que a descolonização já teve lugar e que por isso o colonialismo é um fato passado. Por outro lado, mesmo admitindo que o colonialismo continua a existir sob outras formas, é sempre possível confundi-lo com outras relações de poder desigual ou justificá-lo em nome de valores ou de exigências prioritárias. Colonialismo é toda a relação de opressão assente na inferioridade supostamente natural, racial ou étnico-cultural do oprimido. São os mais diversos movimentos que concebem as suas lutas como visando uma ou outra manifestação do colonialismo e propondo alternativas descolonizadoras (SANTOS, 2011, p. 142).

E, finalmente, desmercadorizar,

Desmercadorizar significa impedir que a economia de mercado estenda o seu âmbito a tal ponto que transforme a sociedade no seu todo numa sociedade de mercado,

5 SCIREA, Bruna. **Quatro anos após atropelamento de ciclistas em Porto Alegre, avanços ainda são tímidos.** Manifestações do Massa Crítica nesta semana devem marcar o aniversário do atropelamento e cobrar agilidade da Justiça. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2015/02/quatro-anos-apos-atropelamento-de-ciclistas-em-porto-alegre-avancos-ainda-sao-timidos-4706871.html> Acesso em 20 de outubro de 2015.

numa sociedade onde tudo se compra e tudo se vende, inclusive os valores éticos e as opções políticas. O imperativo de dermercadorizar envolve a promoção do mais amplo conjunto de iniciativas, muitas delas já testadas pelo tempo e pela capacidade de criar bem-estar para que nelas participam (SANTOS, 2011, p. 145).

Em vista dos argumentos apresentados, conclui-se que a educação, como não poderia deixar de ser, encontra-se no centro das necessidades. Afinal, é a ausência histórica de um projeto educacional consistente, uma das principais raízes das mazelas apontadas por Boaventura de Sousa Santos, quer com as formas de fascismos sociais, quer com as manifestações de violências. Nesta seara, questiona-se, qual o papel da educação na construção de outro mundo possível? Como construí-la tendo como referência o ser humano? De que maneira utilizá-la enquanto instrumento de promoção da cidadania? Enfim, como compor uma educação que realize as transformações necessárias de democratizar, descolonizar e desmercadorizar?

Como bem assegurado por Méazáros (2005),

> A nossa tarefa educacional é, simultaneamente, a tarefa de uma transformação social, ampla e emancipadora. Nenhuma das duas pode ser posta à frente da outra. Elas são inseparáveis. A transformação social emancipadora radical requerida é inconcebível sem uma concreta e ativa contribuição da educação no seu sentido amplo [...] E vice-versa: a educação não pode funcionar suspensa no ar. Ela pode e deve ser articulada adequadamente e redefinida constantemente no seu inter-relacionamento dialético com as condições cambiantes e as necessidades da transformação social emancipadora e progressiva em curso. Ou ambas têm êxito e se sustentam, ou fracassam juntas (MÉAZÁROS, 2005, pp. 76-77).

Neste sentido, o Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG – parece estar inserido neste contexto, já que problematiza a educação jurídica a partir de uma leitura contextualizada dos direitos humanos e da justiça social.

2. EDUCAÇÃO SUPERIOR: O CURSO DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE, FURG/RS, E SEU CONTEXTO DE INSERÇÃO

A Educação Superior brasileira, entendida como direito da sociedade e um dever do Estado, deve incorporar em sua razão de existir um conjunto de funções sociais, ampliando o compromisso público com a política de formação e produção de conhecimento, uma vez que é um dos principais pilares de emancipação da sociedade, e, por isso, deve reafirmar princípios constitucionais da democracia; assumir a responsabilidade social por meio de ações que possibilitem aos diferentes grupos sociais o usufruto dos conhecimentos produzidos pela academia em todas as suas dimensões; e reconhecer-se como espaço público, que delineia sua identidade no diálogo com a sociedade.

A Universidade, desta maneira, se constitui como um lugar plural de construção de diferentes percepções de mundo e, em razão disso, deve considerar e defender a diversidade e as diferenças como constitutivas das culturas e dos saberes, de forma a fortalecer as identidades do povo brasileiro. Estrutura-se em um conjunto de relações sociais e humanas, um centro de socialização e produção de culturas e conhecimentos e, por isto, não pode ser concebida fora do contexto da realidade contemporânea como à denunciada por Boaventura de Sousa Santos.

Nesta conjuntura, a Faculdade de Direito (FADIR), criada em 1960 com a denominação Faculdade de Direito Clóvis Beviláqua (Decreto n. 47.738/1960), em 1969, com a criação da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, foi incorporada à mesma, passando a operar a partir do respectivo Departamento de Ciências Jurídicas, hoje extinto. Em 2010, com a nova reestruturação estatutária da Universidade, retomou a denominação histórica de "Faculdade de Direito", passando-a ocupar lugar de destaque entre as unidades acadêmicas da FURG. Com trinta professores, quatro técnico-administrativos e aproximadamente 600 alunos, é responsável, hoje, no plano do ensino, pelo oferecimento dos cursos de Direito matutino e noturno, pelo Curso de Especialização em Educação em Direitos Humanos e pelo recentemente aprovado Mestrado em Direito com área de concentração em Direito e Justiça Social.

Igualmente, oferece o curso de graduação em Relações Internacionais no Campus da FURG, de Santa Vitória do Palmar. Além disto, conta com diversos projetos e programas de extensão, com destaque especial para o Serviço de Assistência Judiciária (SAJ), para o Centro de Referência em Direitos Humanos (CRDH) e para o Centro de Referência em Apoio as Famílias em situação de pobreza (CRAF). No campo da pesquisa já conta com mais de uma centena de projetos desenvolvidos ou em desenvolvimento, muitos com financiamento das principais agências de fomento.

Portanto, é tendo em vista o objetivo geral do curso de Direito da FURG, qual seja, a formação de cidadãos e operadores conscientes dos valores implícitos nas esferas do Direito Público e Privado, assim como dos limites e interações entre o espaço estatal e o não estatal; que se percebam partícipes do processo de construção do Direito e da sociedade e que, sem prejuízo de sólida formação geral, pautados em valores éticos, sociais e humanísticos estejam capacitados à atuação político-jurídica, em especial no âmbito regional. E, ainda, atendendo à sua vocação específica, contribuir para que sejam cidadãos e profissionais capazes de defender com zelo especial os Direitos Humanos, Desenvolvimento e Sustentabilidade Socioambiental; é que este trabalho passa a estabelecer conexões entre as atividades desenvolvidas no âmbito da FADIR com o bloqueio a emergência de fascismos que estão a minar a democracia e os direitos dos cidadãos, qualquer que seja a forma que eles assumam.

O Centro de Referência em Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio Grande (CRDH/FURG), por exemplo, surgiu a partir de experiências realizadas por órgãos públicos e organizações não governamentais que possibilitaram o acesso da população de baixa renda a serviços essenciais como a assistência jurídica e a documentação civil básica. Assim, o CRDH/FADIR/FURG atua como mecanismo de defesa, promoção e acesso à justiça e estimula o debate sobre cidadania, influenciando positivamente na conquista dos direitos individuais e coletivos. Deste modo, tendo como ponto de partida atividades que visam à humanização, à emancipação do ser humano, à transformação social, construindo realidades mais justas e igualitárias, percebe-se aqui o desenvolvimento das três palavras que Boaventura de Sousa Santos propôs para reflexão: *democratizar*, *descolonizar* e *desmercadorizar*.

Evidente que democratizar a democracia requer a formulação de políticas públicas "em nível mundial, com as variações e adaptações necessárias consoante o país ou a região do mundo. É esta uma das dimensões mais consistentes da globalização contra hegemônica" (SANTOS, 2011, p. 141). No caso da FURG, tendo a vocação voltada

aos ecossistemas costeiros e oceânicos, tem suas ações pautadas no princípio básico da indissociabilidade entre o ensino, a pesquisa e a extensão, na formação de profissionais, na produção e socialização de conhecimentos e tecnologias e que com essa interação, a Instituição rege sua função social, comprometida com o desenvolvimento de políticas inovadoras voltadas para as necessidades locais, regionais, nacionais e globais, na busca de melhor qualidade de vida; o CRDH/FADIR/FURG conta com profissionais que proporcionam atendimento jurídico, social e psicológico, que consiste na prestação de assistência, orientação, encaminhamento e acompanhamento jurídico, social, antropológico e psicológico. Dentre os serviços prestados incluem-se ainda a capacitação e a produção de conhecimento em Direitos Humanos, bem como o apoio a qualquer atividade que tenha como objetivo a integração social e a disseminação de conhecimentos ligados à área de abrangência do projeto.

Nesta democratização, que é também a descolonização, através do CRDH/FADIR/FURG, verifica-se um exitoso respeito à diversidade humana. Afinal, a Universidade, como espaço de pluralidade de pensamento e diferentes percepções de mundo e opções, considera a diversidade e as diferenças como constitutivas das culturas e dos saberes, defendendo o respeito à diversidade étnico-racial, de gênero, de orientação sexual e de crenças espirituais. Pois, como dito anteriormente, em tempos de fascismo social, tolerar é muito pouco. Precisamos não só reconhecer a diferença, como fazer dela um reconhecimento. Foi o que Boaventura denominou de enriquecimento mútuo. Reconhecemos a diferença e enriquecemo-nos com ela através dos pressupostos da interculturalidade. Os Centros de Referência em Direitos Humanos deverão ser uma Casa de Direitos, de convivência entre pessoas. Um espaço físico onde são implementadas ações que visam à defesa e a promoção dos Direitos Humanos.

Desmercadorizar, em que pese ser "um imperativo incontornável na busca de uma sociedade melhor" (SANTOS, 2011, p. 141), sobrepostas às crises financeira, econômica e social que acompanham o capitalismo desde o seu início, as crises ecológica, energética e alimentar vieram a conferir um grau de convicção maior a algumas constatações que até então não tinham merecido a atenção do cidadão comum. Por isto, cita-se aqui não apenas o CRDH/FADIR/FURG, mas também discussões postas no Mestrado em Direito através da disciplina de economia solidária, instrumento de promoção de formas de economia social como cooperativas, sistemas de entreajuda e de troca de tempo e trabalho.

Não só, para fazer frente ao duplo colapso de uma obrigação política vertical – Estado/cidadão – e horizontal – cidadão/cidadão, o Mestrado em Direito e Justiça Social da FADIR/FURG, tem procurado desenvolver estudos críticos e interdisciplinares sobre as relações entre Direito e Justiça Social, enfrentando questões que relevam da igualdade de direitos, da solidariedade e da sustentabilidade, aprofundando o debate científico que articula as alternativas para o desenvolvimento sustentável e a igualdade de oportunidades nas sociedades multiculturais do mundo globalizado. Para o profissional do Direito destaca-se o grande desafio da cidadania em face da complexidade da vida em sociedade.

O requisito de responsabilidade social atribuído às Instituições de Ensino Superior encontra-se em consonância com a formação de cidadãos críticos e conscientes de

seu papel, aptos para entenderem o contexto econômico-social e político-jurídico das demandas e do mundo atual, onde o Direito não é apenas produto da sociedade, mas, também, nas lições de Santos (2003), deve ser encarado como um espaço de construção de emancipação e crítica social. Assim, ele (o Direito) deve estar comprometido com a promoção da cidadania o que implica em superar, juridicamente, a falsa dicotomia entre direitos de liberdade de um lado e direitos de igualdade de outro. O pluralismo jurídico nos permite refletir sobre as possibilidades de incorporação jurisprudencial de soluções de conflitos sociais fundamentadas em valores humanitários, comprometidas com a ética pública e a justiça social.

Neste sentido, o Mestrado da FADIR/FURG conta com duas linhas de pesquisa: i) a realização constitucional da solidariedade e, ii) as políticas públicas de sustentabilidade.

Com relação à primeira, a experiência brasileira de transição democrática se notabilizou pela adoção de uma nova Constituição que contou com uma efetiva participação popular no processo constituinte. Nessa perspectiva, a noção de cidadania assume desde então o compromisso com a efetividade dos direitos constitucionalmente reconhecidos e juridicamente protegidos. A particularidade da Constituição brasileira seria justamente a sua abertura para um projeto político-constitucional de correção das desigualdades sociais e econômicas. A correta aplicação do direito desafia as possibilidades de consolidação da democracia brasileira. Cotidianamente, as normas jurídicas são questionadas não somente quanto à sua existência, mas, sobretudo, quanto a sua real possibilidade de transformação social. O profissional do direito, no contexto brasileiro, deve incorporar ao conhecimento da norma jurídica um valor ético e político capaz de atender às expectativas da sociedade, brecando as formas de fascismo e violência social.

Já com relação à segunda, na democracia constitucional o poder público assume o compromisso de promover políticas públicas capazes de transformar a realidade caracterizada pelas desigualdades sociais e econômicas persistentes. A presença da administração pública nas relações sociais deixa de ser uma opção política governamental, tornando-se uma exigência constitucional de promoção dos direitos de cidadania. Doravante a exigência de promoção da cidadania não se limitará aos direitos civis e políticos, mas implicará na obrigação de promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais. A realidade multicultural da sociedade brasileira exige que o direito enfrente questões complexas que envolvem desde a promoção da igualdade de oportunidades até a constatação ou reconhecimento de universos jurídicos distintos, tais como os das sociedades indígenas e quilombolas. A relação do homem com a natureza exige a adoção de políticas públicas de estímulo à sustentabilidade do desenvolvimento.

O CRDH/FADIR e o Mestrado em Direito e Justiça Social constituem ações num sentindo macro das tarefas de democratizar, descolonizar e desmercadorizar. Mas em que pese "o modo como se define uma crise e se identificam os fatores que a causam tem um papel decisivo na escolha de medidas que a superem e na distribuição dos custos que estas possam causar" (SANTOS, 2011, p. 15), por vivermos em um tempo paradoxal em sentido específico, conforme dissertado anteriormente, calcado, muitas vezes, pela intolerância, violência e desagregação social, requer da Faculdade

de Direito da Universidade Federal do Rio Grande ações também num sentido micro como, por exemplo, no cotidiano da sala de aula.

A luta pela definição da crise é assim, um ato iminentemente político e para esclarecer sua natureza é preciso algum esforço analítico. Boaventura esclareceu que ela (crise) consiste na predominância estrutural dos processos de exclusão sobre os processos de inclusão. Logo, a inclusão social como princípio orientador das ações educativas da FURG, deve reafirmar a preocupação e o compromisso com a democratização e a promoção da equidade de condições de acesso ao conhecimento e de permanência de grupos em situação de vulnerabilidade social e/ou especial, nos mais diversos níveis de ensino, reconhecendo os limites e deficiências humanas como novas potencialidades criadoras de aprendizagem, na busca da formação cidadã, na defesa da democracia e do direito a diferença.

A dupla obrigação política em que nos encontramos, vertical e horizontal, quando bloqueadas, origina uma sociedade politicamente democrática, porém socialmente fascista. Mas não só, violenta. Para o sociólogo, trata-se da forma mais complexa de fascismo social por se tratar de um fenômeno coletivo e interpessoal. Ela mistura bem as desigualdades com a discriminação, pois enquanto as primeiras formas de fascismos eram centradas na desigualdade, a violência mistura os dois.

Por conseguinte, passou-se a distinguirem-se seis formas de violência sobre as quais incidem os estudos na sociedade. Todas elas – no entendimento de Boaventura – estão sempre na lógica: quebra da obrigação horizontal por consequência da quebra da obrigação vertical, com o Estado. São elas as violências doméstica, urbana, racial, rural, escolar e sexual.

A contextualização destas formas de violência ocorrem a partir da flexibilização curricular, que pressupõe um currículo entendido como processo formativo, dinâmico e em permanente movimento, permitindo que a ação educativa da Universidade incorpore outras formas de aprendizagem e de produção do conhecimento presentes na realidade social.

Assim, a violência doméstica e sexual é abordada, diretamente, a partir de disciplinas como "Direito e Gênero", que procura problematizar as representações de gênero na sociedade; feminismo; violência de gênero; lei Maria da Penha, convenções e tratados internacionais relativos ao tema, etc. e "Direitos Humanos", que procura problematizar o exercício da cidadania na construção de novos direitos fundamentais.

A contextualização das violências urbana, racial e rural, por sua vez, se dá através de uma rede de disciplinas: "Ciência política, Estado e Constituição"; "Direito Penal"; "Sociologia Geral"; "Psicologia aplicada ao Direito"; "Direito Processual Penal"; "Mediação de Conflitos"; "Direito Penitenciário"; "Sistemas Processuais Penais"; "Criminologia"; "Legislação Penal Extravagante"; "Fundamentos de Filosofia"; "Antropologia Filosófica"; "Filosofia e Ética jurídica"; "Direito Civil"; "Direito Processual Civil" e "Dogmática Jurídica".

Já a violência escolar, além de abarcar, quer de uma ou de outra forma as disciplinas mencionadas acima, também é retratada diretamente em disciplinas como "Direito Educacional", que procura propiciar um processo de ensino-aprendizagem reflexivo, crítico e pluridisciplinar sobre Direito Educacional, sobretudo, com ênfase

nos estudos sobre Direito à Educação como Direito fundamental, Políticas Públicas Educativas e Ensino Jurídico na Contemporaneidade; estudar a legislação, as políticas educacionais e a realidade educacional em sua relação com a estrutura política, econômica e social; desenvolver estudos sobre os sistemas educacionais, visando construir instrumentos que permitam exercer a crítica com objetividade, possibilitando a tomada de posições e o exercício da análise constante das transformações da realidade educacional e social e o desenvolvimento de análises críticas sobre educação, currículo e pedagogia jurídica, necessárias à formação do bacharel em Direito como agente de transformação social.

Não só, menciona-se o grupo de estudos "Quem tem medo de Foucault", pois, já que violência escolar, de acordo com Boaventura, possui tentáculos de uma violência institucional cujas causas têm a ver, muitas vezes, com o excesso de institucionalidade, com o excesso de disciplina do corpo, com o excesso da obsessão pelas didáticas e pelas metodologias e não pelos seres humanos, estudar este autor revela-se como um potente marco teórico-metodológico para descortinar as relações de saber e poder disciplinário no campo da educação jurídica.

Enfim, o que está em jogo não é apenas a modificação política dos processos educacionais – que praticam e agravam as formas de fascismos e violências – mas também a reprodução das estruturas de valores que contribui para impedir o desenvolvimento das tarefas de democratizar, descolonizar e desmercadorizar.

> Estas são as exigências teóricas das quais viemos, e devemos ver quais são as consequências politicas e quais são os instrumentos com que contamos. A mensagem foi sempre que necessitamos de um conhecimento muito sofisticado e exigente, porque temos de conhecer muito bem a tradição e ao mesmo tempo contestá-la, enfrentá-la e inovar a partir desta tradição. Roberto Fernández Retamar, um grande crítico literário cubano, costuma dizer que temos uma dupla tarefa, sobretudo a partir da situação pós-colonial: por um lado, a de conhecer muito bem o centro hegemônico e, por outro, a de conhecer muito bem a alternativa ao centro hegemônico. Ou seja: devemos gerar um duplo conhecimento que é fundamental para todos nos, sobretudo para os jovens cientistas sociais de hoje (SANTOS, 2007, pp. 83-84).

Assim, a par das múltiplas contradições postas na sociedade atual, a FADIR/FURG precisa situar-se de modo crítico e dialético, dialogando efetivamente com todos os setores da sociedade, a partir de um contexto local, incluído na problemática nacional, que, por sua vez, determina e é determinante de uma conjuntura global, de um lado, contribuindo para o desenvolvimento tecnológico contemporâneo e, de outro, servindo a uma concepção radical e universal de cidadania.

O compromisso da Universidade Pública materializa-se em ações que possibilitam a participação dos diversos grupos sociais, num esforço coletivo tanto daqueles que fazem parte da Universidade, quanto dos que participam dos diferentes segmentos sociais, na busca de soluções de problemas que afetam essa sociedade no presente e, assim, contribuir para o planejamento e execução responsável de ações futuras. Orientando-se nessa perspectiva, a FADIR/FURG, enquanto uma Instituição Pública, precisa ser pensada pela sua capacidade de produção de conhecimentos e inovação, mas, sobretudo, pela filosofia que rege a vida coletiva desta Instituição e sua relação com a Sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os riscos que corremos em face da erosão do contrato social, através do bloqueamento entre as obrigações vertical e horizontal são demasiado sérios para que ante eles cruzemos os braços. "Há, pois, que buscar alternativas de sociabilididade que neutralizem ou previnam estes riscos e abram o caminho a novas possibilidades democráticas" (SANTOS, 2006, p. 338). Não se trata, evidentemente, de uma tarefa fácil dado que a desregulação social provocada por esta crise e que se expressa através das formas fascismos e violências é tão profunda que acaba por desregular as próprias resistências aos fatores de crise e as exigências emancipatórias que lhe dariam sentido.

Igualmente, a partir deste trabalho, é possível constatar a íntima relação entre os processos educacionais e os processos sociais. Assim como em Mészáros (2005), entendemos que educar não é mera transferência de conhecimentos, mas sim uma conscientização e testemunho de vida. Uma reformulação significativa da educação é inconcebível sem a correspondente transformação do quadro social no qual as práticas educacionais da sociedade devem cumprir as suas vitais e historicamente importantes funções de mudança.

O Curso de Direito da FADIR/FURG visa à inclusão social como princípio orientador das ações educativas da Universidade. Pois, além de reafirmar a preocupação e o compromisso com a democratização e a promoção da equidade de condições de acesso ao conhecimento e de permanência de grupos em situação de vulnerabilidade social e/ou especial, nos mais diversos níveis de ensino, reconhecendo os limites e deficiências humanas como novas potencialidades criadoras de aprendizagem, na busca da formação cidadã, na defesa da democracia e do direito a diferença; suas ações de ensino, pesquisa e extensão consideraram as demandas e os saberes sociais como forma de orientar os processos de formação, de produção de conhecimentos e novas tecnologias, num diálogo permanente com o ecossistema nas suas diferentes manifestações, de ordem natural, social, cultural ou histórica.

A tarefa imposta à Universidade do Século XXI, como bem frisou Boaventura, é produzir um conhecimento aproximado da realidade social, ou conhecimento prudente e encantado, que forneça elementos de transformação social.

Este trabalho procurou apresentar algumas emergências expressas, curricular e extracurricularmente, em um Curso de Direito, cujo propósito é a formação para a cidadania em uma sociedade livre, justa e democrática. Advoga-se que tendo como relevantes estas possibilidades poder-se-á construir uma educação superior de/com qualidade social, horizontalizando e verticalizando a dupla obrigação política na qual nos encontramos.

Por último, cabe destacar que a finalidade deste trabalho não foi de oferecer respostas e soluções para essa problemática tão desafiadora, mas sim tecer considerações que possam contribuir para o despertar da complexidade das discussões que se apresentam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade.** Entrevista a Benedetto Vecchi. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BORGES, Edinaldo de Holanda. **A teoria da democracia e o estado de direito.** São Paulo: NewBook, 2010.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do poder.** São Paulo: Paz e Terra, 2014.

HARVEY, David. **Cidades rebeldes:** do direito à cidade à revolução urbana. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

MÉAZÁROS, István. **A educação para além do capital.** Tradução de Isa Tavares. São Paulo: Boitempo, 2005.

PALHARES, Isabela. **PUC rejeita criação da cátedra Foucault.** Primeira universidade fora da França a abrigar áudios do pensador francês, reconhecido crítico da Igreja, pode ter de devolvê-los. Disponível em: <http://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,puc-rejeita-criacao-da-catedra-foucault,1678638 > Acesso em 20 de outubro de 2015.

PINSKY, Jaime. **Práticas de cidadania.** São Paulo: Contexto, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política.** São Paulo: Cortez, 2006.

____. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social.** Tradução Mouzar Benedito. São Paulo: Boitempo, 2007.

____. **Portugal: ensaio contra a autoflagelação.** São Paulo: Cortez, 2011.

____. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista Crítica de Ciências Sociais. Coimbra, nº 65, pp. 3-76, 2003.

SCIREA, Bruna. **Quatro anos após atropelamento de ciclistas em Porto Alegre, avanços ainda são tímidos.** Manifestações do Massa Crítica nesta semana devem marcar o aniversário do atropelamento e cobrar agilidade da Justiça. Disponível em: http://zh.clicrbs.com.br/rs/porto-alegre/noticia/2015/02/quatro-anos-apos-atropelamento-de-ciclistas-em-porto-alegre-avancos-ainda-sao-timidos-4706871.html Acesso em 20 de outubro de 2015.

WALSH, Chaterine. **Interculturalidad, estado, sociedade: luchas (de)coloniales de nuestra época.** Quito-Equador: Universidade Andina Simón Bolívar/Ediciones Abya-Yala, 2009.

RECEBIDO EM: 17/01/2018
APROVADO EM: 22/05/2018

ANABOLIZANTES: ENTRE OS LIMITES DO *FAIR PLAY*, DA ESTÉTICA E DO CRIME

ANABOLIC STEROIDS: BETWEEN THE LIMITS OF THE FAIR PLAY, THE AESTHETICS AND THE CRIME

Joedson de Souza Delgado[1]

Ivo Teixeira Gico Júnior[2]

RESUMO: No presente trabalho analisa-se o abuso de esteroides anabólico-androgênicos sob a perspectiva jurídico-penal. Utilizando uma metodologia dedutiva, e com análise de posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e de dispositivos legais, verificou-se que o *doping* nos esportes como uma forma de melhorar as habilidades físicas em busca de fama e bem-estar encontrou a antiga obsessão humana de conseguir uma imagem corporal mais atraente. Daí, portanto, o declínio de determinada incriminação sobre alguns comportamentos em nome dos princípios fundamentais do direito penal.

Palavras-Chave: Anabolizantes;estética;medicina esportiva;*doping* nos esportes; responsabilidade penal.

ABSTRACT: The present study analyzes the abuse of anabolic-androgenic steroids from a legal penal perspective. Using a deductive methodology, and with analysis of doctrinal, jurisprudential and legal dispositions, it was verified that doping in sports as a way to improve physical abilities in search of fame and well-being found the ancient human obsession of achieving a more attractive body image. Hence, therefore, the decline in certain criminal acts on some behaviors on behalf of the fundamental principles of criminal law.

Keywords: Anabolic steroids;aesthetics;sports medicine;doping in sports; criminal liability.

1 Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz e em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Bacharel em Administração pela Universidade de Brasília – UnB e em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Servidor público na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa. joedson.delgado@hotmail.com

2 Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP e em Economia pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre com honra máxima em Direito pela *Columbia University in the City of New York*, EUA. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Advogado. gico@ghdadvogados.com.br

INTRODUÇÃO

Nos últimos tempos tem se intensificado o consumo de esteroides anabólico -androgênicos (EAAs, ou *AAS – anabolic androgenic steroids* –,em inglês),vulgarmente conhecidos como anabolizantes,e popularmente como "bomba". Na definição de Camilo e Furtado (2017, p. 35), os EAAs são substâncias farmacológicas ergogênicas para aumento de eficiência, energia e potência do organismo com o objetivo de alcançar melhores resultados em competições esportivas de alto nível ao sobrepujar as fadigas.

A maioria dos usuários de EAAs age motivada pelo anseio de melhorar sua aparência física(massa muscular) e alcançar a vitória nos esportes (força, potência e velocidade muscular). Com efeito, a autonomia do indivíduo coloca-se em xeque dadas as circunstâncias de vulnerabilidade,já que os atalhos são deletérios e podem causar adição e dependência comportamental.

Com isso, com o presente artigo objetiva-se analisar a questão do abuso de esteroides anabólico-androgênicos sob a perspectiva jurídica-penal. No que tange ao objetivo, apresenta-se a importância do problema da dopagem bioquímica que aqui será abordado em caráter interdisciplinar, pois é um assunto de interesse não somente da medicina do esporte, mas também das ciências jurídicas pelas posições doutrinárias.

Justamente por isso, deve-se refletir sobre as consequências sancionatórias de cunho administrativo pelas instituições competentes e de reproche social, as mesmas que – fora do esporte – consentem e cultuam as substâncias que amplifiquem a força, mesmo que transitoriamente, e ressaltem a beleza de um corpo atlético, mas que são passíveis de serem tolhidas sobre qual bem jurídico o direito penal quer atuar.

No desenvolvimento deste texto foi utilizada a pesquisa exploratória de abordagem dedutiva que evoluiu aos *leading cases* que oscilam no entendimento quanto à possível responsabilidade penal do uso de EAAs nos esportes de lazer incluindo a possível culpa de outras pessoas que possam participar no processo de transação comercial dos referidos fármacos.

Para alcançar o objetivo proposto procedeu-se a revisão de literatura com pesquisa realizada no sítio eletrônico dos cinco tribunais regionais federais, e nas cortes superiores foram encontrados dados sobre a temática EAAs voltados para os aspectos processuais: revogação de prisão cautelar, competência de julgamento por tribunal federal ou estadual, trancamento de ação penal, apreensão de medicamentos, entre outros (BRASIL, 2000, 2010b, 2013, 2015b).

Assim, questiona-se: é acertado o reproche penal à prática do *doping* desportivo adotado pelo legislador pátrio?

No primeiro capítulo, são analisados os EAAs e seus efeitos sobre o corpo. No segundo, discorre-se sobre a prevalência e a incidência do uso dos EAAs e a forma de sua obtenção. No terceiro capítulo, é brevemente discutida a experiência jurídica norte-americana sobre os EAAs. No quarto, analisa-se o tratamento jurídico-penal dos EAAs no Brasil. Ao final, responde-se ao problema de pesquisa proposto.

Esse tema é particularmente importante, tendo em vista os diversos contextos em que os EAAs se inserem, a fim de resolver juridicamente os eventos tangíveis da complexa vida contemporânea em matéria de esporte e saúde pública.

1. OS EAAS E SEUS EFEITOS SOBRE O CORPO

Os esteroides anabolizantes são substâncias industrializadas imitativas de certos hormônios naturais do organismo, notadamente, drogas derivadas do hormônio sexual masculino, a testosterona,que regulam e controlam a maneira como o corpo humano funciona e se desenvolve. Palermo-Neto (2018, p. 623) descreve que a palavra anabolizante deriva de "anabolismo" referindo-se a um "[...] conjunto de processos fisiológicos que resultam na fixação de nutrientes e, consequentemente, na formação e no crescimento dos tecidos."

Por seu turno, os esteroides imitam os efeitos de testosterona no corpo ao estimularem os feixes de células musculares e **miócitos** para produzirem proteínas a um ritmo mais acelerado. Logo, os esteroides anabólicos elevam o acúmulo do nitrogênio proteico e não proteico existente nos alimentos e sua consecutiva modificação em proteína para os músculos esqueléticos.

Os principais EAAs secretados no organismo são os androgênicos e os corticoides (MACHADO; RIBEIRO, 2004). Os corticoides são usados para fins terapêuticos em um número significativo de doenças, incluindo a artrite e a inflamação resultante de uma lesão, a exemplo dos princípios ativos: acetato de *prednisolona, acetato de cortisona,* dipropionato de *beclometasona, budesonida, dexametasona, entre* outros. Estes não são usados para promover a força dinâmica e aumentar a massa corporal magra.

Os androgênicos permitem o desenvolvimento físico de características sexuais masculinas ligadas ao efeito anabólico de construir tecido muscular alavancado pelo regime extenuante de exercícios físicos aliado à alimentação balanceada. Nesse particular, a juventude é a faixa etária mais suscetível ao consumo de EAAs e ao descomedimento de suplementos alimentares em razão do ímpeto pelo aumento e definição de massa muscular a qualquer custo e pela falta de compreensão quanto às vantagens e agravos desses produtos (NEUMARK-SZTAINER et al., 1999, p. 44; SILVA; LIMA, 2007, pp. 145-146).

É importante salientar que os EAAs não têm correlação ou se confundem com suplementos de proteínas, carboidratos e aminoácidos para atletas e desportistas, todavia, Elliot e Goldberg (1996, p. 47) asseveram que tais componentes podem ser uma porta de entrada para seu uso ou para seu consumo ser ainda maior.

Insta registrar que os androgênicos são: androstanolona, bolasterona, boldenona, cloroxomesterona, clostebol, deidroclormetil testosterona, drostanolona, estanolona, estanozolol, etilestrenol, fluoximesterona ou fluoximetil testosterona, formebolona, mesterolona, metandienona, metandranona, metandriol, metenolona, metiltestosterona, mibolerona, nandrolona, noretandrolona, oxandrolona, oximesterona, oximetolona, prasterona (deidroepiandrosterona – DHEA), somatropina (hormônio do crescimento humano), testosterona e trembolona, incluindo seus sais, éteres, ésteres e isômeros. A propósito,tais substâncias se encontram na lista "C5" da Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998 da antiga Secretaria de Vigilância Nacional do Ministério da Saúde,

ora atualizada pela Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 36, de 03 de agosto de 2011 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011).

O objetivo comercial da síntese dos EAAs consiste nos esforços científicos para separar os efeitos androgênico-anabólicos da testosterona, no intuito de se criar substância de efeito apenas anabólico ou diminuta ação androgênica com máxima capacidade anabolizante. Sobre a sintetização dos EAAs, Santos (2003, p. 4) assevera que:

> [...] foram desenvolvidos primeiramente na década de 1930. Os alemães experimentaram inicialmente em cães e, depois, em seus próprios soldados na Segunda Guerra Mundial. Usaram ainda em seus prisioneiros, no intuito de mantê-los saudáveis, porque sofriam de má nutrição significativa.

Os EAAs são usados na medicina para o tratamento/controle de certas patologias, mas acabaram se transmutando para fins de ostentação social e/ou estéticos e, em doses suprafisiológicas, podem levar a uma série de efeitos colaterais graves – por vezes irreversíveis aos órgãos e sistemas. Assim, o uso não médico dessas drogas acarreta incontáveis riscos psicológicos e físicos (IP et al., 2012, pp. 916-918).

De maneira geral, Abrahin e Sousa (2013, p. 669-679) citam os danos que os EAAs podem provocar ao fígado, além das patologias cardiovasculares e da elevação da pressão arterial concomitante aos níveis de colesterol. Nos homens, podem acarretar o surgimento de algumas características femininas, como a ginecomastia (desenvolvimento de mamas), estrias e demais distúrbios, como impotência, infertilidade, aumento da próstata, atrofia testicular e retenção hídrica. Já as mulheres podem incorporar algumas características masculinas secundárias, como voz grossa, aceleramento da calvície genética, atrofia das mamas, clitóris aumentado e hirsutismo (presença de pelos terminais), além de outras alterações, como menstruação irregular e alterações na libido. Nos adolescentes, pode resultar em acne, estanque do crescimento, puberdade precoce, hipervirilização, entre outras patologias.

Kanayama et al.(2009, p. 1968-1970) e Greydanus e Patel (2002, pp. 830-833) realizaram estudos epidemiológicos nos Estados Unidos, nos países britânicos e nos países escandinavos,e relataram que os EAAs são utilizados por 3 a 12% dos adolescentes homens. A porcentagem de usuárias de esteroides varia de 0,5 a 2,5%, uma vez que estão menos propensas a um corpo musculoso e, também, por estarem vulneráveis aos efeitos masculinizantes.

Por outro lado, o uso indiscriminado dos EAAs pode conduzir a certos distúrbios psíquicos, como depressão, manias, agressividade e irritabilidade. Pope Júnior e Katz (1994, p. 377) realizaram um extenso estudo com 160 atletas do sexo masculino com doses elevadas de testosterona (-600 mg/semana) e mostraram que 23% deles podem apresentar psicopatologias como dismorfia muscular (distúrbio da imagem corporal) e transtorno de ansiedade em frequência maior do que os não usuários.

O interesse pelos EAAs segue uma conduta sazonal motivada pela exibição simbólica do corpo, que se inicia no período de verão coincidente com a alta temporada de férias, de novembro a janeiro (MORAES, 2015, p. 2000). De qualquer forma, o uso dessas substâncias, aliado ao desejo de arquitetar o corpo, pode trazer consequências que impactam sobre o equilíbrio natural de hormônios, oferecendo, assim, diversos riscos que possibilitam a morte.

2. EAAS: USO E SUA OBTENÇÃO

Este capítulo subdivide-se em duas partes. Na primeira, aborda-se a preponderância e a ocorrênciado uso de EAAs. Na segunda, adentram-se as formas de obtenção da substância. A tônica dos EAAs, de modo geral, perfaz-se em ausência de controle de venda e consumo (comércio eletrônico irregular, falta de esclarecimentos dos riscos ao consumidor e limitada capacidade de análise dos produtos).

2.1 A PREVALÊNCIA E INCIDÊNCIA DE USO DE EAAS

Remontam à história variadas formas para aumentar a força física e melhorar o desempenho nos esportes, entretanto o uso de EAAs começou na segunda metade do século XX. Estima-se que o uso dessas substâncias por atletas e desportistas se difundiu no círculo de homens jovens em busca de uma percepção positiva de si mesmo.

Tavares (2002, p. 42) explica que tal comportamento

> Seja no oriente, seja no ocidente, em sociedades simples ou complexas, a utilização de algum artifício (físico, químico, psicológico) destinado a aumentar as capacidades físicas humanas parece de tal forma presente que, penso, teríamos poucas dificuldades em classificá-los como um universal cultural.

Os protótipos de beleza subjacente podem compartilhar várias características, endossados pelos meios de comunicação. Com a pressão de ter uma imagem corporal atraente, em regra, as mulheres apontam a magreza, enquanto os homens, o desenvolvimento muscular.

Mundialmente, os EAAs são utilizados em vários esportes, como fisiculturismo, atletismo, halterofilismo, natação e ciclismo.

> Na Olimpíada de 1988, em Seul, Coreia do Sul foram descobertos precisamente dez casos de doping. Na mesma época, muitos jogadores de futebol americano, atuantes em diversas temporadas, foram impedidos de jogar: 75 a 90% de todos os atletas usavam esteroides. É bom lembrar que essa é uma proporção epidêmica. (SANTOS, 2003, p. 116).

É importante assinalar que a utilização de substâncias dopantes representa um uso contrário à ética esportiva. Ao assistir um espetáculo esportivo, o público não sabe se estará vendo um evento limpo ou sujo, uma competição esportiva real ou um duelo entre indústrias farmacêuticas. Por isso, a trapaça deve ser punível com o banimento de atletas pelas federações esportivas em caso de *doping*. Tal situação ocorreu com o banimento da Rússia dos Jogos Olímpicos de Inverno de 2018 pelo Comitê Olímpico Internacional (COI), sob a acusação de bancar uma teia de distribuição de substâncias ilícitas para atletas (CHADE, 2017).

Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 230) definem o sistema penal, em sentido estrito, como um controle social punitivo institucionalizado, abrangendo o legislador, a polícia, os agentes penitenciários, os juízes, os promotores e o público. Enquanto que, em sentido amplo, existe o sistema penal paralelo (Direito Penal paralelo) que exerce poderes tal qual mente as instituições que não fazem parte do controle punitivo formal, a exemplo da Agência Mundial Antidoping (em inglês: *World Anti-Doping Agency,* WADA), da COI, das Federações Esportivas Internacionais (em

inglês: *International Sports Federations,* IFs), dos Comitês Olímpicos Nacionais (em inglês: *National Olympic Committees,* NOCs) e dos Comitês Organizadores dos Jogos Olímpicos (em inglês: *Organising Committees of the Olympic Games,*OCOGs).Já no Brasil, a Convenção Internacional contra o Doping nos Esportes, celebrada em Paris em 19 de outubro de 2005, tem por objetivo promover a prevenção e o combate ao *doping* nos esportes, com vistas a sua eliminação (BRASIL, 2008).

Na opinião de González (2014, p. 14), as regras *antidoping* decorrentes da WADA têm alcance internacional; dito de outro modo, a intervenção de um órgão internacional de direitos humanos poderia esclarecer em que medida as obrigações também se aplicam no domínio da atividade esportiva. Há três principais objetivos legítimos dessa luta contra o *doping*: proteger a saúde dos atletas, preservar a igualdade de oportunidades (concorrência) e manter a credibilidade da competição esportiva.

A queda de heróis olímpicos lança uma apreensão sobre os esportes, e as vítimas do *doping* desportivo não são apenas os rivais de quem foram subtraídas as medalhas olímpicas, mas todos os atletas "limpos" cujo desempenho é recebido com ceticismo (MCPHERSON, 2016, pp. 4-9). Para Silva (1999, pp. 3-10), o *doping* insere-se tanto no desporto em busca da capacidade física máxima quanto nas academias, visando a um corpo belo e forte em um curto espaço de tempo.

Já em relação ao uso de anabolizantes fora de esportes profissionais, o estudo mostrou que meio milhão de adolescentes nos Estados Unidos já os experimentou, provavelmente por causa da natureza altamente competitiva dos esportes no ensino médio e universitários (CASAVANT et al., 2007, p. 680). No Brasil, Iriart, Chaves e Orleans (2009, pp. 774-775) pontuam que o imediatismo na conquista do corpo desejado é o pináculo à prática da musculação e ao consumo de EAAs por todas as classes sociais.

Diante dessa problemática, indaga-se: devemos aceitar o *doping* nos esportes? Se os estudantes tomam drogas para melhorar o desempenho cognitivo, por que não consentir que os atletase desportistas façam o mesmo? A natureza não é igual em dispensar a capacidade física e intelectual, então, deixe a ciência e o mercado livre dominarem o campo de jogo.

2.2 FORMAS DE OBTENÇÃO DE EAAS

Chama a atenção o uso generalizado de EAAs no círculo de atletas e, também, por frequentadores de academias que querem ganho de força e hipertrofia muscular. De maneira geral, a utilização dessas drogas tem aumentado de maneira perigosa por esportistas amadores e recreativos, uma vez que as pessoas que as usam não estão suficientemente informadas sobre todas as possíveis consequências, e as que o são desprezam os riscos.

As pessoas interessadas na aquisição dessas drogas podem obtê-las de várias maneiras sub-reptícias. A primeira é pelo profissional do sistema de saúde, a exemplo da participação de médicos que, embora não haja indicação, emitem uma prescrição de um esteroide em particular.

Lado outro, se um usuário em potencial não obtém um receituário médico, tem a possibilidade de recorrer à aquisição do documento em branco, com o qual, posteriormente

preenchido falsamente, compra a medicação necessária. Naturalmente, o sucesso desse método depende da habilidade dos falsificadores, mas também, em boa parte, da negligência do farmacêutico/atendente de farmácia.

Os EAAs produzidos pelos laboratórios farmacêuticos são substâncias formuladas para serem administradas oral ou parenteticamente por via intradérmica, hipodérmica ou intramuscular. Sobre os riscos, Mcgrew (2015, p. 234) relata a própria existência dessas substâncias, mas afirma que são seguras quando administradas adequadamente pelo médico para o tratamento de homens que sofrem de baixa testosterona, algumas formas de anemia, alguns cânceres de mama, osteoporose, endometriose e angioedema hereditário.

A maioria dos EAAs adquiridos no mercado clandestino têm maior probabilidade de serem alvo de falsificações. Os usuários são atraídos pelo menor preço e maior facilidade, já que as falsificações de produtos farmacêuticos são uma ameaça invisível, não somente pela natureza, mas também porque a indústria, agora, não só admite que a falsificação é uma ameaça para seus negócios, mas, em alguns casos, trata publicamente de suas estratégias e tecnologias de combate (LYBECKER, 2007, pp. 512-513).

No mercado informal, Cecchetto, Moraes e Farias (2012, p. 371) relatam que os revendedores se comunicam pela *internet* ou na própria academia, ou por intermédio de amigos/conhecidos usuários dessas drogas para combinarem o tipo, a quantidade, o preço e a forma de entrega, e, por vezes, enviam-nas ao usuário pelo correio diretamente para o endereço residencial.

Comprar EAAs de qualquer vendedor pela *internet* é certamente a forma mais perigosa. A supervisão mais rigorosa da produção pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária(Anvisa)e a distribuição de tais produtos proporcionada pelo rastreamento dos medicamentos pela *Empresa* Brasileira de *Correios* e Telégrafos (Correios)[3] têm levado cada vez mais à compra de drogas falsificadas, em razão da crescente demanda mundial por esses tipos de fármacos.

Ademais, como os normativos da Anvisa sobre o tema são fragmentados, confusos e destoantes do arcabouço regulatório internacional, o estudo de Kyselovicova, Antala e Michalak (2008, p. 67) confirmou que a maioria das informações sobre os efeitos anabolizantes é obtida pelos próprios atletas/desportistas, e é comum o uso de EAAs e drogas de estimulação sem qualquer supervisão médica.

Acontece, portanto, que esse melhor controle conduziu ao desenvolvimento de um grande mercado negro, de comercialização e produção da substância, além dos adquiridos mediante receita médica. A estrutura de elaboração e logística de EAAs se assemelha ao narcotráfico, embora em menor medida; de qualquer forma, alguns grupos do crime organizado geram grandes lucros.

No mercado paralelo, as preparações importadas têm maior possibilidade de serem falsificadas, contendo apenas substâncias inertes ou não ativas. Muitas vezes são ilegalmente produzidas em condições insalubres por fábricas clandestinas, o que é um grande perigo à integridade física e à saúde dos consumidores desavisados.

3 *Os principais* mecanismos a favor da autenticidade dos medicamentos foram a etiqueta de segurança e a rastreabilidade por código bidimensional (BRASIL, 2009*)*.

3. A EXPERIÊNCIA JURÍDICA NORTE-AMERICANA SOBRE OS EAAS

Ao longo das duas últimas décadas do século XX começou a crescer o número de nações a criminalizar o uso, a posse ou a venda de EAAs. Sua criminalização começou somente quando se teve conhecimento do seu abuso por desportistas e entusiastas do mundo fitness, especialmente por menores de idade, já que antes o consumo era restrito a atletas. Diante dessas informações, os Estados Unidos foram um dos primeiros países a detectar a grande ameaça do aproveitamento dessas substâncias e decidiram criminalizar esse comportamento.

Em meados dos anos 1980, a mídia americana começou a noticiar o uso de EAAs no esporte e fora dele, particularmente entre os frequentadores de academias, o que levou a proposições legislativas diante de uma necessidade de prever a responsabilidade criminal para tal conduta.

Entre 1988 e 1990 foram realizadas sessões temáticas e audiências nas comissões do Congresso, a fim de decidir se o normativo relativo às substâncias controladas colocaria os EAAs na lista de substâncias proibidas, a exemplo da cocaína e heroína. A maioria dos especialistas convidados, incluindo médicos especialistas e representantes de alguns órgãos federais, recomendaram a sua não criminalização (LEITE, 2013, p. 144).

A Associação Médica Americana (*American Medical Association – AMA*) apontou que o abuso de EAAs não leva à dependência física ou psíquica, que é uma das principais condições para fazer uma substância vir a ser controlada. Entretanto, após parecer técnico do órgão de controles de medicamentos e alimentos, o *Food and Drug Administration* (*FDA*),este instruiu o Congresso americano à aprovação de regramento que criminalizou a distribuição e posse de certos precursores de esteroides, anteriormente a cargo dos Estados,que determinavam a existência de uma substância ameaçadora à saúde do público em geral (WILAIRAT, 2005, p. 403).

Ignorando um ponto de vista técnico, o Congresso Americano, em 1990, promulgou a lei relativa ao controle dos EAAs colocando-os na lista das substâncias controladas. Nesse aspecto, destaca Santos (2003, p. 5):

> Em 1º de março de 1991, nos Estados Unidos, a Lei de Controle Federal de Anabólicos (*Federal Anabolic Control Act*) tornava-se fato. Ela inclui os esteróides anabólicos sobre o Programa III da Lei de Controle de Substância (*Controlled Substance Act*) tornando-os uma substância ilegal sem prescrição.

No interregno das discussões, em 1989 e 1990, cerca de 22 estados americanos já haviam criminalizado os EAAs nas suas próprias legislações. Durante esse período (até 1991) houve um reforço do controle sobre o uso. De modo geral, essas leis prescreviam penas de diferentes graus, dependendo do tipo da droga.

Houve críticas relativas à sua suposta inconstitucionalidade, assim como a inadequação para alcançar o efeito desejado na luta contra o uso de EAAs. A lei federal promulgada em 1990 foi alterada em 2004 por outra ainda mais rigorosa, expandindo a lista de substâncias proibidas, a fim de colmatar as lacunas legislativas indicadas na lei penal anterior, o que permitiu, temporariamente, que muitos atletas pudessem usar preparações hormonais para fins recreativos.

4.O TRATAMENTO JURÍDICO-PENAL DOS EAAS NO BRASIL

O Estado detém certas normas que se destinam a combater essa ameaça pela política criminal garantista, cuja sociedade vislumbra na pena um mecanismo de prevenção positiva. Ressalte-se a atipicidade penal do *doping* esportivo no Brasil, visto que o Poder Executivo enxerga que "As regras antidoping não são concebidas para estarem sujeitas a, ou limitadas por, requisitos e padrões legais aplicáveis aos procedimentos criminais ou questões trabalhistas." (BRASIL, 2008).

Com efeito, o Projeto de Lei do Senado n. 124/2005 (BRASIL, 2005),de autoria do Senador Papal é o Paes (PMDB/AP), teve sua tramitação encerrada. O Projeto tencionava criminalizar quem vende ou dispensa medicamentos do grupo terapêutico dos esteroides ou peptídeos anabolizantes, para uso humano ou veterinário, em descumprimento ao disposto nessa lei, e no seu regulamento, com pena de reclusão de três a 15 anos e pagamento de multa (equivalente à do tráfico ilícito de substância entorpecente).Seu arquivamento, em parte,decorreu da inconstitucionalidade pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça por sanção desproporcional para o tipo penal que trata da venda de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais de procedência incerta(BRASIL, 2012).[4]

Fora dos esportes, os usuários que se dopam por vontade livre e conscientemente também não respondem em face do princípio da reserva legal ou da anterioridade, pois "a expressão usar, que significa 'fazer uso de, servir-se de ou empregar' não foi abrangida no tipo penal e, nesse sentido, não pode o juiz alargar as hipóteses estabelecidas pelo legislador." (SILVA, 1999, p. 79).Sob essa perspectiva,Ferro(2014, p. 48) pontua que a venda ilegal de EAAs no Brasil é uma atividade ilícita, mas não configura tráfico de entorpecentes, portanto os EAAs têm sua venda restrita às drogarias mediante a apresentação de prescrição médica.

Quanto às outras pessoas que produzem e/ou comercializam EAAs, elas podem ser responsabilizadas por determinadas infrações previstas no Código Penal (BRASIL, 1940) ou em legislação extravagante (BRASIL, 2006); nesse sentido, a construção jurisprudencial e a doutrinária proporcionam uma gama interpretativa diante dos postulados da ofensividade, da intervenção mínima, da fragmentariedade, da insignificância, da anterioridade da lei e da reserva legal.

Relevante salientar que os EAAs têm sua dispensação ou a venda restrita à "Receita de Controle Especial" em duas vias, uma a ser retida na drogaria e outra disponibilizada ao paciente, nos termos do artigo 1º, da **Lei n. 9.965/2000 (BRASIL, 2000a) e pormenorizada na** Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) n. 36, de 2011(AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011).

Considerando a solução legislativa, o primeiro crime possível para explicar o abuso de EAAs encontra-se nas plúrimas ações do artigo 273, parágrafo 1º B, do Código Penal (BRASIL, 1940, 2000), que prevê pena de 10 a 15 anos de reclusão àqueles que violam a norma proibitiva de

4 "Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: [...] § 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: [...] V - de procedência ignorada;" (BRASIL, 1940).

> **Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais [...]** Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. (BRASIL, 1940).

Essas várias condutas foram sancionadas por refletirem e realizarem um sentido de injusto penal próprio, objetivado pelo legislador, desde que os anabolizantes estejam/sejam: sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; de procedência ignorada; ou adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

A intenção dessa figura típica é o resguardo do bem jurídico saúde pública de apenar não somente a produção fraudulenta de medicamentos e produtos congêneres, mas também os desrespeitos aos controles de vigilância sanitária executados pela Anvisa (DELGADO, 2015). Nessa perspectiva, a sétima turma do Tribunal Federal da 4ª Região (BRASIL, 2010b) posicionou-se que a importação clandestina de fármacos em grande quantidade visando ao comércio incide o art. 273, § 1º-B, inc. I do Código Penal (BRASIL, 1940), cujo trecho do acordão transcreve-se:

> Na importação de pequenas quantidades de medicamentos, sem especial potencial lesivo à saúde pública, incide a norma geral de punição à importação de produto proibido, o contrabando, do art. 334 do CP. 2. Na espécie, tratando-se de grande quantidade de medicamentos, deve incidir a regra do artigo 273 do Código Penal, cuja alta pena cominada – de dez a quinze anos de reclusão e multa – decorre, justamente, da especial proteção à saúde pública como ente coletivo, atingida pelo risco *jure et de jure* da falsificação ou venda de remédios sem controle em grande quantidade – com alto gravame social.

O fato é que são integralmente turvos os aspectos penais relacionados aos EAAs, e, por essa razão, a jurisprudência pátria não é uníssona. Em alguns casos, entende-se pela absolvição da conduta insculpida no artigo 273, parágrafos 1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal pelos parâmetros sancionatórios do artigo 33 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, pois os EAAs constam da Lista "C5" (Lista de Substâncias Anabolizantes) preconizada pela Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998, da antiga Secretaria de Vigilância Nacional do Ministério da Saúde, atualizada na Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 36, de 2011 (AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA, 2011), e devem ser considerados "droga", nos termos do artigo 66 do mesmo regramento emface ao princípio da especialidade da norma penal.

Nesse ponto, a segunda turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região parece ter uma concepção diferenciada da questão por entender que a sanção cominada para o artigo 273, parágrafos 1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal5 é desproporcional, não adequada e desnecessária ao fim a que se presta a norma repressiva, sendo

5 "Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa." (BRASIL, 1940).

medida pelo tempo de reclusão fixado ao condenado em relação do artigo 33 da Lei n. 11.343, de 2006.6 Esse entendimento foi sopesado pela interpretação sistemática da importação de EAAs e demais produtos utilizados no tratamento de disfunção erétil sem registro na Anvisa aliada ao contexto histórico-legislativo no qual esta norma foi elaborada, assim redigida:

> A materialidade foi plenamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/04) e pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 14/15), o qual elencou as substâncias encontradas no compartimento do tanque do veículo usado pelo réu. O Laudo de Exame de Produto Farmacêutico (fls. 118/126) atestou que os produtos apreendidos não são registrados na ANVISA e parte deles é de origem ignorada, sendo sua importação proibida. [...] A alegação de destinação do material para uso próprio não é crível, dada a quantidade e a diversidade de produtos anabolizantes e medicamentos destinados ao tratamento de disfunção erétil. A configuração do tipo penal do art. 273, §1º-B, do CP, independe da demonstração de risco efetivo dos medicamentos ou que tenham sido estes adulterados, corrompidos ou falsificados. A criação desta figura típica pela Lei 9.677/98 veio justamente para reprimir penalmente a conduta de perigo abstrato de importar produto terapêutico ou medicinal em desconformidade com o controle da vigilância sanitária. [...] Face aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é nítido o rigor excessivo empregado pelo legislador na fixação da pena mínima aplicável aos delitos do art. 273, §1º e §1º-B, do CP. A interpretação sistemática da legislação penal conduz à adoção da pena mínima aplicável ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/06) como parâmetro na dosimetria da pena a ser cominada para o delito em tela. Manutenção da pena em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, para cumprimento inicial em regime fechado, e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. (BRASIL, 2010d).

Diante da sofisticação dos casos tem-se aceitado a tese da desclassificação do artigo 33 da Lei n. 11.343, de 2006, para a figura do contrabando quando se trata de internação irregular de pequena quantidade de anabolizante hormonal, conforme disposto no artigo 334 do *Codex* Repressivo. Nessa linha, a Sétima Turma do Tribunal Federal da 3ª Região (BRASIL, 2010c) proferiu nos autos da ACR n. 5005261-61.2014.404.7002, em 09 de setembro de 2015, relatada pela Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani, a seguinte ementa: "[...] Sendo bastante diminuta a quantidade de anabolizantes introduzidos no país, é possível a reclassificação da conduta para aquela constante do art. 334 do CP."

Em outra situação, a depender das declarações do agente, da quantidade (moderada) e da natureza (consumo próprio), pode-se aplicar a insignificância da conduta, afastando, assim, o preceito incriminador de contrabando (artigo 334, do Código Penal). Nessa corrente de pensamento, a sétima turma do Tribunal Federal da 4ª Região (BRASIL, 2010c) acordou nos seguintes termos:

> Na importação de pequena quantidade de medicamento de uso controlado incide a norma geral de punição à importação de produto proibido (contrabando), prevista

6 "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa." (BRASIL, 2006).

> no art. 334 do Código Penal, admitindo-se a aplicação do princípio da insignificância quando comprovado que o medicamento se destinava ao uso próprio do agente, em face da ausência de potencial lesivo à saúde pública.

Divergente julgado da terceira turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (BRASIL, 2014a) entende pela inaplicabilidade da bagatela da prática delituosa, pois se trata de crimes praticados contra a saúde pública, porque a ofensa ao referido bem jurídico não pode ser mensurada pelo valor da lesão ou pela reduzida porção de substância proibida comercializada. Nesse sentido, o tipo penal busca proteger a salubridade das circunstâncias de saúde da população.

Busato (2012, p. 149), ao abordar a matéria, procura firmar um desenho aproximado de identificação com o direito alemão que o tema é tratado não somente a partir do interesse na saúde, mas também se utiliza da "técnica dos crimes de perigo para alcançar a mera posse dos produtos potencialmente danosos." Sinaliza-se, então, o julgado da oitava turma do Tribunal Federal da 4ª Região (BRASIL, 2011) quanto à importação de medicamento sem fim mercantil:

A importação de pequena quantidade de medicamento para uso pessoal, por não caracterizar especial potencial lesivo à saúde pública, enquadra-se no delito previsto pelo art. 334, caput, primeira figura, do Código Penal, e não no do art. 273, §§1° e 1°-B, do Estatuto Repressor, que se destina à capitulação de importação de fármacos para venda e comercialização.

Há, ainda, a possibilidade da desclassificação do delito para o previsto no artigo 28 da Lei n. 11.343, de 2006(aquisição de drogas para uso próprio), e, assim, angariar a declaração da extinção da punibilidade do usuário, devendo os fatos ser devidamente apurados. Nesse campo de discussão, Busato (2012, p. 150) explicita hipótese de autolesão, pois o dano à saúde aflige a si próprio, estando impune "porque existe uma esfera de autonomia dos indivíduos claramente abrangente do próprio corpo, sobre a qual ao Estado não cabe interferir." A título exemplificativo segue o entendimento assaz liberal da sétima turma do Tribunal Federal da 4ª Região (BRASIL, 2014b) concernente a essa matéria:

> [...] Em sendo diminuta a quantidade de medicamentos introduzidos no país, é possível a reclassificação da conduta para aquela constante do art. 334 do CP. Resultando claro que o anabolizante TESTOGAR foi internalizado em solo pátrio para exclusiva utilização pessoal, não há como verificar lesão à saúde pública ou à coletividade, de modo, que no caso concreto, mostra-se cabível o reconhecimento da atipicidade da conduta pela aplicação do princípio da insignificância. [...] No caso em tela, em que foi apreendida pouca quantidade e não há dúvidas de que é destinada ao uso pessoal do acusado, a conduta de importá-la sem autorização da ANVISA não causa lesividade à saúde pública, devendo também ser considerada insignificante penalmente.

Portanto, no caso de possuir pequena monta de substância dopante, ressalvado o traficante/comerciante, o combate ao uso de EAAs sob o pálio da tutela da saúde individual ou coletiva fica superado pela autorresponsabilidade, dispensando, então, a preocupação do legislador penal. Por sua vez, parcela da sociedade civil tem se mobilizado com a criação de modelos interdisciplinares mitigadores das consequências do uso de EAAs, a exemplo do Programa Apolo (#Bomba Tô Fora) da Universidade

Federal de São Paulo (Unifesp),que busca conscientizar pela educação e reabilitar seus usuários (MACEDO et al., 2017, p. 82-84).

Skårberg, Nyberg e Engström (2010, p. 218) indicam uma associação entre o uso de EAAs e a criminalidade, especialmente crimes de violência, ao sustentarem que o uso de esteroides é um fator significativo para o comportamento criminal. O estudo baseou-se em entrevistas e dados de criminalidade envolvendo 32 usuários que buscaram tratamento da dependência em uma clínica psiquiátrica na Suécia com a verificação do aumento do nível de atividade criminal em 69% dos indivíduos após terem começado a usar tais drogas.

De fato, existe uma relação desses acontecimentos com a atuação da criminalidade organizada por meio de redes ilícitas de delinquentes que se beneficiam duplamente. Ocorre com o fornecimento dos EAAsutilizados no *doping* de atletas e desportistas,aliado ao dinheiro em grande espécie recolhido nos mercados de apostas que se envolvem em fraudes e atos de corrupção decorrentes da contrafação de resultados (PEREIRA, 2015, p. 125).

Roxin, Greco e Leite(2011, p. 43),ao analisarem as novas tendências, prelecionam que o Direito não deve castigar penalmente as pessoas que recorrem a drogas estimulantes, independentemente de serem prejudiciais à saúde, pois "[...] não resta nenhum fundamento político-criminal racional para proteger apenas a saúde do atleta, contra a sua vontade, de prejuízos causados por substâncias dopantes, enquanto todas as outras permanecem desprotegidas a esse respeito."

Cabe ressaltar, ainda, que o médico responde quando há prescrição ou ministração culposa de EAAs, sem a necessidade de tratamento ou de forma inadequada ou descuidada, bem como a prescrição intencional, isto é, quando o profissional tem ciência de que está agindo de uma forma que diverge claramente das regras da profissão, situação essa inusitada em razão dos princípios morais e éticos profissionais (BRASIL, 1940, 2013).[7],[8] Além disso, o tipo penal de fornecer medicamento em dissonância com o receituário médico à obtenção de EAAs é um crime próprio, visto que sua comercialização é controlada (BRASIL, 1940).[9]

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os EAAs afetam a aparência, a habilidade (força, potência, velocidade muscular) e o comportamento que se ligam ao respeito, poder e recompensas, às vezes, financeiras. Por outro lado, o conhecimento dos riscos/efeitos colaterais – como elemento dissuasivo do seu consumo – tem baixa influência diante da tolerância da sociedade.

7 O artigo 4º, incisos II e X, descreve que é ato privativo do médico a prescrição dos cuidados médicos pré e pós-operatórios e a determinação do prognóstico relativo ao diagnóstico nosológico que, antes dessa Lei, os odontólogos poderiam diagnosticar doenças e prescrever o tratamento correlato (BRASIL, 2013).

8 "Art. 38. Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa." (BRASIL, 1940).

9 "Art. 280 - Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica: Pena - detenção, de um a três anos, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é culposo: Pena - detenção, de dois meses a um ano." (BRASIL, 1940).

Ou seja, a prevalência do uso de EAAs para fins não terapêuticos indica, até certo ponto, que os normativos restritivos estão aquém da proteção da saúde individual/pública, todavia,dentro do sistema penal o próprio direito penal ocuparia um lugar limitado.

Assim, a constatação do uso de EAAs movido pelo imperativo estético, notadamente entre a população masculina jovem, leva à conclusão de que os esforços contra o abuso de esteroides afastam a intervenção da instância penal, transferindo a punição para o campo esportivo e exigindo investimentos em educação sobre as suas consequências.

Se, por um lado, tanto atletas profissionais quanto amadores devem buscar uma vida saudável e em equilíbrio, segundo a antiga citação latina da *mens sana in corpore sano*, por outro lado,os efeitos do uso em altas doses de esteroides são, em grande parte, desconhecidos em longo prazo.

No mais, conclui-se que as campanhas de informação sobre os riscos da administração de EAAs para jovens são necessárias, visto que essa faixa etária está sujeita às pressões de grupos em prol de uma imagem projetada para um corpo perfeito. Quanto aos elementos do delito de comercialização do produto que gerem riscos à saúde pública, o volume do produto transacionado e a possibilidade de reiteração criminosa são peculiaridades que, se inobservadas, podem descaracterizar o instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAHIN, Odilon Salim Costa; SOUSA, Evitom Corrêa de. Esteroides anabolizantes androgênicos e seus efeitos colaterais: uma revisão crítico-científica. **Revista da Educação Física**, UEM, v. 24, n. 4, pp. 669-679, 4. trim. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/refuem/v24n4/14.pdf> Acesso em: 06 abr. 2018.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 36, de 3 de agosto de 2011. Dispõe sobre a atualização do Anexo I, Listas de Substâncias Entorpecentes, Psicotrópicas, Precursoras e Outras sob Controle Especial, da Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 e dá outras providências. **Diário Oficial da União nº. 150 - Seção 1**, 05 ago. 2011. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/RDC_36_2011.pdf> Acesso em: 06 jan. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.**Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 07 dez. 1940. *Disponível em:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Decreto n. 6.653, de 18 de novembro de 2008. Promulga a Convenção Internacional contra o Doping nos Esportes, celebrada em Paris, em 19 de outubro de 2005. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 18 dez. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6653.htm> Acesso em: 07 jan. *2018.*

BRASIL. Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 23 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso *em: 13 jan. 2018.*

BRASIL. Lei n. 11.903, de 14 de janeiro de 2009. Dispõe sobre o rastreamento da produção e do consumo de medicamentos por meio de tecnologia de captura, armazenamento e transmissão eletrônica de dados. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 14 jan. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11903.htm> Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.842, de 10 de julho de 2013.Dispõe sobre o exercício da Medicina. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 10 jul. 2003. *Disponível em:* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato 2011-2014/2013/Lei/L12842.htm> Acesso em: 13 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.677, de 2 de julho de 2000.Altera dispositivos do Capítulo III do Título VIII do Código Penal, incluindo na classificação dos delitos considerados hediondos crimes contra a saúde pública, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 02 jul. 2000a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L9677.htm> Acesso em: 09 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.965, de 27 de abril de 2000. Restringe a venda de esteroides ou peptídeos anabolizantes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**,Brasília, DF, 27 abr. 2000b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9965.htm> Acesso em: 09 jan. 2018.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 124**, de 2005. Altera o art. 2º da Lei nº 9.965, de 27 de abril de 2000, que restringe a venda de esteróides ou peptídeos anabolizantes e dá outras providências, para tipificar a venda desses produtos como crime punível com penas equivalentes às do tráfico ilícito de substância entorpecente. Comissão de Assuntos Sociais, Senado Federal, 2005. Disponível em: <https://is.gd/pYPNTb> Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus nº 239363 – PR (2012/0076490-1). Relator para acórdão: Ministro Sebastião Reis Júnior. Órgão Julgador: Sexta Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 18 dez. 2012.

____. Conflito de competência nº 2013/0197794-2. Relator para acórdão: Ministro Newton Trisotto. Órgão Julgador: Terceira Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 01 set. 2015a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus (HC) nº 76.203/SP. Relator para acórdão: Ministro Nelson Jobim. Órgão Julgador: Segunda Turma. **Diário de Justiça**, 17 nov. 2000c.

____. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 2015/0080030-7. Relator para acórdão: Ministro Leopoldo de Arruda Raposo. Órgão Julgador: Quinta Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 05 dez. 2015b.

____. Habeas Corpus (HC) nº 2009/0208334-9. Relator para acórdão: Ministra Laurita Vaz. Órgão Julgador: Quinta Turma. **Diário de Justiça eletrônico**, 14 jun. 2010a.

BRASIL. Tribunal Federal da 4ª Região. **Apelação Criminal (ACR) nº 5013781-78.2012.404.7002/PR**. Relatora Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento em 21 out. 2014b.

____. **Recurso Criminal em Sentido Estrito (RSE) nº 0000665-32.2008.404.7002/PR**. Relator: Desembargador FederalPaulo Afonso Brum Vaz. Órgão Julgador: Oitava Turma. Julgamento em 28 set. 2011.

____. **Recurso Criminal em Sentido Estrito (RSE) nº 0000334-79.2010.404.7002/PR**. Relator: Desembargador Federal Néfi Cordeiro. Órgão Julgador: Sétima Turma. Julgamento em 29 out. 2010b.

____. **Recurso Criminal em Sentido Estrito (RSE)nº 0001302-25.2009.404.7106/PR**. Relator Desembargador Federal Márcio Antônio Rocha. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 18 nov. 2010c.

BRASIL. Tribunal Federal da 5ª Região. **Habeas Corpus (HC) nº 5625/RN**. 2014. Relator: Desembargador Federal Geraldo Apoliano. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 30 out. 2014a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Apelação Criminal (ACR) nº 0002736-35.2010.4.03.6106/SP**. Relator: Desembargador Federal Luis Paulo Cotrim Guimarães. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em 15 fev. 2010d.

BUSATO, Paulo César. Doping, Delimitação do Interesse Jurídico-Penal e Fórmula Omissiva. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 20, v. 95, pp. 148-161, mar./abr.2012.

CAMILO, Juliana Aparecida de Oliveira; FURTADO, Rafael Nogueira. Doping e a lógica da escolha. **AtheneaDigital**, v. 17, n. 1, pp. 23-41, mar. 2017. Disponível em: ‹http://dx.doi.org/10.5565/rev/athenea.1670›. Acesso em: 05 fev. 2018.

CASAVANT, Marcel J. et al.Consequences of Use of Anabolic Androgenic Steroids. **Pediatric Clinics**, v. 54, i. 4, pp. 677-690, Aug. 2007. Disponível em: ‹http://dx.doi.org/10.1016/j.pcl.2007.04.001›. Acesso em: 04 fev. 2018.

CECCHETTO, Fátima; MORAES, Danielle Ribeiro de; FARIAS, Patrícia Silveira de. Distintos enfoques sobre esteroides anabolizantes: riscos à saúde e hipermasculinidade. **Interface- Comunicação**, Saúde, Educação, v. 16, n. 41, pp. 369-82, abr./jun. 2012. Disponível em: ‹https://www.scielosp.org/pdf/icse/v16n41/aop0612.pdf›. Acesso em: 05 abr. 2018.

CHADE, Jamil. Por 'doping de estado', COI bane Rússia dos Jogos de Inverno de 2018. **O Estado de São Paulo**, Genebra, 05 dez. 2017. Disponível em: ‹https://is.gd/p6HRjX›. Acesso em: 26 abr. 2018.

DELGADO, Joedson de Souza. Regulação sanitária: atribuição da Agência Nacional de Vigilância Sanitária em prol da saúde pública.**Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 6, n. 12, pp. 107-119, 2015b. Disponível em: ‹https://is.gd/eMiAOP›. Acesso em: 09 fev. 2018.

ELLIOT Diane L.; GOLDBERG Linn, Intervention and prevention of steroid use in adolescents. **American Journal of Sports Medicine**: SAGE Journals, v. 24, i. 6, pp. S46-S47, 1996. Supplement. Disponível em: ‹https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8947428›. Acesso em: 04 mar. 2018.

FERRO, Najara Flauzino. **Legislação antidoping**: uma análise crítica do seu caráter punitivo. 2014. 61 p. Monografia (Graduação)–Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, 2014. Disponível em: ‹http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5521/1/20810861.pdf›. Acesso em: 13 mar. 2018.

GONZÁLEZ, Carmen Pérez. International Sports Law and the Fight Against Doping: An Analysis from an International Human Rights Law Perspective (September 4, 2014). **European Society of International Law**, 10th Anniversary Conference, Vienna, 4-6 Sept. 2014.Conference Paper nº 5/2014. Disponível em: ‹http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2546141›. Acesso em: 29 abr. 2018.

GREYDANUS, DonaldE.; PATEL, DilipR. Sports doping Sports doping in the adolescent athlete the hope, hype, and hyperbole.**Pediatric Clinics of North America**, v. 49, p. 829-855, Aug. 2002. Disponível em: ‹https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12296535›. Acesso em: 04 mar. 2018.

IP, Eric et al. Psychological and Physical Impact of Anabolic-Androgenic Steroid Dependence. **Pharmacotherapy**, v. 32, i. 10, pp. 910-919, 2012. *Disponível em:* ‹http://dx.doi.org/10.1002/j.1875-9114.2012.01123›. *Acesso em:* 30 mar. 2018.

IRIART, Jorge Alberto Bernstein; CHAVES, José Carlos; ORLEANS, Roberto Ghignone de. Culto ao corpo e uso de anabolizantes entre praticantes de musculação. **Cadernos de**

Saúde Pública,Rio de Janeiro,v.25, n.4, 2009. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2009000400008>. Acesso em: 04 abr. 2018.

LEITE, Alaor. O que não se pode definir, tampouco se deve criminalizar: novas reflexões sobre a criminalização do doping. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**,São Paulo: Revista dos Tribunais a. 21, v. 105, pp. 122-155, nov./dez.2013.

LYBECKER, Kristina M. Rx Roulette: combatting counterfeit pharmaceuticals in developing nations. **Managerial & Decision Economics**, v. 28, i. 4-5, pp. 509-520, jun. 2007. Disponível em: <https://is.gd/Jvysrt>. Acesso em: 03 mai. 2018.

KANAYAMA, Gen et al.Anabolic-Androgenic Steroid Dependence: An Emerging Disorder. **Addiction**, vol. 104, issue12, p. 1966-1978, Dec. 2009. Disponível em:<http://dx.doi.org/10.1111/j.1360-0443.2009.02734.x>. Acesso em: 04 abr. 2018.

KYSELOVICOVA, Olga; ANTALA, Branislav;MICHALAK, Karol. The use of Anabolic Steroids in men's recreational Fitness Training.**Fitness & Performance Journal**, v. 7, i. 2, pp. 65-68, 2008.Disponível em:<http://dx.doi.org/10.3900/fpj.7.2.65.e> Acesso em:04 mar. 2018.

MACEDO, Clayton Luiz Dornelleset al. Uso de esteroides anabolizantes e similares: um problema social e de saúde pública. **E-legis**, Brasília, DF, n.esp., Pesquisas e Políticas sobre Esporte, dez. 2017. Disponível em: <https://is.gd/CR1j01> Acesso em: 04 abr. 2018.

MACHADO, Anderson Geraldo; RIBEIRO, Paulo César Pinho. Anabolizantes e seus riscos. **Adolescência & Saúde**, v. 1, n. 4, out./dez. 2004. Disponível em: <https://is.gd/wc2JJj>. Acesso em: 04 abr. 2018.

MCGREW, Ryan J. Raising the bar: why the anabolic steroid control acts should be repealed and replaced. **Houston Journal of Health Law & Policy**, v. 15, i. 1, p'p. 233-252, 2015. Disponível em: <https://is.gd/sOQYiw> Acesso em:18 mar. 2018.

MCPHERSON,StephanieSammartino.**Dopinginsports**:winningatanycost?Minneapolis, EUA: Twenty-First Century Books, 2016.

MORAES, Thiago Perez Bernardes de. Anabolizantes nas buscas da web. Um estudo sobre o interesse sazonal por esteroides anabolizantes no Brasil. **Revista jurídica luso brasileira**, a. 1, n. 1, pp. 1979-2007, 2015. Disponível em: <https://is.gd/u0jGID>. Acesso em: 17 mar. 2018.

NEUMARK-SZTAINER, Dianneet al. Sociodemographic and Personal Characteristics of Adolescents Engaged in Weight Loss and Weight/Muscle Gain Behaviors: Who Is Doing What? **Preventive Medicine**, v. 28, i. 1, pp. 40-50, Jan. 1999. Disponível em: <https://doi.org/10.1006/pmed.1998.0373>. Acesso em: 04 mar. 2018.

PALERMO-NETO, João. Anabolizantes.In: SPINOSA, Helenice de Souza; GÓRNIAK, Silvana Lima; BERNARDI, Maria Martha. **Farmacologia aplicada à medicina veterinária**. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2018.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**.São Paulo: Atlas, 2015.

POPE JÚNIOR, HarrisonG.; KATZ, DavidL. Psychiatric and medical effects of anabolic-androgenic steroid use. A controlled study of 160 athletes. **Archives of General Psychiatry**,

v. 51, i.5, pp. 375-382, Autumn 1994. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1001/archpsyc.1994.03950050035004> Acesso em: 05 fev. 2018.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís; LEITE, Alaor. **Doping e direito penal**. São Paulo: Atlas, 2011.

SKÅRBERG, Kurt; NYBERG, Fred; ENGSTRÖM, Ingemar. Is There an Association between the Use of Anabolic-Androgenic Steroids and Criminality? **European Addiction Research**, v. 16, pp. 213-219, 2010. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1159/000320286>. Acesso em: 05 mar. 2018.

SANTOS, Azenildo Moura. **O mundo anabólico**: análise do uso de esteroides anabólicos nos esportes. Barueri, SP: Editora Manole, 2003.

SILVA, Alessandra Santana. **Doping**: aspectos penais. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 1999.

SILVA, Kaytiany Galdino; LIMA, Rodrigo Maciel. Prevalência da utilização de anabolizantes pelos estudantes de Educação Física na cidade de Campos dos Goytacazes. **Vértices**, v. 9, n. 1-3, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://is.gd/dKpmx0> Acesso em: 14 mar. 2018.

TAVARES, Otávio. Doping: argumentos em discussão. **Movimento**,Porto Alegre, v. 8, n. 1, pp. 41-55, jan./abr. 2002. Disponível em: <https://is.gd/7dt74h>. Acesso em: 20 abr. 2018.

WILAIRAT, Adrian. Faster, higher, stronger? Federal efforts to criminalize anabolic steroids and steroid precursors. **Journal of Health Care Law & Policy**, v. 8, i. 2, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jhclp/vol8/iss2/9> Acesso em: 04 mar. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. 7. ed., v. 1. São Paulo: RT, 2007.

RECEBIDO EM: 02/11/2017
APROVADO EM: 07/03/2018

IMPEACHMENT EN BRASIL POS-DILMA: ¿ULISES DESATADO POR HERMES? EL "CANTO DE LAS SIRENAS" HERMENÉUTICO-CONSTITUCIONAL

IMPEACHMENT IN BRAZIL AFTER DILMA: ULYSSES UNTIED BY HERMES? THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTIC "CHANT OF SIRENS"

IMPEACHMENT NO BRASIL PÓS-DILMA: ULISSES DESAMARRADO POR HERMES? O "CANTO DAS SEREIAS" HERMENÊUTICO-CONSTITUCIONAL

Bruno César Machado Torres Galindo[1]

Cuando todo se ideologiza, nada resta a un constitucionalista
(Streck: 2016, p. 227)

RESUMEN: El presente artículo discute las posibilidades hermenéuticas de la interpretación constitucional del mecanismo del *impeachment* en Brasil tras la conclusión del juicio de la ex Presidente Dilma Roussef. Para ello, establece comparaciones entre el *impeachment* y otras formas de destitución de gobernantes. Con el objetivo comparativo, aborda el caso del ex Presidente Fernando Lugo, de Paraguay, ante sus grandes semejanzas con el reciente caso brasileño. Este es abordado en seguida a partir de la lectura hermenéutica constitucional clásica y lo que denominamos "mutación constitucional a la paraguaya", para, al fin, reflexionar sobre las posibilidades y los límites de esta última, considerando relevantes cuestiones del Estado constitucional y democrático de derecho como la estabilidad institucional y la seguridad jurídica.

Palabras-Clave: *Impeachment*; Hermenéutica constitucional; Estado de derecho; Constitucionalismo.

ABSTRACT: This article discusses the hermeneutic possibilities of the constitutional interpretation of the impeachment mechanism in Brazil after the judgment of former President Dilma Roussef. To this end, it establishes comparisons between impeachment and other forms to dismiss the rulers. With the comparative objective, as it addresses the

1 Professor Associado da Universidade Federal de Pernambuco (Centro de Ciências Jurídicas/ Departamento de Direito Público Geral e Processual).\brunogalindoufpe@gmail.com.

case of former President Fernando Lugo, of Paraguay, in view of its similarities with the recent Brazilian case. This is approached with the classic constitutional hermeneutic reading and what we call "Paraguayan constitutional mutation" to finally reflect on the possibilities and limits of the latter, considering relevant issues of the constitutional and democratic rule of law such as institutional stability and legal certainty.

KeyWords: Impeachment; Constitutional Hermeneutic; Rule of Law; Constitutionalism.

RESUMO: O presente artigo discute as possibilidades hermenêuticas da interpretação constitucional do mecanismo do impeachment no Brasil após a conclusão do julgamento da ex-Presidente Dilma Roussef. Para tal, estabelece comparações entre o impeachment e outras formas de destituição de governantes. Com o objetivo comparativo, como aborda o caso do ex-Presidente Fernando Lugo, do Paraguai, diante de suas grandes semelhanças com o caso brasileiro recente. Este é abordado logo a seguir a partir da leitura hermenêutica constitucional clássica e o que denominamos de "mutação constitucional à paraguaia", para, ao fim, refletir sobre as possibilidades e os limites desta última, considerando relevantes questões do Estado constitucional e democrático de direito como a estabilidade institucional e a segurança jurídica.

Palavras-Chave: Impeachment; Hermenêutica Constitucional; Estado de Direito; Constitucionalismo.

INTRODUCCIÓN: DE LAS DIFICULTADES DE ESBOZAR UN "ESTADO DE LA ARTE"

31 de agosto de 2016. Después casi 9 meses de idas y vueltas, fue concluido en Senado Federal brasileño el proceso de *impeachment* de la Presidente Dilma Roussef, momento en que su apartamiento provisorio pasa a ser definitivo, tornándose Presidente, en ese mismo día, el Vice Michel Temer.

Entre inumeras situaciones curiosas y controvertidas durante el proceso, su conclusión ha producido más dos.

La primera: en el juzgamiento fue acogido solicitación para votación en separada cuanto a la pena aplicable, bifurcando la pena prevista en el art. 52, párrafo único, de la Constitución,[2] para considerar la destitución del cargo de Presidente en un escrutinio y la inhabilitación durante 8 años para el ejercicio de la función pública en otro. Aceptada la división, los senadores decidirán por la mayoría constitucionalmente exigida en favor de la aplicación de la primera pena y del rechazo de la última, haciendo una especie de dosimetría del contenido de la disposición constitucional, algo no expresamente previsto en su literalidad.

2 Constitución de la República Federativa de Brasil
Art. 52 (...).
Párrafo único: En los casos previstos en los incisos I y II, funcionará como Presidente el del Supremo Tribunal Federal, limitándose la condena, que sólo será acordada por dos tercios de los votos del Senado Federal, a la pérdida del cargo, con inhabilitación durante ocho años para el ejercicio de la función pública, sin perjuicio de las demás sanciones.

La segunda: en 1 de septiembre, solamente un día después de la conclusión del proceso, el Presidente de la Cámara de Diputados, Rodrigo Maia, en temporario ejercicio de la Presidencia de la República, sancionó la Ley 13332/2016, publicada en el día siguiente. La Ley amplia considerablemente las posibilidades del Presidente de la República editar decretos de suplementación presupuestaria sin previa autorización del Congreso Nacional. Un día antes, la Presidente Dilma Roussef fue destituida del cargo por tener sido considerada culpada por el delito de responsabilidad de: editar 3 decretos de suplementación presupuestaria sin previa autorización del Congreso Nacional![3]

Muchos dicen que estuvimos presenciando un auténtico golpe de Estado, aún que disfrazado. Otros, que estamos en plena normalidad democrática y que, a pesar de la crisis política, las instituciones están funcionando. Análisis políticas son llenas de pasión y, en verdad, no es simple hacer reflexiones sobre un fenómeno cuando esto está ocurriendo, cuando los acontecimientos están en curso. Las posibilidades de errores aumentan exponencialmente. En mi reciente estudio (publicado en abril de 2016) hice la siguiente ponderación al analizar el entonces "estado de la arte" del *impeachment*:

> Analizar un fenómeno político-jurídico de la dimensión de un *impeachment* de un(a) Presidente de la República cuando está en curso u ocurrió hace poco es algo científicamente temerario. Las variables son muchas y las tesis escritas, cualesquier que sean, pueden desmoronarse con gran facilidad, desmentidas por los acontecimientos, no obstante eso no necesariamente conduzca a una equivocidad argumentativa, pero al aspecto decisorio políticamente prevalente en esos momentos. Precedentes consagrados pueden ser modificados y doctrinas históricamente relevantes pueden ser vistas como anacrónicas o fuera de su tiempo, aun así con la distancia temporal entre fenómenos, como en los casos de los procesos de *impeachment* de los Presidentes Fernando Collor y Dilma Roussef. Además, el científico social, el investigador, el teórico, el jurista, están observando el fenómeno durante su ocurrencia y, de cierto modo, de él participando. Como ciudadanos, inevitablemente están envueltos con el caliente debate político, con las predilecciones ideológicas, con las simpatías y antipatías que tenemos todos, siendo difícil un suficiente distanciamiento para una análisis desapasionada y equilibrada (GALINDO, 2016, p. 77).

Establecer ese "estado de la arte" sigue seguramente un desafío hercúleo. El único diagnóstico posiblemente consensual es que estamos viviendo en Brasil un momento de profundas incertezas jurídicas y políticas. En el campo jurídico, aparentemente la gradual construcción dogmática y hermenéutica constitucional de más de dos décadas de vigencia de la Constitución de 1988 está amenazada por casuismos interpretativos y abruptas rupturas paradigmáticas. Y el proceso de *impeachment* de la Presidente Dilma es posiblemente el epicentro de esas cuestiones, sin embargo resbalaren en otras áreas de la interpretación constitucional, tales como las mutaciones constitucionales sobre la presunción de no culpabilidad y las inversiones procesuales y procedimentales en perjuicio del reo, cuyos mejores ejemplos son: 1) el encarcelamiento para cumplimiento anticipado de la pena desde la condenación en segundo grado de jurisdicción, en contrario del dispositivo literal de la Constitución en el art. 5º, LVII[4] (STF, HC 152752/PR, Rel. Min. Edson Fachin, j. 04/04/2018; HC

3 También por las denominadas "pedaladas fiscales" en el caso del Plano Safra (explicación adelante).

4 Art. 5º (...)
LVII - Nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria;

126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17/02/2016), y 2) la proposición legislativa, igualmente contraria a la literalidad del dispositivo de la Constitución en el art. 5º, LVI[5], sobre la utilización en proceso de las pruebas obtenidas por medios ilícitos si su obtención fue "de buena fe" (una de las "10 medidas contra la corrupción", propuestas por el Ministerio Público Federal[6]).

En este artículo, abordo posibilidades y límites institucionales del *impeachment* a la luce de una lectura hermenéutica constitucional de esos problemas, empezada en mi libro "*Impeachment* à luz do constitucionalismo contemporâneo" (Galindo: 2016). El texto tiene la pretensión de ser al mismo tiempo una continuidad y una ruptura con las ponderaciones del libro, especialmente por los desdoblamientos del *impeachment* de la Presidente Dilma.

Para tal, hago inicialmente un resumen del *status* teórico del impedimento presidencial, en una breve comparación con otras posibilidades constitucionales de destitución de gobernantes. En seguida, expongo las líneas maestras del *impeachment* del Presidente paraguayo Fernando Lugo en 2012 como un proceso que tiene algunas significativas semejanzas con el proceso brasileño más reciente. Después, analizo desde una lectura hermenéutica y teórica la delineación constitucional del *impeachment* en Brasil y su (des)continuidad en Caso Dilma, intentando, al final, apuntar algunas posibilidades de comprensión fenoménica.

En perspectiva, uso algunas contribuciones de la denominada Nueva Hermenéutica Constitucional[7], en especial los elementos de la interpretación descriptos por Friedrich Müller, y conceptos discutidos en otro trabajo de mi autoría, que envuelve la clasificación de las constituciones segundo la conformación del proceso político de Karl Loewenstein, así como, casi en una licencia poética, por las alegorías griegas del Dios Hermes y del héroe Ulises, de la célebre Odisea de Homero.

1. *IMPEACHMENT:* SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ANTE OTROS MECANISMOS DE DESTITUCIÓN DE GOBERNANTES

Lo que generalmente llamamos *impeachment* (impedimento, en traducción literal del inglés) hasta su origen angloamericana, es simplemente una forma constitucional de destitución de un detentor de poder político a través de un procedimiento jurídico específico con fundamentos formales y materiales en la propia constitución. En principio, no se trata de golpe de Estado o ruptura institucional, a pesar de, en términos de análisis política, ser posible su utilización, bien como de otros mecanismos constitucionalmente previstos para disfrazar rompimientos materiales y sustantivos con la constitución y el ordenamiento jurídico (cf. MARTINEZ: 2013; PÉREZ-LIÑAN: 2007, pp. 49ss.; HOLMES: 2016a).

5 Art. 5º (...)
LVI - Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos;

6 http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_7_versao-2015-06-25.pdf, acesso: 10/09/2016.

7 Cf. Bonavides: 1997, pp. 420ss.; Galindo: 2003, pp. 129ss.

Antes del proceso de *impeachment* de la Presidente Dilma Roussef, la tendencia teórica predominante lo caracterizaba como un mecanismo de naturaleza mista (político-administrativa y criminal). En la actualidad, la duda sobre su naturaleza jurídica, así como si es un instrumento predominante o exclusivamente político o judicial penal, crece inevitablemente, pues los datos de la realidad constitucional no pueden ser ignorados en su interpretación, como ya advertido hace tiempo la metódica estructurante de Friedrich Müller (MÜLLER: 2000, pp. 100ss.; GALINDO: 2003, pp. 152ss.). En Brasil, es así, entre otras cosas, por la denominación y formas estipuladas para el proceso, muy asociadas a las formas y terminologías judiciales[8] y, por otro lado, por la competencia jurisdiccional ser excepcionalmente dada a colegiados políticos en sentido estricto, ya que eses juzgamientos son realizados por casas parlamentares investidas de funciones jurisdiccionales, y no por tribunales o jueces regulares.

Precisamente eso es un de los principales problemas para su comprensión, pues tratase de algo que está en una nebulosa frontera entre el político *stricto sensu* y el judicial, y hay respetables autores que defienden ideas opuestas cuanto a la prevalencia de los aspectos asociados a un u otro lado de la frontera. Reportar a su construcción histórico-dogmática es esencial.

Aunque sea un instituto típicamente asociado al sistema presidencialista de gobierno, el *impeachment* surgió en parlamentarismo. Más específicamente, en el sistema de gobierno del Reino Unido, como un instrumento político-constitucional y criminal de destitución de los ministros del Rey por el Parlamento.

Reino Unido es una monarquía, pero es posible afirmar que el principio republicano (en el sentido de *res publica*, cosa común a todo el pueblo - cf. COMPARATO: 2006, pp. 83ss; CUNHA, 2002, pp. 268ss.) es vigente en su sistema constitucional y sus instituciones. A pesar del principio de la irresponsabilidad del monarca (*the king can do no wrong*), hacia la Edad Media, precisamente en 1386, el *impeachment* fue utilizado por la primera vez en el naciente Parlamento inglés como forma de responsabilizar los agentes públicos por sus ilícitos. Tenía, todavía, una configuración esencialmente criminal, estando su aspecto político en plano inferior (TRIBE: 2000, p. 172; BONAVIDES: 2003, p. 324; GARCÍA-PELAYO, 1999, pp. 259-260).

El *impeachment* británico reunía todos los tipos de crímenes y penas, hasta, en tesis, la posibilidad de aplicación de la pena de muerte (BROSSARD, 1992, pp. 22ss.). Por esa razón, tornase poco operacional, pues que se era posible llegar a esos extremos de punibilidad, era necesario también que las Casas parlamentarias evitasen arrobos tiránicos, tornándose fundamental la estricta observancia de los principios del *rule of law* (algo próximo a un principio de la supremacía del derecho o principio del Estado de derecho) que implica la consideración de diversos límites al poder discrecional del Estado, con la exclusión de la arbitrariedad en tratándose de cosa pública, igualdad entre los ciudadanos del Reino, debido proceso legal, derecho a un juzgamiento justo con contradictorio y amplia defensa, seguridad jurídica, igualdad ante la ley y otros (cf. GALINDO, 2009, p. 179; SANTORO, 2006, pp. 261-262; Jowell: 2004, *passim*; SALDANHA, 2000, p. 55).

8 En Brasil, el término "crímenes de responsabilidad" es utilizado para ilícitos que, en principio, son político-administrativos.

Ante las circunstancias, el sistema constitucional británico creó el voto de desconfianza (*motion of no confidence*) que viabiliza la destitución del ministro por la simple falta de confianza del Parlamento, sin la necesidad que él tenga cometido delito de cualquier naturaleza. Es responsabilidad política pura, que tornase común en el sistema parlamentarista de gobierno alrededor del mundo. Como es un sistema que presupone estrecha sintonía entre parlamento y gobierno, ya que este es compuesto a partir de la voluntad del primero que, en consecuencia, establece el compromiso de colaborar con el gabinete, la responsabilidad política en sentido estricto originase de la propia esencia del sistema. En general, se puede utilizar del voto de desconfianza en cualquier tiempo sin la necesidad de responsabilizar criminalmente el ministro. Es aprobado cuando la mayoría de los parlamentares se manifiestan en ese sentido ante la necesidad, para el adecuado funcionamiento del gobierno, que este y el parlamento queden en harmonía y colaboración recíproca (cf. BALBUENA PEREZ,2013, pp. 360ss).

La amplia eficacia política del voto de desconfianza deja obsoleto el *impeachment* británico aun en el siglo XIX, como destaca Albert Dicey, en clásico estudio sobre el derecho constitucional del Reino Unido, siendo en 1805 el último caso de impedimento por esa vía, entrando el *impeachment*, según el autor, hasta el rol de las "antigüedades constitucionales" (DICEY,1982, pp. 211-212; 295).[9]

En presidencialismo de los EUA, el *impeachment* ganó sus contornos constitucionales contemporáneos. Su inspiración es oriunda de las reflexiones políticas y teóricas iniciales pos-Independencia, especialmente de los célebres artículos que componen el "Federalista". En el texto 65, Alexander Hamilton ve distinciones esenciales entre el *impeachment* y el proceso criminal convencional, destacando que el primero es una solución adecuada para el combate a excesos en el ejercicio del poder cometidos por el presidente y por otros agentes públicos cuando abusan de la confianza del pueblo. Por eso, no serían los tribunales y jueces imparciales las instancias apropiadas a hacer la lucha contra el abuso del poder, pero el propio pueblo por medio de sus representantes electos (diputados y senadores) que deliberarían sobre la responsabilidad de los agentes, tornando el *impeachment* un instrumento esencialmente político (HAMILTON, MADISON & JAY, 2003, pp. 403-407).

De otro lado, esa percepción, incluso en los momentos iniciales de la experiencia constitucional norteamericana, está muy lejas de ser unánime. El propio texto constitucional de 1787 trae algunos elementos que pueden apuntar a una naturaleza mista del instituto. Primeramente, por establecer que presidente, vice-presidente y cualquier agente público federal (incluso los que componen el judiciario) pueden ser punidos por *impeachment* en casos de traición, soborno y otros graves crímenes y delitos (art. 2, Sección 4). Aun establece que, en caso de juzgamiento del presidente de la Republica, quien lo preside es el *Chief Justice* (presidente de la Suprema Corte)

9 Además, hasta el voto de desconfianza no es un instrumento frecuentemente utilizado en Reino Unido. En perspectiva histórica, el Parlamento ha sido muy cauteloso con su utilización, buscando respetar la periodicidad electoral para que el pueblo mismo decida por una posible sustitución del gabinete a través de las elecciones generales para el propio Parlamento. Una demostración de eso es que, aunque sea un instrumento de uso bien más fácil que el *impeachment*, la última vez que un primero-ministro fue destituido por la aprobación de un voto de desconfianza del Parlamento fue en 1979, en la ocasión, el Primero-Ministro James Callaghan (KELLY, 2013, p. 10).

(art. 1, Sección 3,6). Además, hay el deber de un previo examen jurídico de admisibilidad del proceso de *impeachment* por el denominado Comité Judiciario de la Cámara (*House Judiciary Committee*) (RÉGIS, 2004, p. 11).

La historia constitucional norteamericana demuestra, según Laurence Tribe, Profesor de la Universidad de Harvard, un rechazo del modelo parlamentarista del voto de desconfianza. La Convención de Filadelfia rechazó la inclusión en la Constitución del término *maladministration* como hipótesis de fundamentación del *impeachment*. Eso solo sería propicio en parlamentarismo a respecto del primero ministro, pero inadmisible en presidencialismo, pues el mal gobierno no es crimen ni delito grave según la Constitución, y en esa perspectiva, el poder legislativo no puede ser considerado superior al ejecutivo (TRIBE, 2000, pp. 172-173).

A pesar de las aparentemente amplias posibilidades de utilización del *impeachment* contra las autoridades federales del ejecutivo y del judiciario, desde la promulgación de la Constitución de 1787 hasta el inicio del siglo XXI, solo 17 agentes públicos tuvieran contra si procesos: 13 jueces, 1 senador, 1 ministro y 2 presidentes. En los casos de los presidentes, ningún fue condenado.

De los presidentes, el primero caso fue el de Andrew Johnson. Con el asesinato de Lincoln en 1865, Johnson ascendió la Presidencia con ideas diferentes de las de su antecesor. Tuve conflictos con los Republicanos Radicales y, consecuentemente, serias dificultades de relacionamiento político con el Congreso. Reemplazos de ministros supuestamente en violación a la Ley llevaron Johnson a ser procesado y escapar de la condenación por solamente un voto. Su proceso fue visto como esencialmente político, pero generó posteriormente un distanciamiento de ese perfil constitucional. Es importante recordar la advertencia hecha por el *Chief Justice* William Rehnquist, de que

> La importancia de la absolución del Presidente Johnson no puede ser sobrestimada. En relación al jefe del ejecutivo significa que, con respecto a sus políticas públicas, él sería responsable apenas ante todo el país en las elecciones periódicas cuadrienales para la Presidencia y no ante el Congreso por el proceso de *impeachment*(TRIBE, 2000, pp. 176-178; ACKERMAN, 2001, pp. 178ss.).

Más de un siglo se pasó hasta otro caso relevante, de Presidente Richard Nixon, sin embargo no tener llegado a la formalización de la acusación, pues él renunció al mandato ante esa posibilidad. En escándalo que quedó conocido como *Watergate*, en 1974, Nixon utilizó el poder presidencial para el cometimiento de una serie de delitos que serían, en la percepción de sus acusadores, los *high Crimes and Misdemeanors* constitucionalmente previstos. Ahí dejase al lado la idea de un proceso puramente político hasta el concepto de un proceso político-criminal, pues, aunque las Casas juzgadoras fuesen compuestas de políticos profesionales, los factos envolvían efectivo cometimiento de delitos tipificados en la ley penal y no meras riñas político-partidarias. El Comité Judiciario de la Cámara aprobó los quesitos de la acusación y recomendó al Plenario la apertura del proceso, pero Nixon renunció antes de la formalización, resultando con eso su archivamiento.

El más reciente de los casos norteamericanos de *impeachment* fue el de Presidente Bill Clinton. De entre varias acusaciones, en diciembre de 1998fueran aprobadas en el ámbito del Comité Judiciario de la Cámara las acusaciones por los

crímenes de perjurio y obstrucción de la justicia. Autorizada la apertura del proceso por la *House of Representatives*, Clinton fue absuelto por el Senado de ambos los crímenes (TRIBE, 2000, pp. 181-188).

Como destacado en mi estudio anterior, un aspecto que llama la atención en el proceso de Clinton es su fuerte tendencia criminal, lo que demuestra una gran inversión de aquella perspectiva inicial presente en el Caso Johnson de que sería el *impeachment* un proceso eminentemente político (GALINDO, 2016, p. 33). La experiencia norteamericana, por lo tanto, demuestra una evolución del *impeachment* a una configuración mista, quizás predominantemente criminal, abandonando en gran medida la idea de que sea un proceso político en sentido estricto, como ya defendieron célebres estudiosos del asunto, en especial el brasileño Paulo Brossard (1992, p. 22ss.).

A considerarse esa característica más acentuadamente jurídico-criminal de que política *stricto sensu*, los procesos de *impeachment* que se concretizaran en América Latina en los años 90 del siglo pasado – Fernando Collor en Brasil (procesado por el cometimiento de 6 crímenes comunes y 2 de responsabilidad) y Carlos Andrés Pérez en Venezuela (condenado por 2 crímenes comunes) – fueran nítidamente criminales en términos jurídicos, sin embargo, la coyuntura política favorable a su concretización tenga sido fundamental y, para muchos observadores, determinante para la conclusión por la destitución (GALINDO, 2016, pp. 34ss.; pp. 65ss.; SERRAFERO, 1996, pp. 148-151; PEREZ-LIÑAN, 2007, p. 48).

Como el *impeachment* es, históricamente, un proceso complejo, dada su doble naturaleza (criminal, con la exigencia del cometimiento de graves crímenes por el presidente, y, simultáneamente, política, a considerarse a coyuntura favorable a la destitución), algunas recientes constituciones de América Latina construyeran alternativas de destitución de gobernantes por responsabilidad política sin necesidad de cometimiento de delitos. Para eso, todavía, se aproximan a la perspectiva de convocación de la manifestación democrática directa del pueblo, sedimentando la idea de que, si fue el pueblo que lo eligió, en términos políticos, apenas el propio pueblo puede destituirlo, en elecciones regulares o revocaciones anticipadas del mandato.

El voto de desconfianza parlamentarista no es visto como compatible con el presidencialismo. Por otro lado, a considerarse que también en el presidencialismo debe ser prevista la posibilidad de responsabilidad política del presidente y de otros agentes públicos, los países presidencialistas del llamado "nuevo constitucionalismo latinoamericano", con inspiración en mecanismos como el *recall* existente en Estados y municipios de los EUA y el *Abberufungsrecht*, en Suiza, implementaron el referendo revocatorio del mandato, siendo posible en eses países la revocación anticipada de los mandatos presidenciales sin que el presidente necesariamente se encuentre en situación de envolvimiento en crímenes u otros ilícitos, como exigido en *impeachment* (Bonavides: 2003, pp. 291-294). En una acepción amplia, hacen parte de ese "nuevo constitucionalismo" las constituciones actuales de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia (BRANDÃO, 2015, pp. 15ss.; UPRIMNY, 2011, p. 109). Todas ellas prevén el *impeachment*, pero más allá, el referendo revocatorio del mandato electivo, por veces llamado de *recall* presidencial.

En líneas generales, es un mecanismo constitucional que permite la convocación de un referendo hasta la solicitación de un porcentaje mínimo de los electores y que, observados los referenciales normativos establecidos por la constitución y las leyes,

puede revocar anticipadamente un mandato electivo, incluso el presidencial, caso la mayoría de los electores así decidan. Refuerzan, en tesis, los principios de la democracia y soberanía popular, pues tratase de manifestación del mismo poder que dio al gobernante su mandato.

No hay, en esos casos, la necesidad de acusar el presidente de cualquier crimen. La decisión es exclusivamente política y el mandato puede ser revocado en razón de mala gobernanza o de intensa impopularidad. Su fundamento es básicamente la elevada desconfianza política del pueblo con el gobernante.

Con modalidades y criterios diversos, son previstos en las Constituciones de Colombia/1991, art. 103; de Venezuela/1999, art. 72; de Ecuador, arts. 105, 106 y 130;y de Bolivia, art. 240.

Aparentemente, esas constituciones intentan establecer un equilibrio entre la posibilidad de responsabilidad política del presidente y, al mismo tiempo, un significativo grado de seguridad y estabilidad del mandatario en el cargo para que pueda bien desempeñar sus funciones. Por eso, la sumisión de su mandato a la posibilidad de abreviación, pero obligatoriamente por el mismo escrutinio popular, restando al parlamento solo la vía del *impeachment* político-criminal.

En Brasil, no hay ese tipo de mecanismo de revocación anticipada de mandatos. Las únicas formas de destitución de un jefe de ejecutivo electo son, en tesis, la condenación formal en un proceso de *impeachment* o el final de mandato con la elección de otro gobernante. No hay, como visto, la posibilidad de condenación estrictamente política sin la existencia de un delito tipificado que fundamente la justa causa en un proceso de ese tipo.

Todavía, los recientes procesos del Presidente Lugo, en Paraguay, y de la Presidente Dilma, en Brasil, quizás apunten a un viraje paradigmática en eso. Es la discusión que sigue.

2 EL PRECEDENTE PARAGUAYO Y LA POSIBILIDAD DE IMPEACHMENT POR "MAL DESEMPEÑO" DE FUNCIONES

Las constituciones presidencialistas latinoamericanas generalmente contemplan el *impeachment* en su arquetipo político-criminal clásico. Es necesario el cometimiento de crímenes y/o graves y directas violaciones de la Constitución, como lo hacen las Constituciones de Chile, Colombia, Perú y Uruguay, así como la brasileña, pero establecen la competencia para juzgamiento a las casas parlamentares nacionales, en general con cámaras distintas a juzgar la admisibilidad y el mérito del proceso.

La Constitución de Argentina es una de las pocas que admite el mal desempeño de las funciones presidenciales como posible justa causa a un *impeachment*. No obstante, ese dispositivo nunca fue aplicado (art. 53).

Sin embargo, la Constitución de Paraguay, promulgada en 1992, parece permitir una apertura más significativa a juzgamientos políticos *stricto sensu*. A la semejanza con la Carta argentina, admite, al lado de los crímenes, la posibilidad de *impeachment* por mal desempeño de funciones (art. 225) y menciona la temática expresamente como "juicio político". Abajo el texto:

SECCIÓN VI

DEL JUICIO POLITICO

Artículo 225 - DEL PROCEDIMIENTO

El Presidente de la República, el Vicepresidente, los ministros del Poder Ejecutivo, los ministros de la Corte Suprema de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Subcontralor y los integrantes del Tribunal Superior de Justicia Electoral, sólo podrán ser sometidos a juicio político por mal desempeño de sus funciones, por delitos cometidos en el ejercicio de sus cargos o por delitos comunes.

La acusación será formulada por la Cámara de Diputados, por mayoría de dos tercios. Corresponderá a la Cámara de Senadores, por mayoría absoluta de dos tercios, juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados y, en caso, declararlos culpables, al sólo efecto de separarlos de sus cargos, En los casos de supuesta comisión de delitos, se pasarán los antecedentes a la justicia ordinaria.

Se ve que es un amplio espectro de posibilidades, algo poco común en relación al *impeachment* en constituciones presidencialistas. A pesar de la referencia al quorum de 2/3 de votos en las dos Casas parlamentares, como es en el modelo clásico en que los diputados hacen en juicio de admisibilidad y los senadores hacen el juzgamiento del mérito, la Constitución no establece un rito específico, ni plazos para que se procesen los procedimientos, sin embargo los arts. 16 y 17, 7 y 8, de la Carta paraguaya estipularen que las garantías de la amplia defensa y contradictorio sean aplicables a cualquier juicio, incluso el político.

Sin embargo, cuando se utilizó la norma pela primera vez en 2012, fue objeto de gran controversia que, en términos analíticos, permanece hasta hoy.

Se trató del Caso de Presidente Fernando Lugo. Electo en 2008, Lugo terminó con una hegemonía de 61 años de poder de la Alianza Nacional Republicana (ANR), el llamado Partido Colorado. Lugo tuve apoyo de una amplia coalición a su candidatura, compuesta de varios lideratos políticos paraguayos de distintas tendencias ideológicas. No obstante ser considerado como un político de izquierda moderada y del tono conciliador de sus discursos, Presidente Lugo no mantuve los apoyos y quedo se políticamente aislado. Ese facto es atribuido a la desconfianza de los diversos sectores del espectro político paraguayo en relación a sus posturas políticas consideradas ambiguas, pues Lugo no obtuve éxito en negociar con sus aliados un programa de gobierno de consenso mínimo, el que llevó a una parálisis política de su gobierno. Su sustentación dependía fuertemente del Partido Liberal Radical Auténtico, que, sin embargo, siempre lo amenazaba con la deposición por *impeachment* durante los casi 4 años de su Gobierno, siendo cualquier crisis, desde los casos de investigación de paternidad hasta las dificultades de relacionamiento con las Fuerzas Armadas, pretextos para esas amenazas.[10]

El motivo desencadenador de la deflagración del proceso de *impeachment* fue la llamada "Matanza de Curuguaty", donde murieran en un conflicto agrario referente a una reintegración de pose, 11 trabajadores rurales sin tierra y 7 policías. Eso ocurrió en 15 de junio de 2012 y aparentemente expos una profunda incapacidad de Lugo en enfrentar

10 http://www.ihu.unisinos.br/cepat/cepat-conjuntura/511172-conjuntura-da-semana-queda-de-lugo-um-golpe-no-contexto-do-sistema-mundo-e-do-imperio, acceso: 16/12/2015.

la cuestión de los conflictos rurales que, no obstante la espectacularidad dada por los medios de comunicación a la "Matanza", eso estaba lejos de ser algo raro en Paraguay.

Desde eses ingredientes políticos es que se puso en perspectiva el *impeachment* o juicio político.

Esas observaciones son importantes porque el proceso de *impeachment* de Lugo fue lo que podemos llamar de "proceso relámpago" o "juicio político *express*", en la definición del constitucionalista y antiguo Juez de la Suprema Corte de Paraguay, Luiz Lezcano Claude. El episodio de la "Matanza de Curuguaty" fue uno de los fundamentos para la acusación de mal desempeño de sus funciones, menos de una semana después del facto, sin cualquier profundización de investigaciones para apuración de las responsabilidades de los agentes públicos directamente envueltos o de los particulares, o mismo para dimensionar la concreta culpa del Presidente por los actos de sus subordinados, aunque se pueda considerar una teoría como la del "dominio de facto". Uno de los fundamentos llega a ser extremamente extravagante: la acusación de tener firmado el Protocolo de Ushuaia 2 del Mercosur, que actualizó la "cláusula democrática" del Bloco (COSTA, 2012; BALBUENA PÉREZ, 2013, pp. 380ss.). También estaban en la acusación el acto político-partidario realizado en el Comando de Ingeniaría, el Caso Ñacunday (invasión de tierras en el Departamento – Estado – del Alto Paraná) y la "creciente inseguridad" del país. El ya citado Luiz Lezcano Claude así se manifestó al respecto:

> La superficialidad y extraordinaria brevedad de esta presentación, así como la inconsistencia de las causales alegadas, ponían de manifiesto que se trataba del mero cumplimiento de un trámite cuyo final estaba asegurado.
>
> En relación con todos los hechos mencionados, a lo sumo se podía alegar una responsabilidad general e indirecta del Presidente Lugo, aunque ninguno de ellos era de entidad suficiente como para justificar una sanción de tanta gravedad como la separación del cargo.
>
> Entre las causales se destaca la referente a la subscripción del Protocolo de Montevideo, Ushuaia II. Se trata éste de un acto jurídicamente inexistente. Al respecto, lo actuado por el Poder Ejecutivo está encuadrado dentro de sus atribuciones. Además, el protocolo aún no fue sometido a la consideración del Congreso, oportunidad contemplada constitucionalmente para que este órgano ejerciendo su facultad de control sobre este tipo de actos, lo perfeccione al aprobarlo, o impida definitivamente su existencia, al no aprobarlo (LEZCANO CLAUDE, 2012).

La Cámara de los Diputados promovió Sesión Plenaria de deliberación para la admisión de la acusación contra el Presidente en el día 21 de junio de 2012, aprobándola solamente 2 días después de su formalización protocolar. Al mediodía, delante de la ausencia de norma constitucional o regimental a respecto, el Senado estableció los plazos y el rito sumario de *impeachment*, determinando la presentación de la defensa del Presidente hasta el día siguiente, 22 de junio. Con una defensa técnica hecha a prisa y protocolada a las 13:20 del día 22, esa básicamente contestaba el propio proceso y su rito. El Senado condenó Lugo a la destitución del cargo a las 18:27, poco más de 5 horas después de la formalización de la defensa y tomó pose inmediatamente el entonces Vice-Presidente Federico Franco.[11]

11 http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/senado-condena-lugo-em-processo-politico-no-paraguai.html, acceso: 16/12/2015.

El Caso Lugo es paradigmático al revés. En menos de 30 horas, un Presidente democráticamente electo fue condenado con base en acusaciones frágiles, sin cualquier garantía real de contradictorio y amplia defensa, demostrando que los cuidados del Constituyente paraguayo con el alto quórum de votación en las dos Casas para el ejercicio del juicio político no fueran suficientes para evitar un auténtico simulacro democrático y procedimental que, por cierto, desentona demasiado de las otras experiencias anteriores a él.

Considerada su excepcionalidad negativa, el *impeachment* paraguayo sirve, en verdad, como un contraejemplo para países que desean fortalecer el instituto en una perspectiva democrática (cf. ASSIS & HOLMES, 2015, p. 2). El proceso del Caso Lugo en Paraguay apunta a una destitución asemejada de facto a un golpe velado, ya que el respeto a formalidades que no aseguran el mínimo de los objetivos materiales de una constitución democrática no puede ser visto como legítimo; al contrario, demostró una significativa fragilidad del Estado democrático de derecho en nuestro vecino (cf. HOLMES, 2016b).

Hasta el *impeachment* de la Presidente Dilma Roussef, era un efectivo "punto fuera de la curva" en la historia contemporánea del mecanismo. Llegué mismo a afirmarlo textualmente en mi reciente libro (GALINDO, 2016, p. 38). Todavía, el desdoblamiento final del último proceso brasileño quizás demuestre un cambio de paradigmas.

3. IMPEACHMENT EN BRASIL: CONFIGURACIÓN INSTITUCIONAL Y LA NECESARIA LECTURA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Desde fin de la década de 90 del siglo pasado, es corriente la referencia a crisis del derecho y hasta a una "hermenéutica jurídica en crisis", como en el título del ya clásico libro del hermeneuta brasileño Lenio Streck (2000). Sin embargo, si por un lado, algunas perspectivas positivistas más tradicionales fueran superadas, por otro, ni siempre eso se ha traducido en desdoblamientos dogmáticos coherentes con los paradigmas constitucionales del Estado democrático de derecho. Desde la importación a crítica de ciertos entendimientos, notablemente de la miscelánea interpretativa alrededor de los principios constitucionales, denunciada en Brasil por autores de gran importancia como Humberto Ávila y Marcelo Neves, hasta recientes casuismos hermenéuticos que tal vez apunten a un especie de realismo jurídico "radical", ese protagonismo judicial con tesis bastante heterodoxas y variables trae graves riesgos de inseguridad jurídica y de autoritarismo, vaciando la dogmática constitucional construida en la perspectiva del constitucionalismo pos-1988 (ÁVILA, 2006; NEVES, 2014).

Se la idea es llevar el derecho constitucional a serio, no se puede decir cualquier cosa sobre cualquier cosa y considerar valido solamente por corresponder a intereses momentáneos o inconfesables objetivos político-ideológicos que no los de la propia Constitución. Por tentador que sea, argumentos políticos o morales *stricto sensu* no pueden prevalecer sobre la dogmática hermenéutica del Estado democrático de derecho y sus líneas maestras dadas por la Constitución de 1988. Es de derecho que se habla.

Es imposible en ese contexto no recordar de la Odisea de Homero. Más específicamente, de la travesía de Ulises y sus guerreros argonautas entre las sirenas de las islas al sur del golfo de Nápoles, descrita en el Libro XII. Las sirenas eran especies de hadas cuyo canto era mágico y atraía los marineros de modo irresistible, haciéndolos hundir. Para resistir a la seducción de sus cantos, el héroe griego ordena a sus guerreros que lo aten al mástil de la nave y no lo suelten las cuerdas en ninguna hipótesis antes de pasar por la región, aunque él los ordene eso. También los ordena que pongan cera en los oídos, pues así solo él, atado, podría oír el canto de las sirenas sin ceder a la tentación letal. Así, Ulises y los argonautas pasaran incólumes por el embriagante canto y continuaran su retorno a Itaca.

Hacer una lectura hermenéutica constitucional del *impeachment* exige una reflexión sobre como los elementos clásicos y contemporáneos de la interpretación jurídica están presentes en las posibilidades de la concretización constitucional. Para eso, necesitamos de dogmática hermenéutica y de solida fundamentación en términos de teoría de la interpretación jurídica (Ferraz Jr.: 2003, pp. 255ss.). Si nos es así, importantes conquistas civilizatorias del constitucionalismo, como la fuerza normativa de la constitución, la seguridad jurídica, la máxima efectividad de los derechos fundamentales y la supremacía de principios como el democrático y el republicano iban a sucumbir al "canto de las sirenas" hermenéutico de la volatilidad argumentativa de la política o de la moral, al poder momentáneo, al argumento de la autoridad, y, en el límite, a nuevas y veladas formas de autocracia. Se no se quiera volver a la constitución "hoja de papel" y la prevalencia pura y simple de los "factores reales del poder", como denunciado por Ferdinand Lassalle en el siglo XIX, o el retroceso de una trasformación de la Constitución de 1988 en una constitución semántica en el sentido loewensteiniano (LASSALLE, 1998, p. 51; LOEWENSTEIN, 1964, pp. 218-219; GALINDO, 2015, pp. 98-99).

Desde la superación del absolutismo por el constitucionalismo liberal en final del siglo XVIII, el derecho gradualmente deja de ser la voluntad omnipotente del monarca para colocarse como sistema jurídico construido desde la *volonté générale*. Eso exige una interpretación jurídica menos asociada a los argumentos de autoridad y más asociada a elementos hermenéuticos que tornen la interpretación jurídica y constitucional más objetiva, impersonal y ecuánime, tiendo en el horizonte normativo, por supuesto, la propia constitución como norma de jerarquía superior.

De tal modo se queda compleja la hermenéutica constitucional, que autores como Friedrich Müller, Catedrático de la Universidad de Heidelberg/Alemania, llegan a elaborar metodologías hermenéutico-concretizadoras extremamente sofisticadas y, a veces, de difícil generalización aplicativa. Sin embargo, Müller llama la atención en su "metódica estructurante" para la existencia en el proceso de interpretación-concretización constitucional de elementos esenciales al adecuado desarrollo de una dogmática de la interpretación constitucional que, independientemente de aplicación o no su metodología en el ámbito de la decisión jurídica, son fundamentales en la apropiada comprensión de un mecanismo constitucional de destitución de gobernantes como el *impeachment*. Son ellos: los elementos metodológicos clásicos de hermenéutica jurídica (gramatical, lógico, sistemático, histórico, genético y teleológico), los elementos del ámbito de la norma y del caso concreto, los elementos dogmáticos,

los elementos técnicos de solución de los casos, los elementos teórico-constitucionales y los elementos político-jurídicos y político-constitucionales (MÜLLER, 2000, pp. 70ss.; GALINDO, 2003, pp. 153ss.).[12]

Más allá de la metodología aplicable, es necesario pensar el horizonte hermenéutico de la Constitución de 1988. No tengo grandes dudas que, a considerarse la clasificación de las constituciones cuanto a la conformación del proceso político defendida por Karl Loewenstein en los años 60 del siglo pasado, la Carta brasileña sería nominalista con pretensiones de tornarse una constitución normativa o, en las palabras de Konrad Hesse, dotada de una "fuerza normativa" (HESSE, 1991).

Articulando estrechamente derecho constitucional y política concreta, Loewenstein clasifica las constituciones en normativas, nominalistas y semánticas, a depender de su generalización y dirigismo en los procesos de poder. Las primeras son aquellas en que los agentes políticos y su actuación son generalizadamente pautados por las normas constitucionales. Las nominalistas, por su vez, son aquellas dotadas de insuficiente concretización constitucional, pero hay razonables esperanzas en la sociedad que esa realidad puede ser transformada y la constitución se solidifique y se torne gradualmente normativa. Las semánticas, a su turno, son constituciones vaciadas de fuerza normativa, siendo meros reflejos de las relaciones de poder, ya que estas no serían significativamente diferentes se no tuvieren la constitución semántica (LOEWENSTEIN, 1964, pp. 217-219; NEVES, 2007, pp. 105-110; GALINDO, 2015, pp. 96-99).

En esa clasificación, veo la actual Constitución brasileña como nominalista. Históricamente, desde su promulgación, su camino legislativo y jurisprudencial tiene sido en el sentido de tornarla, no sin atropellos, una constitución normativa. No se sabe, todavía, e es precisamente esta la angustia del tiempo presente, se no estamos en Brasil en un movimiento de marcha atrás o en una virada a una gradual situación de constitución semántica.

Hacer una lectura hermenéutica constitucional del *impeachment* significa evidentemente llevar a serio esas cuestiones en cualquier análisis a respecto.

En su tradición, ya considerando los aspectos histórico, genético y teleológico alrededor del principio republicano, las Constituciones brasileñas hasta la proclamación de la República siempre tuvieran previsiones formales de responsabilidad presidencial, sin embargo procurasen igualmente conceder al jefe del Estado significativa protección relacionada a los parámetros y límites del proceso. En una perspectiva de derecho constitucional comparado, sea con el influente constitucionalismo norteamericano, sea con otros constitucionalismos, la teoría y la experiencia demostraran que una de las características básicas del *impeachment* es su no banalización (CAVALCANTI, 2015, p. 5; ASSIS & HOLMES, 2015, p. 5; DANTAS, 2000, pp. 73ss.; GALINDO, 2016, p. 52).

Actualmente, la Carta de 1988 regula el *impeachment* en los arts. 51, I, 52, I y párrafo único, 85, 86 y 102, I, b. Su regulación infra-constitucional es hecha por

12 La teoría hermenéutica de Friedrich Müller es demasiado compleja para ser explorada en un espacio textual curto. Como no intento aplicarla aquí, dejo de abordarla con profundidad, remitiendo el lector a las obras citadas, en caso de desearen profundizar la análisis sobre ese importante jurista alemán.

la Ley 1079/1950, que tuve solamente una modificación desde 1950 por la Ley 10028/2000, que incluyó algunos dispositivos a la Ley originaria, intentando básicamente fortalecer la Ley de Responsabilidad Fiscal, caracterizando como crímenes de responsabilidad algunas de sus violaciones.

Eses dispositivos son el punto de partida para la interpretación del instituto hasta su literalidad. Mirando el texto y envuelto el elemento lógico (incluyendo el "ámbito de la norma", de que habla Müller) y sistemático, considerando también principios hermenéutico-constitucionales como unidad de la constitución, concordancia práctica y efecto integrador (defendidos principalmente por Konrad Hesse 1998, pp. 65-68; cf. tb. Galindo: 2003, pp. 146-147), la distinción entre crímenes de responsabilidad y crímenes comunes para comprender el *impeachment* es fundamental. A pesar de utilizar la palabra "crímenes" para ambos los casos, apenas los últimos son delitos penales típicos con previsión en el Código Penal y en las leyes penales comunes, en cuanto los primeros son, según algunos autores, impropiamente llamados crímenes, pues son, en verdad, infracciones político-administrativas con penalidades esencialmente políticas (Brossard: 1992, pp. 71ss.).

Es verdad que la propia previsión de crímenes con la tipicidad abierta del art. 85 de la Constitución demuestra que se trata de una naturaleza de delitos diversa da de los delitos penales clásicos. El Constituyente dejó la definición de eses crímenes para la ley ordinaria/común, atribuyendo al Congreso Nacional la tarea de esclarecer de la mejor manera cuales son eses crímenes.

Sin embargo, tipificación abierta no puede significar completa libertad del legislador o del juzgador a respecto de la subsunción del facto a la norma (elemento lógico, una vez más). Desde su literalidad, es posible afirmar que el texto constitucional exige de modo bastante evidenciado que los posibles actos criminales violen al mismo tiempo la Constitución (actos que "atenten contra la Constitución Federal") y la Ley, no siendo posible tipificar como crimen de responsabilidad una violación exclusiva del dispositivo legal, por ejemplo (Britto: 2015). Las violaciones tenían que ser concomitantes, incluso por la situación de excepcional gravedad que es, en un Estado democrático, destituir un presidente electo por el pueblo en sufragio directo. No es suficiente, p. ej., violar la Ley de Improbidad Administrativa (Ley 8429/1992) o la Ley presupuestaria para que el presidente tenga contra si un proceso de *impeachment,* pero esa violación tenía que configurar también un grave atentado a la Ley Mayor. Según Carlos Ayres Britto, Ministro jubilado e expresidente del STF,

> Son actos que afrontan la idea misma de Constitución. De la Constitución para más allá y también por cualquier de los siete mencionados aspectos o contenidos republicano-federativos. Situación que no toma cuerpo, por evidente, solamente con el episódico ataque a ese o aquel dispositivo constitucional (tan ocasional como aisladamente, entonces). Deseo decir: no basta actuar en desconformidad con ese o aquel dispositivo de la Constitución, de la ley, aunque de la ley de improbidad administrativa o de la ley presupuestaria, para que se tenga como automáticamente deflagrada la hipótesis de crimen de responsabilidad del presidente de la República. Así como no es suficiente desatender a una decisión judicial, tópicamente considerada, o negar ese o aquel derecho individual, o social, o político, o aun que el presidente de la República cometa actos que también impliquen, puntualmente, bajar la cabeza de la Unión en razón de las

> presiones de los Estados-miembros, para que se tenga como inequívocamente materializadas las respectivas hipótesis de incidencia del crimen en foco. No es eso. Es preciso, para que se ocurra cualquier de las presuposiciones de aplicabilidad de los incisos I a VII del artículo constitucional 85, que los actos imputados al presidente de la República atenten contra la idea misma o el núcleo duro conceptual de los institutos (...) (BRITTO, 2015 – traducción libre).

En verdad, una de las grandes dificultades de la temática es la compatibilidad entre la Constitución que opta por un sistema presidencialista de gobierno, con elecciones periódicas directas para la jefatura del poder ejecutivo y mandato temporalmente fijado, con una Ley que fue elaborada con la inspiración de poner frenos del tipo parlamentarista a una Presidencia que salía en la época de la dictadura del Estado Nuevo y que parecía tener poderes ilimitados. Es necesario atentar para el facto de que la Ley de los crímenes de responsabilidad en Brasil es del año 1950, bastante anterior a la actual Carta (1988), y tiene elementos genéticos e históricos que evidencian esas dificultades.

Así como la actual Constitución, la Ley Mayor brasileña de 1946 tenía previsiones de crímenes de responsabilidad, pero dejaba para la ley su regulación. El Proyecto de Ley 23 tramitó en el Congreso Nacional y, precisamente en 1949, cuando ocurrieron los debates a su respecto, hube una intensa discusión sobre la posibilidad de implementación del sistema parlamentarista de gobierno en Brasil. La discusión fue liderada por el Diputado Federal Raul Pilla, del Estado de Rio Grande do Sul, y el parlamentarismo fue visto como un modo de luchar contra el existente centralismo alrededor del poder ejecutivo, sometiendo el gobierno al control político del parlamento y ampliando las posibilidades de responsabilidad gubernamental también en el sentido estrictamente político, independientemente del cometimiento de ilícitos penales.

A pesar de los grandes esfuerzos del Diputado Pilla, no obtuve éxito la Propuesta de Enmienda a la Constitución que implementaría el parlamentarismo. Todavía, el Proyecto de Ley 23, entonces adormecido por los debates sobre el sistema de gobierno, volvió a la pauta de discusiones e influenciado por las ideas parlamentaristas de amplia posibilidad de responsabilidad del gobierno, fue aprobado en 1950 como la Ley 1079 y, con sus dispositivos vagos, imprecisos e ambiguos, prácticamente promovió una "parlamentarización" legal del presidencialismo brasileño.

La exposición de los motivos del PL 23, registradas en los Anales del Senado Federal (vol. XVIII, pp. 288; 293) parecen dejar clara esa "parlamentarización". Los crímenes de responsabilidad, a pesar del nombre, no serían precisamente crímenes, pero malas acciones en sentido amplio, alcanzando muchas formas de "mal procedimiento". Sería un control de calidad y buena gobernanza del gobierno por el Congreso Nacional, siendo el objetivo principal el aislamiento definitivo del gobernante inapto para la función. La pasaje a seguir, en particular, es clara a ese respecto: "el impeachment es característicamente una institución política, cuyo objeto no consiste propiamente en castigar delitos, pero principalmente sustituir un funcionario por otro mejor en el intuito de obtener un bueno gobierno" (QUEIROZ,2015).

Rafael Mafei Rabelo Queiroz, Profesor de la Universidad de São Paulo, aún destaca que esa genealogía parlamentarista, entre otras cosas, influenció la principal obra brasileña ya escrita sobre el tema, el libro "Impeachment", de autoría de Paulo

Brossard, que fue Ministro del Supremo Tribunal Federal brasileño y publicó la primera edición de la referida obra en 1965 (QUEIROZ, 2015).

El problema hermenéutico fundamental es que, no sólo el sistema brasileño era presidencialista en la ocasión, pero aún lo es. Más allá, en 1963, el pueblo brasileño rechazó en un plebiscito la breve experiencia parlamentarista después de la renuncia del Presidente Jânio Quadros, que, en verdad, fue algo casuista impuesto en aquellos años como condición política para aceptaren la pose del entonces Vice-Presidente João Goulart como Presidente en 1961. Por su vez, la Asamblea Nacional Constituyente de 1987-1988 aprobó el presidencialismo con su "paquete" de características clásicas, pero en el ámbito de las negociaciones constituyentes, aprobó también la inclusión del artículo 2º en el Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias que transmitía al pueblo la decisión final por sufragio directo sobre el sistema de gobierno[13]. Una vez más, el pueblo votó en plebiscito por la manutención de la república presidencialista, algo que implica, se guste o no, en la aceptación de las líneas maestras de ese sistema de gobierno (cf. SANTOS, 2015; BONAVIDES & ANDRADE, 2002, p. 468).

El desafío del intérprete es compatibilizar normas constitucionales e infra-constitucionales, en ese caso la Constitución y la Ley 1079/1950, haciendo la necesaria filtraje hermenéutica que propicie la interpretación de la Ley con fundamento en la Constitución y no el contrario. Necesitase decir el obvio: es imprescindible la lectura constitucional de la Ley y no la lectura legal de la Constitución. En verdad, la filtraje hermenéutica referida implica en el facto que hasta mismo la sujeción del juez a la ley está condicionada a la compatibilidad de esta con el contenido material de la Constitución (STRECK, 2000, p. 229). Tratase de elemento esencial de dogmática constitucional.

Así, no sólo en caso de conflicto, prevalece la Ley Mayor a respecto de las posibilidades de recepción constitucional de los dispositivos de la Ley 1079/1950, pero también a respecto a su interpretación conforme la Constitución y desdoblamientos pertinentes en declaraciones parciales de inconstitucionalidad sin reducción del texto y medidas asemejadas.

La lectura hermenéutica de la Ley 1079/1950 con la filtraje axiológica de la Constitución de 1988 es, por lo tanto, fundamental a la comprensión de sus posibilidades y límites frente a la rara utilización de sus dispositivos al titular de la Presidencia de la República, cuyo *impeachment* tiene especificidades diferenciadoras de aquellas que pueden inducir al impedimento de alcaldes y gobernadores, ya que en esos casos son apenas jefes de gobierno, en cuanto el presidente reúne la jefatura del gobierno en el plano federal con la jefatura del Estado, algo que resulta, en caso de su destitución, a equivaler en el parlamentarismo destituir presidente y primero ministro al mismo tiempo, y, en las monarquías, la destitución del rey e del primero ministro, también en el mismo momento. Por eso, no es algo tan simple como el voto de desconfianza parlamentarista, que ataca sólo la jefatura del gobierno, dejando intocable la jefatura del Estado. Son elementos de teoría de la constitución y político-constitucionales fundamentales en el contexto de la lectura.

El proceso de *impeachment* inequívocamente no es algo simple. La imprecisión del texto constitucional cuanto a los crímenes de responsabilidad es de facto

13 También sobre la forma – monárquica o republicana – pero no es objeto de este trabajo.

grande y lamentablemente la Ley 1079/1950 no consigue esclarecer suficientemente, pues hay dispositivos extremamente vagos, como el art. 9º, 7 ("Art. 9º. Son crímenes de responsabilidad contra la probidad en la administración: ...7) proceder de modo incompatible con la dignidad, el honor y el decoro del cargo"). Por ese motivo, Leon Victor de Queiroz, Profesor de la Universidad Federal de Campina Grande (Paraíba/Brasil), en entrevista al Periódico español El País, destacó con razón que el Legislador cometió un monumental fallo en nunca tener actualizado la Ley, lo que deja el presidente extremamente vulnerable, aunque la Ley sea formalmente observada.[14]

Intentando establecer una conexión entre los elementos hermenéuticos teleológicos, político-constitucionales y teórico-constitucionales con el ámbito de la norma, es posible afirmar que, de una vez, la previsión del proceso de *impeachment* necesita proteger la sociedad de malos gobernantes, puniendo sus ilícitos en el nombre de la *res publica*, pero por otro lado, igualmente en beneficio de la sociedad, es necesario que el presidente tenga la protección adecuada al ejercicio de sus atribuciones constitucionales, evitando puniciones por mera conveniencia, chantaje o persecución a aquel democráticamente electo para gobernar en nombre del pueblo. Estabilidad política también es un relevante factor en el contexto democrático. El intento de equilibrar eses dos objetivos es una vía crucis para el constitucionalismo, que, todavía, no puede ser dejado de lado.

Aunque en la lectura hermenéutica desenvuelta, es importante considerar que, en términos teóricos, el *impeachment* posee naturaleza político-criminal.

Una primera consecuencia de eso es que el constituyente refuerza su aspecto criminal al llamar tales infracciones político-administrativas de crímenes, siendo necesario destacar que tal opción no es casual, especialmente se considerarse el elemento interpretativo sistemático y observarse que en la propia Ley 1079/1950, en su art. 38, el procedimiento apuntado como subsidiario es el del Código de Proceso Penal. Por otro lado, en refuerzo a su naturaleza política, la Constitución Federal establece penas fijas y típicamente políticas para esos crímenes, no admitiendo, en principio, una dosimetría de la pena (en que pese la decisión por el "tajadamiento" de la pena en el proceso contra la Presidente Dilma).

Una segunda consecuencia hermenéutica de esa naturaleza jurídica es que, de un lado, las Casas parlamentares pueden, p. ej., recusarse a seguir con el proceso o mismo dejar de condenar por una análisis política de conveniencia, oportunidad o necesidad.

14 In:http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459351219_256362.html,acceso: 07/09/2016.En incremento, dice que "Diferentemente del voto de confianza, mecanismo hoy típico del parlamentarismo, el impeachment da al Senado el poder de remover el jefe de gobierno y el jefe de Estado, figura única en el presidencialismo, electo por el pueblo, no por el Congreso.

Por eso, ese procedimiento necesita ser preciso y libre de ambigüedades. Las hipótesis deben ser exhaustivas y definidas en el texto constitucional, que exige quórum de mayoría calificada para su alteración. En el diseño institucional actual, el presidente de la República queda extremamente vulnerable a normas imprecisas, ambiguas y hasta polémicas.

Es en ese sentido que el orden institucional brasileño terminó por permitir mecanismos propios del voto de confianza, sin embargo normativamente él no sea deseable en un modelo presidencialista.

La legislación necesita ser modificada para evitar la destitución del presidente de la República a través de procedimientos inadecuados" (Queiroz: 2016).

Todavía, se desconsideramos, al menos en parte, los Casos de los Presidentes Lugo y Dilma, verificase que, históricamente, hay la necesidad de objetiva constatación de hechos que sean crímenes de responsabilidad, siendo imprescindible el fundamento jurídico a la pretensión punitiva. En principio, no podría ser un juicio de discrecionalidad exclusivamente político por parte de las dos Casas del Congreso Nacional (GALINDO, 2016, pp. 62-63).

Es curioso percibir que ese posicionamiento es, en cierta medida, compartido por autores de tendencias teóricas diversas en Brasil, como Michel Temer y Afrânio Silva Jardim.

Michel Temer, Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo y hoy Presidente de la República, precisamente en razón del *impeachment* de la expresidente, en clásico libro de doctrina de su autoría, dijo así:

> En ese tema, conviene anotar que el juzgamiento del Senado Federal es de naturaleza política. Es juicio de conveniencia y oportunidad. No nos parece que, tipificada la hipótesis de responsabilidad, el Senado tenga que, necesariamente, imponer penas. Puede ocurrir que el Senado Federal considere más conveniente la manutención del presidente en el cargo. Para evitar, por ejemplo, la conflagración de una guerra civil; para impedir agitación interna. Para impedir desentendimientos internos, el Senado, ante la circunstancia, por ejemplo, del Presidente estar en final de mandato, puede entender que no debe responsabilizarlo.
>
> Fue para permitir ese juicio de valor que el constituyente atribuyó esa misión a la Cámara de los Diputados (de declarar la procedencia de la acusación) y al Senado Federal. No al Judiciario, que aplica la norma al caso concreto, según la tipificación legal (TEMER, 1989, p. 168).

Por su vez, la reflexión de Afrânio Silva Jardim, Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Estadual del Rio de Janeiro y Procurador de Justicia jubilado:

> Demostrada la tipicidad de la conducta imputada al Presidente de la República, los parlamentares pueden dejar de votar por la procedencia del pedido de impedimento del Presidente de la República por motivaciones de oportunidad o conveniencia políticas. Aquí es que está el aspecto político de la decisión. El contrario no es posible, o sea, no puede el Congreso Nacional apartar el Presidente de la República por motivos políticos, sin que esté probada una conducta tipificada como crimen de responsabilidad.
>
> En una comparación aproximada, es lo que hoy ocurre en el Tribunal del Jurado, mirando la actual exigencia de un quesito genérico, indagando a los miembros del Jurado se absuelven el reo, después de los quesitos de autoría y materialidad del crimen. Así, entendemos que, para condenar, se hace necesario que la acusación alegue y pruebe que el reo practicó una conducta típica, ilícita y culpable. No obstante esta prueba, los jurados pueden absolver el reo por motivos fuera del Derecho, según juicios no explicitados (decisión no motivada) de conveniencia o no de sujetarse aquel reo al nuestro sistema carcelario. Utilizan la expresión "absolución por clemencia", política en el sentido puro de la palabra (JARDIM, 2016; Cf. tb. BAHIA, MEYER, SILVA, OLIVEIRA & VECCHIATTI, 2016, p. 33).

Hay aun otros factores que, en mi opinión, permiten esa percepción: 1) a pesar de los crímenes de responsabilidad del presidente quedaren en la competencia del Senado para juzgamiento, ni todos delitos de ese tipo lo son; los crímenes de responsabilidad de los Ministros de Estado, de los Comandantes de la Marina, del Ejército

y de la Aeronáutica, de los miembros de los Tribunales Superiores y del Tribunal de Cuentas de la Unión y dos jefes de misiones diplomáticas de carácter permanente son de competencia del Supremo Tribunal Federal, órgano jurisdiccional, en acuerdo con el art. 102, I, c; 2) hay una distinción fundamental en ese sentido también en Decreto-Ley 201/1967, diploma legal que regula la responsabilidad de los agentes públicos municipales; este DL establece una diferenciación entre crímenes de responsabilidad e infracciones político-administrativas cometidos por el alcaide, siendo los primeros de competencia del poder judicial, siguiendo el debido proceso legal criminal (art. 2º) y a través de este el reo puede sufrir las penalidades establecidas en los §§ 1º y 2º del art. 1º, todo independientemente de cualquier pronunciamiento de la Cámara de Ediles; ya las segundas son de competencia de esta última, cuando puede condenar el alcaide a la destitución del cargo, de acuerdo con el art. 4º.

En suma: como ese proceso caracterizase esencialmente político-criminal en el contexto constitucional brasileño, hace necesaria la demostración jurídica de la existencia de crimen común o de responsabilidad. Ese fundamento es imprescindible, ya que el *impeachment*no sirve para solucionar discordias políticas o sustituir la disputa electoral, así como no es sustitutivo de voto de desconfianza o de referendo revocatorio/*recall*. Del mismo modo, procedimentalmente hay el ejercicio del contradictorio y de la amplia defensa y la realización de juicios de admisibilidad, pronuncia y mérito, así como en procesos penales en general, no siendo ese proceso algo meramente ritualista y amorfo. En términos sustantivos, para que se configure la justa causa, es necesario observar la cuestión de la tipicidad, pues, en tesis, el acto debe ser típico, antijurídico y culpable, aunque en la modalidad de crimen de responsabilidad.

Todavía, con el Caso Dilma, es posible que la lectura hermenéutica realizada en este tópico deba sufrir una revisión analítica. Hago esta reflexión en el ítem siguiente.

4. EL IMPEACHMENT DE LA PRESIDENTE DILMA ROUSSEF E EL "CANTO DE LAS SIRENAS" HERMENÉUTICO: ¿MUTACIÓN CONSTITUCIONAL A PARAGUAYA?

Mismo con la concretización del proceso de *impeachment* en el Senado con la condenación y destitución de la Presidente Dilma, las consecuencias políticas y jurídicas de ese acontecimiento siguen siendo una incógnita. Las abruptas y profundas alteraciones en entendimientos, comprensiones y conceptuaciones sobre el fenómeno frente a las referencias clásicas y contemporáneas del constitucionalismo y de la dogmática jurídica en general, traen enormes desafíos a una teoría constitucional del *impeachment*.

Haciendo una reflexión a respecto, intentaré en este ítem explorar algunas posibilidades a partir de los desdoblamientos hasta el momento en que escribo estas líneas.

En términos generales, no se puede ignorar que el *impeachment* casi siempre surge a partir de situaciones políticas de gran insatisfacción con el gobierno provenientes de varios sectores políticos, económicos y sociales. En eso no fue diferente los Casos de los Presidentes Fernando Collor y Dilma Roussef, con la adicional coincidencia de

la ausencia de éxitos económicos, problemáticas gestiones administrativas y variadas denuncias de corrupción en el gobierno. Las profundas dificultades de negociación con el Congreso Nacional también fueran evidenciadas en ambos los Casos, lo que ocasionó drástica diminución del apoyo parlamentar a los dos Presidentes.

Sin embargo, las semejanzas no son más que esas. En términos constitucionales, los dos procesos son muy distintos. En cuanto en el Caso Collor, las controversias fueran más asociadas a cuestiones laterales y no causaron grandes divisiones en la comunidad jurídica, el Caso Dilma fue extremamente polémico, ocasionando divisiones fractales ya a partir de la propia existencia o no de justa causa al proceso. Es facto que la propia caracterización de los actos de la Presidente como crímenes de responsabilidad sigue siendo polémica, considerándose las frecuentes variaciones hermenéuticas realizadas por los apoyadores del *impeachment* para justificarlo jurídicamente, y, de otro lado, la reacción de buena parte de la comunidad jurídica, que se volvió contra esas justificativas.

Políticamente, desde el inicio del segundo mandato de la Presidente Dilma Roussef, su condenación en un proceso de *impeachment* fue defendida por algunos sectores de la oposición. En enero de 2015, Ives Gandra Martins, Profesor de la Universidad Mackenzie/São Paulo, hice un Parecer defendiendo la existencia de fundamentos jurídicos para la apertura de un proceso de impedimento, admitiendo, entre otras cosas, la punición de la Presidente por crimen culposo, a pesar del Código Penal brasileño en su art. 18, párrafo único, afirmar ser eso imposible. Ives Gandra Martins defiende, en su Parecer, una aproximación entre los sistemas presidencialista y parlamentarista, destacando ser posible la responsabilidad exclusivamente política de la Presidente, haciendo referencia, incluso, al ejemplo paraguayo, y afirmando que el *impeachment* del Presidente Fernando Lugo fue "rigorosamente constitucional" (cf. Martins: 2015, pp. 16-18)[15].

Aunque ese Parecer no tenga sido en principio promovido por otros actores políticos oposicionistas, la frecuente deterioración de las relaciones políticas con el Congreso Nacional, los innúmeros estragos hechos en la imagen del gobierno por las investigaciones de la Operación "Lavado de Chorro", asociados a las grandes dificultades en la economía, mantuvieran presente la posibilidad de un proceso de impedimento. En términos jurídicos, eso ganó considerable fuerza con el Parecer Previo del Tribunal de Cuentas de la Unión que recomendó al Congreso Nacional la reprobación de las cuentas del Gobierno referentes al año 2014 por causa de las llamadas "pedaladas fiscales". Esa opinión del TCU, en que pese hasta este momento (mayo de 2018) no tener sido aprobada por el Congreso, fue el principal fundamento de la Denuncia protocolada en la Cámara de los Diputados por los juristas Hélio Bicudo, Janaína Pascoal y Miguel Reale Jr. (Bicudo; Reale Jr. & Paschoal: 2015, p. 62). Todavía, el recibimiento de la Denuncia fue en alcance más restricto, limitándose a las "pedaladas" (práctica ilegal de desinformaciones contables y fiscales) del año 2015 (Caso específico del Plan Safra) y de 6 decretos de suplementación presupuestaria sin autorización previa del

15 Según Ives Gandra Martins, "El artículo concilia, por lo tanto, el impeachment com el voto de desconfianza parlamentar, pues, por mala performance administrativa, puede un presidente electo ser simplemente aislado del gobierno, algo que realmente ocurrió con el Presidente Lugo, en proceso rigorosamente constitucional." (Martins: 2015, p. 18)

Congreso Nacional, en aparente violación a la Constitución, art. 85, V a VII, e a la Ley 1079/1950, arts. 4º, V y VI; 9º, 3 y 7; 10, 6 a 9; y 11, 3.

En mi percepción, el filtro hermenéutico de los dispositivos legales, interpretándolos mirando la Constitución y su régimen político es esencial. Y analizar la consistencia de los principales argumentos de la Denuncia recibida implica en contextualizarlos adecuadamente, incluso cuanto a sus elementos interpretativos, destacadamente los elementos histórico, genético, teleológico y sistemático. Además, considerándose la genealogía de la Ley 1079/1950 (su "DNA parlamentarista" en particular), su consecuente texto excesivamente abierto y los aspectos de derecho comparado de la cuestión y concluyendo por la naturaleza político-criminal del proceso de *impeachment*, en términos constitucionales, es una imposición dogmática la interpretación restrictiva de la Ley de los crímenes de responsabilidad.

En líneas generales, pude abordar esas posibilidades en mi trabajo ya citado, publicado antes de la conclusión del proceso de *impeachment*(GALINDO, 2016 pp. 83ss.).

Entre tanto, los desdoblamientos concretos del proceso en casi nada siguieran esta lectura hermenéutica constitucional.

En relación a las llamadas "pedaladas fiscales" de 2014, el fundamento del rechazo de las cuentas presidenciales por el Parecer Previo del TCU, ellas no integraron la parte que fue acepta de la Denuncia por el facto de relacionarse con el mandato anterior de la Presidente.[16]

Todavía, las "pedaladas" de 2015 relacionadas con el Plan Safra constituyeron uno de los fundamentos del *impeachment*. Debe ser registrado que sobre esas "pedaladas", sólo en 5 de octubre de 2016, un mes y 5 días después de la conclusión del proceso de *impeachment*, el TCU publicó su Parecer Previo con la opinión favorable a la reprobación de las cuentas del año 2015 del Gobierno Dilma. Debe recordarse que este Parecer, así como el de 2014 aún necesita de aprobación por el Congreso Nacional para tener validez. Además, en otro Parecer opinante, el Ministerio Público Federal expresamente declara la necesidad de, en relación a la "Tomada de Cuentas" de 2015, "aguardarse el andamiento de los trabajos del TCU antes de emitir una opinión sobre la configuración penal de los factos y delimitación de responsabilidades".[17]

El Parecer Ministerial indica aunque en el caso de los potenciales crímenes tipificados en el art. 359-A del Código Penal, de modo bastante semejante a las reglas previstas en la Ley de Responsabilidad Fiscal e en la Ley 1079/1950, no puede haber ampliación del concepto de "operación de crédito", entre otras cosas, en razón del principio de legalidadestricta y de la prohibición de la analogía *in malam parte*. Aún destaca la ausencia de dolo y hasta la similitud entre las "pedaladas" practicadas al longo de los años:

> Así, no fueran los aumentos en los volúmenes de débitos de la Unión, surgidos a partir de 2013, que configuraran el crimen de 'operación de crédito sin autorización legislativa'. De modo que, desde el año de 2000, ese crimen viene siendo practicado y todos sus practicantes deben ser responsabilizados o ningún

16 Sobre la cuestión de la responsabilidad por acto del mandato anterior, cf. Galindo: 2016, pp. ; Badaró: 2015; Streck: 2015.

17 http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-pedaladas-pic, p. 34. Acceso: 10/09/2016.

> lo debe, en caso de entenderse que no tenían conocimiento de que el tipo penal creado en el año 2000 se adecuaba aquella praxis preexistente y que permaneció hasta 2015 sin cualquier cuestionamiento por parte de las autoridades de control (TCU, MPF etc.).
>
> Aún, y más curioso, sería el facto de que ese crimen continuaría a ser practicado, inclusive en el instante que esas letras están siendo jugadas en papel. Eso en razón de que el TCU, mientras tenga apuntado la existencia de crimen en el caso, no determinó ninguna medida para su corrección, limitándose a determinar que los débitos no deberían más acumularse y, aún, que deberían ser captados por el BACEN para las estadísticas fiscales. O sea, el TCU apunta la existencia del crimen de operación de crédito, pero determina correcciones sólo en lo que se refiere a los actos de maquillaje fiscal (atrasos sin captación por el BACEN para fines de estadística).
>
> (...)
>
> En esa línea argumentativa, tratándose en el presente caso de factos que tenían inicio a partir del año 2013, claramente no se podría cogitar de la existencia de dolo en la práctica de la criminosa 'operación de crédito'. Y no se puede olvidar que ningún de los crímenes previstos en el Código Penal contra las finanzas públicas admite la forma culposa.[18]

En verdad, eso ya fuera defendido por varios pareceristas, la mayoría respetables especialistas del panorama jurídico brasileño, como Misabel Machado Derzi, Heleno Torres, Carlos Valder Nascimento, Ricardo Lodi Ribeiro, Geraldo Prado, Juarez Tavares y varios otros (RIBEIRO, 2015a; RIBEIRO, 2015b; PRADO & TAVARES, 2015). Hasta el Ministro del TCU Augusto Nardes, Relator del Parecer Previo que recomendó la reprobación de la prestación de cuentas de 2014, afirmó en entrevista al Periódico "O Estado de São Paulo" que tratase de un efectivo cambio paradigmático de la jurisprudencia del Tribunal:

> Como nunca había sido propuesto un rechazo, deseamos crear ahora una norma diferente de la discusión de las cuentas, que contemple el derecho de defensa, como hicimos ahora. Siempre tuvimos aprobación con excepciones y la idea es establecer nuevo sistema en ese contexto de cambio de paradigmas en el TCU.[19]

En casos como eses, en los cuales el crimen de responsabilidad es, en mínimo, algo dudoso, la lectura hermenéutica constitucional exige del juzgador la utilización de técnicas jurisprudenciales como el *prospective overruling*, que implica, con el cambio del precedente, un cambio en la solución para los casos futuros, como un alerta de que el TCU no más toleraría hasta allí las llamadas "pedaladas fiscales" sin, todavía, hacer la retroacción del nuevo entendimiento. La técnica del *prospective overruling* es perfectamente aplicable en casos como los de las decisiones y pareceres de la Corte de Cuentas, como afirman Jefferson Carús Guedes y Thiago Aguiar de Pádua:

> En este sentido, el Parecer Previo del TCU que analiza las cuentas de las autoridades equivale a un "Precedente No-Judicial", que posee raíces observables por lo menos desde 2002 hasta hoy, en el sentido de apuntar irregularidades y aprobar

18 http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-pedaladas-pic, pp. 29-31. Acceso: 10/09/2016.

19 http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sera-muito-dificil-justificar-distorcoes--diz-ministro-do-tcu--imp-,1718369. Acceso: 21/12/2015.

> con excepciones. La Corte de Cuentas puede cambiar de entendimiento, por supuesto, pero al hacerlo, para preservar la seguridad jurídica e otras máximas constitucionales debe realizar un "*prospective overruling*", anunciando que en caso futuro, en el ejercicio subsecuente, por ejemplo, ocurrirá la aplicación del nuevo entendimiento. Se es cierto, el que afirma el Ministro Bruno Dantas, "que el tribunal debe ser fuente de seguridad jurídica", para allá de su posición individual que considera válido el argumento (GUEDES & PÁDUA, 2015 – grifos dos autores; cf. tb. SOUZA, 2006, pp. 160ss.).

En caso de apertura de créditos de suplementación sin previa autorización legal, parece igualmente desacertado considerarla como fundamento a un proceso de *impeachment*, así como es polémica hasta la propia idea de que a apertura en este caso tenga efectivamente sido a la rebeldía de la Ley Presupuestaria. Por más que sea una problemática ejecución presupuestaria, las revisiones de metas ocurridas durante la ejecución del presupuesto es un factor que tácitamente autoriza la apertura de créditos suplementares por decreto, ya que el propio Congreso Nacional, responsable por la aprobación de la ley presupuestaria, modifica la meta fiscal *a posteriori*, que fue, además, lo que ocurrió en el caso de la expresidente, ocasionando la convalidación legal de los referidos Decretos (cf. RIBEIRO, 2015a).

Aún más grave se muestra considerarlos crímenes de responsabilidad recordándose el facto que 3 de los 6 Decretos inicialmente considerados como objeto del proceso fueran excluidos de este después de minuciosa pericia técnica realizada por el propio Senado Federal. Fue verificado en el laudo pericial que el valor total de las suplementaciones fue de solamente 2,3 mil millones de reais. Así, de la denuncia original, cuyos créditos tenían la soma de 96 mil millones, sólo 2,3 mil millones continuaran bajo sospecha de ofensa a la meta fiscal. Los 3 Decretos remanentes, por lo tanto, representan sólo 0,1% del dispendio total.

Hacer una lectura hermenéutica constitucional del *impeachment* implica en considerar algunos imprescindibles elementos político-constitucionales y de teoría de la constitución. La triple opción histórica del propio pueblo brasileño por el sistema presidencialista de gobierno (plebiscitos de 1963 e 1993 y la Asamblea Constituyente de 1987-1988) exige al intérprete considerar este sistema, en lo que hay la responsabilidad presidencial republicana, pero el jefe de Estado, dotado de legitimación popular directa, no puede quedar vulnerable a mayorías parlamentares ocasionales. Del mismo modo, no hay en nuestro sistema presidencialista, por opción del constituyente (originario y derivado), mecanismos como el referendo revocatorio de mandato o la autorización constitucional del *impeachment* por "mal desempeño". En esa perspectiva, no es razonable que la lectura hermenéutica de la Carta de 1988 pueda admitir que todo y cualquier acto presidencial que, p. ej., atente contra el cumplimiento de la ley o el ejercicio de un derecho individual sea automáticamente pasible de *impeachment*. Inúmeras veces, alrededor de una ley de constitucionalidad discutible, su incumplimiento puede ser hasta una actitud gubernamental de preservación de la Constitución, lo que puede ser posteriormente confirmado por la Suprema Corte se, en pronunciamiento definitivo de mérito, reconozca la inconstitucionalidad de la ley incumplida.

En incremento, es decir que actos ilegales u inconstitucionales son cotidianamente editados por los poderes ejecutivos en los tres niveles de la Federación. Pero para

ellos, el sistema normativo posee medios regulares de impugnación de las ilegalidades e inconstitucionalidades, como el control de constitucionalidad, el control judicial de la legalidad y hasta la suspensión de los actos normativos del poder ejecutivo que exorbiten de su poder reglamentar (cf, art. 49, V). En situaciones tales, es claro que el presidente de la República actuó de manera ilegal u inconstitucional, pero ni por eso se cogita ser fundamento de un proceso de impedimento contra el jefe del ejecutivo nacional (SANTOS, 2015; ARAÚJO, SANTOS & TEIXEIRA, 2015; NEVES, 2015, p. 31).

Ante la exposición, es perceptible que es extremamente polémico caracterizar las "pedaladas fiscales" del Plan Safra y los 3 Decretos de suplementación presupuestaria, al final convalidados por la Ley 13199/2015, como crímenes de responsabilidad (Ribeiro: 2015b, pp. 25-26). Su reiterada y tolerada practica por los gobiernos anteriores y hasta por el de la expresidente Dilma en su primero mandato, aunque con diferencias en su sistematicidad y en el aspecto cuantitativo, no autoriza su inclusión en el rol de los crímenes de responsabilidad por vía interpretativa, en una especie de analogía y retroacción *in malam parte*. No condice con el Estado democrático de derecho adoptar posiciones de ampliación hermenéutica de hipótesis de criminalización.

Sin embargo, las "pedaladas" referentes al Plan Safra y los 3 Decretos de suplementación presupuestaria legalizados *a posteriori* fueran formalmente admitidos y aceptos por el Senado Federal como crimen de responsabilidad y sirvieron de fundamento jurídico para condenar la expresidente. Sin la aplicación de un *prospective overruling*, sin observar la legalidad y la tipicidad estrictas y utilizando analogía *in malam parte* y la retroacción en perjuicio de la demandada.

Por esas razones, la expresidente ingresó con mandado de seguridad en el Supremo Tribunal Federal, constitucionalmente el defensor de la Constitución, contra la decisión del Senado de destituirla de su cargo. En mismo tiempo, otros actores políticos, en especial partidos opositores a la expresidente Dilma, ingresaron con otros mandados de seguridad contra la aplicación "tajadada" de las penas del art. 52, párrafo único, de la Constitución de la Republica. En ambos casos, los Relatores, Ministros Teori Zavascki y Rosa Weber, negaron las medidas cautelares pleiteadas, manteniendo, en la integridad, la decisión del Senado en ambos los aspectos.

Todavía, la decisión interlocutoria del Ministro Teori Zavascki causa cierta perplejidad, pues no sólo expresa una ya esperada posición de autocontención del STF,[20] negándose a interferir en la decisión de competencia constitucional de otro poder, como entra en el mérito de la cuestión, estipulando por la vía interpretativa, auténtica mutación constitucional[21] de la construcción histórica política y jurisprudencial

20 Sobre los conceptos de activismo y autocontención, cf. Lima: 2014.

21 "¿Cuando ocurre el fenómeno de la mutación constitucional por la vía de la interpretación constitucional? O, en otras palabras, ¿Cuándo la interpretación constitucional configura proceso de mutación constitucional?

Siempre que se atribuye a la Constitución sentido nuevo; cuando, na aplicación, la norma constitucional tiene carácter más abarcador, alcanzando situaciones antes no contempladas por ella o comportamientos o factos no considerados anteriormente disciplinados por ella; siempre que, al significado de la norma constitucional, se atribuye nuevo contenido, en todas esas situaciones se está ante el fenómeno de la *mutación constitucional*. Se ese cambio de sentido, alteración de significado, mayor alcance de la norma constitucional son producidas por vía de la interpretación constitucional, entonces se puede afirmar que la interpretación constitucional asumió el papel de proceso de mutación constitucional" (Ferraz: 1986, pp. 56-57). Cf. tb. Canotilho: 2002, pp. 1214-1216.

alrededor del impedimento en el sistema presidencialista de gobierno, pues en el horizonte interpretativo de la decisión citada, no se ve gran proximidad a una hermenéutica jurídica coherente con el Estado democrático de derecho establecido por la Constitución de 1988.

Curiosamente, el Ministro inicia desde una premisa correcta: la de que la configuración aislada de una de las conductas previstas en la Ley 1079/1950 no sería suficiente a la tipificación del crimen de responsabilidad, apuntando para la gravedad que tenía que resultar de la conducta típica. Sin embargo, en seguida, afirma que la tipificación no debe ceñirse a los tipos más estrictos oriundos del cerramiento normativo del derecho penal. Por lo contrario, debe tener la posibilidad de una imputación subjetiva suficientementealargada para alcanzar conductas diversas del presidente de la República que puedan contrariar la Constitución, sin ceñirse al que denominó "transposición acrítica" de los padrones jurídicos del derecho penal. Se observe especialmente esta parte de la decisión:

> Ocurre que la configuración, aisladamente, de una de las conductas previstas entre los arts. 5º y 11 de la Ley 1079/1950 tampoco habrá de ser necesariamente suficiente para resultar en el decreto del impedimento de un Presidente de la República. La tipificación de un crimen de responsabilidad debe capturar una realidad que va más allá de la micro-delincuencia, para ser capaz de indicar un descompromiso grave con las responsabilidades inherentes al cargo de Presidente de la República, reflejando una aguda perturbación de bienes jurídicos cardinales para el funcionamiento de la República y de la Federación. Justamente por eso, ella no debe mimetizar a la risca la racionalidad aplicable en los dominios del derecho penal, que exige un cerramiento normativo más estricto de las conductas hipotetizadas por los "tipos incriminadores". El "tipo de responsabilidad", diferentemente, debe ser capaz de clinicar una especie de realidad aumentada, proveyendo elementos que permitan una imputación subjetiva con suficiente claridad de la conducta, sin perder la sensibilidad para las consecuencias que resultaran de este acto para preceptos fundamentales de la Constitución Federal, entre los cuales aquellos presentes en los incisos del art. 85 de la CF. Son eses los bienes jurídicos inmediatamente tutelados por las normas que definen los crímenes de responsabilidad y el proceso de *impeachment*, lo que hace inadecuada la transposición acrítica, para eses institutos, del estrechamiento dogmático que caracteriza los padrones jurídicos del derecho penal, vueltos a la protección de los derechos personales fundamentales, particularmente los relacionados a la libertad de ir y venir (STF, MS 34371-MC, Rel. Min. Teori Zavascki, Despacho 08/09/2016).

Al privilegiar eses aspectos, aparentemente estuvieran ausentes en el horizonte hermenéutico del Ministro el principio democrático, la soberanía popular y la protección constitucional al ejercicio de determinados cargos contra la indebida injerencia política y sin la presencia de una justa causa, ahí inclusas garantías relevantes de la sociedad en relación a eses cargos, como la vitaliciedad[22] de la magistratura, la estabilidad del servidor público efectivo y el mandato de los representantes y gobernantes electos por el pueblo. Son bienes jurídico-constitucionales tan relevantes cuanto todos los previstos en el art. 85 de la Constitución e no pueden ser tan solemnemente ignorados en la interpretación de un mecanismo como el *impeachment*.

22 Exigencia de decisión judicial transitada en juzgado para la pérdida del cargo de magistrado.

En la perspectiva de la doctrina de Ingo Sarlet, hace sentido admitir conceptos constitucionales materialmente abiertos cuando tratamos de derechos fundamentales, especialmente la apertura preconizada por un dispositivo como el art. 5º, § 2º, de la Carta de 1988, llevando en consideración derechos fundamentales implícitos y provenientes del régimen y de los principios constitucionales, precisamente para incluir lo que no fue expresamente previsto en los textos constitucionales, pero que se compatibilizan con sus directrices normativas (SARLET, 2006, p. 92ss.).Todavía, permitir esa "apertura material" en el sentido inverso, es demasiado peligroso para bienes jurídico-constitucionales tan importantes como los apuntados.

Ya que la Ley 1079/1950 es tan lacónica, el intérprete que tenga en su horizonte hermenéutico el Estado democrático de derecho preconizado por la Constitución de 1988 necesitaría adoptar el opuesto al que hice el Ministro: privilegiar el respecto a las garantías, a la presunción constitucional de no culpabilidad (*in dubio pro reo*) y a la soberanía popular expresa en las elecciones periódicas, pues por lo demostrado, el *impeachment* presidencialista no se ha desenvuelto con la idea de dejar el presidente vulnerable a cualesquier mayorías parlamentares momentáneas, pero con el intento de posibilitar su responsabilidad en graves situaciones de convergencia política y jurídica por su destitución, no siendo razonable que sólo uno de esos dos aspectos pueda estar presente para ser suficiente a una condenación.

De este modo, la tendencia demostrada por la decisión interlocutoria del Min. Teori Zavascki es la de una mutación constitucional a paraguaya, considerada la inspiración en el precedente del expresidente de aquel país, Fernando Lugo. Todavía, con un agravante: diversamente de la Constitución de Paraguay, que prevé expresamente el "mal desempeño de sus funciones" como justa causa al juicio político, no hay esa misma previsión normativa en la Constitución brasileña de 1988, lo que deja más frágiles los argumentos jurídicos que fundamentaran el *impeachment* de la expresidente Dilma Roussef.

4. INDAGACIÓN FINAL: HERMES CONTROLARÁ ULISES DESATADO?

En esa indagación final, me gustaría de una ayuda de otro personaje de la mitología griega: el Dios Hermes, el mensajero de los dioses, aquel que daba publicidad a los mensajes del Olimpo, transmitiendo-las a los mortales. Al hacer esas comunicaciones, su papel de intérprete se sobresale, pues tornarlas inteligibles a los mortales como el héroe Ulises, en la Odisea, significa inequívocamente interpreta-las. Y es de ese Dios helénico que viene el término "hermenéutica", de la palabra griega *hermeneia*, cuyo significado fundamental es "desvelar, revelar, expresar, traer a la luce algo oculto" (GALINDO, 2003, pp. 89-90).

Todavía, si Hermes llegase del Olimpo en plena travesía de la nave griega por el golfo de las sirenas y, confiado en la fuerza de la virtud del héroe Ulises, aceptase su pedido y lo desatase, dándole plena libertad, al oír su canto ¿Qué se sucedería? ¿Cómo sería la sustitución de la inteligibilidad de la *hermeneia* por la avasalladora seducción del letal canto mágico de las hadas marinas?

Alegóricamente, es esa la encrucijada en la cual se encuentra el derecho constitucional brasileño después del *impeachment* y todo el recrudecimiento teórico

a una hermenéutica constitucional de tendencia autoritaria y fundamentada en argumentos de moral y de política *stricto sensu*, gradualmente se distanciando del modelo republicano, democrático y humanista preconizado por el *rule of law* de la Carta de 1988. La ampliación de las posibilidades de interpretación punitivista con base en una confianza irrestricta en los agentes de "la ley e la orden" puede solapar el poco que consolidamos en términos de hermenéutica constitucional del Estado democrático de derecho y conducir los derechos fundamentales y la democracia, binomio civilizatorio constitucional esencial, a una situación de significativa constitucionalización simbólica o de efectos "hipertróficamente simbólicos" de las normas constitucionales en detrimento de las "expectativas normativas congruentemente generalizadas" (NEVES, 2007, p. 95ss.; GALINDO, 2006, pp. 144-145), o, aún, de una guiñada paradigmática en el camino de una semantización loewensteiniana de la Constitución de 1988.

El STF, así como ocurre como los tribunales de democracias no consolidadas e intérpretes de constituciones nominalistas o semánticas, tuve comportamiento en la mayor parte del tiempo, omisivo o mismo colaborativo con ese "estado de la arte", con la excepción, quizás, de la decisión en la *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* 378 sobre parte de los procedimientos (GALINDO, 2016, pp. 96ss.). También así ocurrió en recientes crises políticas de idéntica controversia, como las de Honduras y de Paraguay, en los episodios de la deposición de Manuel Zelaya y del juicio político de Fernando Lugo. No fue por acaso que también en eses países se ha desenvuelto una "narrativa de golpe de Estado", así como está ocurriendo en Brasil, con serios cuestionamientos sobre la legitimidad del proceso (PRONER, 2016, pp. 69-72).

En mi humilde percepción, el STF permitió, conscientemente o no, la apertura de una "Caja de Pandora" que puede consolidar esa mutación constitucional a paraguaya, bajo la cual la decisión jurídica tornase mera cuestión de competencia y puede ser hecha con fundamento en argumentos de política y de moral *stricto sensu*, con cada vez menos espacio para una lectura hermenéutica constitucional del Estado democrático de derecho, como destacó Lenio Streck:

> Así yo pregunto: ¿Cuál la diferencia de la postura de aquel que defiende ser el acto de decisión del Congreso – en el caso de *impeachment* – puramente político-ideológico, de un jurista que admite raciocinios puramente consecuencialistas en el acto de una decisión judicial cualquier? ¿Un parlamentar puede decidir el futuro de la nación "conforme su conciencia individual", o mejor, "mera conveniencia político-electoral"? ¿Él puede ignorar "el jurídico"? ¿El político se basta? ¿El discurso moral supera el derecho?
>
> A partir de la tesis (acepta por considerable parcela de los juristas) de que el *impeachment* es un instituto político (y no jurídico), no hay diferencia alguna para el decisionismo históricamente practicado por las cortes brasileñas, y lo que es sustentado por muchos doctrinadores. Todo cambiase en raciocinios consecuencialistas del tipo "decido y después busco el fundamento para justificar la escoja (arbitraria) (STRECK, 2016, p. 228).

Hay la esperanza que contemos con Hermes para controlar Ulises desatado e inebriado con el seductor y mortífero canto de las sirenas de un constitucionalismo potencialmente semántico…

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS, ARTÍCULOS Y TEXTOS:

ACKERMAN, Bruce. We the people 2 – transformations. Cambridge/Massachusets: Belknap Press of Harvard University Press, 2001.

ANASTASIA, Antonio. **Relatório Final no Processo de** *Impeachment* **da Presidente Dilma Roussef**, 2016.

ARAÚJO, Marcelo Labanca; SANTOS, Gustavo Ferreira & TEIXEIRA, João Paulo Allain. **Sobre o impeachment**. In: http://novoconstitucionalismo.blogspot.com.br/2015/12/sobre-o-impeachment.html, (accesso: 16/12/2015), 2015.

ASSIS, Mariana Prandini& HOLMES, Pablo. Impeachment não é recall! Para além da lógica "amigo/inimigo" na história constitucional brasileira. **In**: file:///C:/Users/ADM/Downloads/Impeachment_nao_e_recall_Para_alem_da_lo.pdf, (acceso: 16/12/2015), 2015.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Impeachment* por ato do mandato anterior: uma resposta a Lenio Streck. **In:**http://www.conjur.com.br/2015-ago-31/gustavo-badaro-impeachment-ato-mandato-anterior-resposta-lenio-streck, (acceso: 22/12/2015), 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; MEYER, Emílio Peluso Neder; SILVA, Diogo Bacha e; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de & VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Golpe vergonhoso passa na Câmara. **In**: A resistência ao golpe de 2016 (orgs.: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Márcio & RAMOS FILHO, Wilson). Bauru: Canal 6, pp. 30-33, 2016.

BALBUENA PÉREZ, David-Eleuterio. El juicio político en la Constitución paraguaya y la destitución del Presidente Fernando Lugo. **In:** Revista de Derecho Político. Madrid: UNED, nº 87, pp. 355-398, 2013.

BICUDO, Hélio Pereira; REALE JR., Miguel & PASCHOAL, Janaína Conceição. **Denúncia contra a Presidente da República Dilma Vana Roussef**, 2015.

BONAVIDES, Paulo**. Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

____. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

____; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4. ed., Brasília: OAB, 2002.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista latino-americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. Definições de crimes de responsabilidade do presidente da República. **In**: http://www.conjur.com.br/2015-set-01/ayres-britto-crimes-responsabilidade-presidente Acceso: 22/12/2015), 2015.

BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARDOZO, José Eduardo. **Alegações Finais no Processo de** *Impeachment* **da Presidente Dilma Roussef**, 2016.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz. Considerações acerca da figura do impeachment e da pretensão de sua utilização no momento atual (Parecer), 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições. **In:** Constituição e democracia – estudos em homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho (orgs.: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de & BEDÊ, Fayga Silveira). São Paulo: Malheiros, pp. 49-88, 2006.

COSTA, Carlos. Paraguai poderia ter evitado o imbróglio do impeachment. In: http://www.conjur.com.br/2012-jul-18/direito-midia-paraguai-evitado-imbroglio-impeachment, (acceso: 16/12/2015), 2012.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria da constituição – I –** Mitos, memórias, conceitos. Lisboa: Verbo, 2002.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional comparado**. Introdução. Teoria e metodologia. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the Constitution**. Indianapolis: Liberty Fund, 1982.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limonad, 1986.

___., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito** – Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GALINDO, Bruno. ***Impeachment* à luz do constitucionalismo contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2016.

____. **Constitucionalismo e justiça de transição**: em busca de uma metodologia de análise a partir dos conceitos de autoritarismo e democracia. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: UFMG, nº 67, pp. 75-104, 2015.

____. **Princípio da legalidade oblíqua e súmula vinculante:** a atuação legislativa da jurisdição constitucional nos 20 anos da Constituição de 1988. In: Princípio da legalidade – da dogmática jurídica à teoria do direito (orgs.: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco & ADEODATO, João Maurício). Rio de Janeiro: Forense, pp. 175-202, 2009.

____. **Teoria intercultural da Constituição** (A transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Européia e no Mercosul). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

____. **Direitos fundamentais (análise de sua concretização constitucional)**. Curitiba: Juruá, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Derecho constitucional comparado**. Madrid: Alianza, 1999.

GUEDES, Jefferson Gadús& PÁDUA, Thiago Aguiar de. Pedaladas jurisprudenciais do TCU ou prospective overruling? **In**: http://www.conjur.com.br/2015-ago-16/pedaladas-jurisprudenciais-tcu-ou-prospective-overruling **.** Acceso: 11/12/2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James & JAY, John. (2003): **O Federalista** (trad. Viriato Soromenho-Marques & João C. S. Duarte). Lisboa: Colibri, 2003.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha** (trad. da 20. ed. – Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

HESSE, Konrad**. A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

HOLMES, Pablo. Por que foi um golpe. **In:**<http://www.criticaconstitucional.com.br/porque-foi-um-golpe/> (acceso: 04/09/2016), 2016a.

____. Impeachment: procedimentos não são meros rituais. **In**: <http://www.impresso.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/cadernos/opiniao/2016/09/10/interna_opiniao,153573/impeachment-procedimentos-nao-sao-meros-rituais.shtml> Acceso: 11/09/2016), 2016b.

HOMERO. **Odisseia** (trad. Manuel Odorico Mendes). Digitalização da 3. ed: eBooks Brasil, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. O significado técnico da expressão "julgamento jurídico e político do *impeachment*" do Presidente da República. **In:**<http://emporiododireito.com.br/julgamento-juridico-e-politico-do-impeachment/>Acceso: 08/09/2016.

JOWELL, Jeffrey. The rule of law today. **In:** The changing constitution (orgs. JOWELL, Jeffrey & OLIVER, Dawn). 5. ed. Oxford: University Press, pp. 1-24, 2004.

KELLY, Richard. Confidence Motions. **In**: Parliament and Constitution Centre, Library House of Commons. Disponível em: http://www.parliament.uk/briefing-papers/SN02873.pdf>Acceso: 08/01/2016), 2013.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição** (trad. Walter Stönner). 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

LEZCANO CLAUDE, Luis. Sobre el "juicio político" al Pdte. Fernando Lugo Méndez. **In:** https://luislezcanoclaude.wordpress.com/2012/06/27/sobre-el-jui-2/, (acceso: 04/09/2016), 2012.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política** (ativismo e autocontenção no STF). Curitiba: Juruá, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución(trad. Alfredo Gallego Anabitarte). Barcelona: Ariel, 1964.

MARTINEZ, Rafael. El juicio político en América Latina: un golpe de estado encubierto. **In**: <http://www.condistintosacentos.com/el-juicio-politico-en-america-latina-un-golpe-de-estado-encubierto/> Acceso: 22/12/2015, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Responsabilidade dos agentes públicos por atos de lesão à sociedade – inteligência dos §§ 5º e 6º do artigo 37 da CF – improbidade administrativa por culpa ou dolo – disciplina jurídica do 'impeachment' presidencial (artigo 85 inciso V da CF) – Parecer, 2015.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional** (trad. Peter Naumann). 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

NEVES, Marcelo. **Parecer sobre** *impeachment*, 2015.

____. **Entre Hidra e Hércules** (princípios e regras constitucionais). 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

____. A constitucionalização simbólica. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. **Presidential impeachment and the new political instability in Latin America**. Cambridge: University Press, 2007.

PRADO, Geraldo & TAVARES, Juarez. Parecer sobre *impeachment*, 2015.

QUEIROZ, Leon Victor de. Lei do Impeachment deve ser modificada? Sim. **In:**<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2016/09/1812019-lei-do-impeachment-deve-ser-modificada-sim.shtml>Acceso: 10/09/2016.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Impeachment e Lei de Crimes de Responsabilidade: o cavalo de Troia parlamentarista. **In**: <http://brasil.estadao.com.br/blogs/direito-e-sociedade/impeachment-e-lei-de-crimes-de-responsabilidade-o-cavalo-de-troia-parlamentarista/>Acceso: 17/12/2015.

PRONER, Carol. Golpe branco no Brasil: Dilma alerta na ONU. **In**: A resistência ao golpe de 2016 (orgs.: ____; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Márcio & RAMOS FILHO, Wilson). Bauru: Canal 6, pp. 69-73, 2016.

RÉGIS, André. O 'impeachment' do Presidente da República. **In:** Direitos humanos, impeachment e outras questões constitucionais (orgs.: RÉGIS, André & MAIA, Luciano Mariz). João Pessoa: Universitária (UFPB), pp. 1-22, 2004.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Pedaladas hermenêuticas no pedido de impeachment de Dilma Roussef. **In**: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-04/ricardo-lodi-pedaladas-hermeneuticas-pedido-impeachment>Acceso: 11/12/2015, 2015a.

____. **Parecer sobre o Pedido de *Impeachment* da Presidente Dilma Roussef**, 2015b.

SALDANHA, Nelson. Formação da teoria constitucional. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTORO, Emilio. *Rule of law* e 'liberdade dos ingleses'. A interpretação de Albert Venn Dicey. In: O Estado de direito – história, teoria, crítica (orgs.: COSTA, Pietro & ZOLO, Danilo). São Paulo: Martins Fontes, pp. 201-263, 2006.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Processo de impeachment é político? In:<http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/12/19/interna_vidaurbana,617370/processo-de-impeachment-e-politico.shtmla>Acceso: 20/12/2015), 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRAFERO, Mario D. El 'impeachment' en America Latina: Argentina, Brasil y Venezuela. In: *Revista de Estudios Políticos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, nº 92, pp. 137-162, 1996.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do precedente judicial à súmula vinculante. Curitiba: Juruá, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição é contra impeachment de Dilma por fato do mandato anterior. **In**: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-24/lenio-streck-constituicao-impeachment-mandato-anterior> Acceso: 22/12/2015.

____. A questão de teorias jurídicas meramente descritivas ou de como o positivismo jurídico influencia na crise política brasileira. **In**: A resistência ao Golpe de 2016 (orgs.: PRONER, Carol; CITTADINO, Gisele; TENENBAUM, Márcio & RAMOS FILHO, Wilson). Bauru: Canal 6, pp. 221-228, 2016.

____. Hermenêutica jurídica e(m) crise (uma exploração hermenêutica da construção do direito). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 5. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1989.

TRIBE, Laurence. **American constitutional law**. 3. ed. New York: New York Foundation Press, vol. I, 2000.

UPRIMNY, Rodrigo Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamento juridico del siglo XXI (org.: GARAVITO, Cesar Rodríguez). Buenos Aires: Siglo Veintiuno, pp. 109-138, 2011.

INTERNET:

‹http://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/30/politica/1459351219_256362.html› Acceso: 07/09/2016.

‹http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_7_versao-2015-06-25.pdf› Acceso: 10/09/2016.

‹http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,sera-muito-dificil-justificar-distorcoes--diz-ministro-do-tcu--imp-,1718369› Acceso: 21/12/2015.

‹http://g1.globo.com/mundo/noticia/2012/06/senado-condena-lugo-em-processo-politico-no-paraguai.html› Acceso: 16/12/2015.

‹http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html› Acceso: 09/01/2016.

‹http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1961.html› Acceso: 09/01/2016.

‹http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Venezuela/ven1999.html› Acceso: 09/01/2016.

‹http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf› Acceso: 09/01/2016.

‹http://www.ihu.unisinos.br/cepat/cepat-conjuntura/511172-conjuntura-da-semana-queda-de-lugo-um-golpe-no-contexto-do-sistema-mundo-e-do-imperio› Acceso: 16/12/2015.

‹http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/arquivamento-pedaladas-pic› Acceso: 10/09/2016.

‹http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm › Acceso: 09/01/2016.

RECEBIDO EM: 05/04/2018
APROVADO EM: 01/05/2018


UF
GD